



00761 A
8

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“DE LAS IMPUREZAS SOCIO-JURÍDICAS DE UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO”

T E S I S

QUE PRESENTA PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

MARÍA ISABEL JIMÉNEZ MOLES

ASESOR: DR. CARLOS FRANCISCO QUINTANA ROLDAN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

B

ÍNDICE

DE LAS IMPUREZAS SOCIO-JURÍDICAS DE UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	1
DE LAS HIPÓTESIS QUE SE SUSTENTAN EN EL PRESENTE TRABAJO.	5
CAPÍTULO I	
RETRATO DE UN JURISTA VIENÉS QUE REVOLUCIONÓ EL ESTUDIO DEL DERECHO	7
1.1. Prolegómenos.	7
1.2. Vida y obra de Hans Kelsen.	8
1.3. Importancia Del Estudio De La Teoría Pura Del Derecho, En El Ámbito De La Ciencia.	23
CAPÍTULO II	
LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y EL ENFOQUE METODOLÓGICO KELSENIANO	25
2.1. Planteamiento Del Problema.	25
2.2. Sinopsis De La Teoría Pura Del Derecho Desde El Punto De Vista Metodológico.	27
2.3. Influencias Filosóficas Que Dan Cuenta, Del Enfoque Epistemológico y Metodológico Empleado Por Hans Kelsen.	36
2.4. De Los Métodos Empleados Por Hans Kelsen, Para Delimitar El Objeto de Estudio De La Ciencia Jurídica.	40

C

	Pág.
Conclusiones Al Segundo Capitulo.	49

CAPÍTULO III

DE LAS IMPUREZAS JURÍDICAS ENCONTRADAS EN EL LENGUAJE EMPLEADO POR HANS KELSEN EN LA ESTÁTICA JURÍDICA	54
---	-----------

3.1. Preliminaria.	54
3.2. Punto De Partida: Concepto Del Derecho Kelseniano.	58
3.3. La Estática Jurídica o Propuesta Del Jurista Vienés, En La Definición De Los Conceptos Jurídicos Fundamentales.	63
3.3.1. Norma Jurídica.	63
3.3.2. Sanción.	67
3.3.3. Acto Antijurídico.	70
3.3.4. Deber Jurídico.	73
3.3.5. Responsabilidad Jurídica.	75
3.3.6. Derecho Subjetivo.	78
3.3.7. La Competencia.	83
3.3.8. La Imputación.	84
3.3.9. Persona Jurídica.	85
3.4. Crítica A Algunos De Los Conceptos Jurídicos Fundamentales, Elaborados Por Hans Kelsen.	89
3.4.1. El Origen de las Impurezas Jurídicas.	89
3.4.2. La Norma Jurídica Como Prescripción Producida Por Los Órganos De Derecho y El Sentido De Privilegiar A Las Normas Secundarias.	93
3.4.3. La Confusión De Un Concepto Formal Con Uno Material o Fáctico: Sanción y Coacción.	97

D

	Pág.
3.4.4. De La Substitución Del Concepto Acto Antijurídico, Por El De Hecho Ilícito.	104
3.4.5. Deber Jurídico y Obligación Jurídica, Sin Distingos De Género y Especie Para El Jurista Vienés.	108
3.4.6. Desvanecimiento Del Concepto De Persona.	113
3.4.7. ¿Por qué Confunde Kelsen Al Derecho Con El Estado?	115
3.4.8. La Imputación y Su Probable Substitución Por El Concepto De Nexo Normativo, Contingente o Necesario.	126
Conclusiones Al Tercer Capítulo.	127

CAPÍTULO IV

DE ALGUNAS INCONSISTENCIAS DESCUBIERTAS POR E. BULYGIN EN LA DINÁMICA JURÍDICA KELSENIANA	130
4.1. Introducción.	130
4.2. Problemas Que Aborda La Dinámica Jurídica Planteada Por H. Kelsen, En La Teoría Pura Del Derecho.	132
4.2.1. Unidad Del Ordenamiento Jurídico: La Norma Fundante Básica y La Jerarquía Normativa Del Sistema Jurídico.	134
4.2.2. La Coherencia Del Sistema Jurídico Entre Las Normas y Con Relación Al Mismo: La Interpretación Judicial.	157
4.2.3. La Completitud o Integridad: El Problema De Las Lagunas y El Principio De Plenitud Hermética Del Orden Jurídico.	180
4.3. Crítica De E. Bulygin A Los Ideales y Soluciones Propuestas Por H. Kelsen, Ante Los Problemas De Lagunas, En La Función Jurisdiccional.	196
Conclusiones Al Capítulo IV.	227

E

CAPÍTULO V

DE LAS IMPUREZAS SOCIOLOGICAS PALPABLES EN UNA TEORIA SUPUESTAMENTE DIVORCIADA DE LA REALIDAD SOCIAL 231

5.1. Preliminaría.	231
5.2. Vida y Obra de Max Weber.	234
5.3. Puntos de Contacto Entre Max Weber y Hans Kelsen.	237
5.4. Aspectos Sociológicos Que Fungen Como Presupuestos Importantes Para Dar Validez a las Tesis Kelsenianas.	266
5.4.1. El Orden Jurídico Como Producto De Un "Compromiso" y No; De Un Contrato Social.	267
5.4.2. El Derecho Como Resultado De Una Proyección Sistemática De Las Normas y No; Del "Dogma De La Voluntad".	268
5.4.3. Relevancia Del Deber, Sobre la Libertad Como Método.	270
5.4.4. El Derecho Subjetivo, Como Reflejo De La Obligación.	272
5.4.5. El Derecho De Propiedad Como Herencia De Las Sociedades Capitalistas.	274
5.4.6. El Sujeto De Derecho Para La Dogmática Burguesa, y Su Desplazamiento Por La Norma En Kelsen.	276
5.4.7. El Estado Como Sistema De Normas Regulatorias De La Fuerza y Como Motivador De Ciertos Sentidos De La Conducta.	277
5.4.8. Los Órganos Especializados Del Orden Normativo Bajo Las Premisas Durkheimianas De La División Del Trabajo.	280
5.4.9. El Derecho Como Orden y Fuera De La División Bipartita Tradicional.	313

F

Pág.

5.5.0 La Norma Fundante Como Regulatoria Del Hecho Instaurador Del Derecho.	315
Conclusiones Al Capítulo V.	
CAPÍTULO VI	
DE LA CORROBORACIÓN DE LAS HIPÓTESIS ELABORADAS EN EL PRESENTE TRABAJO	319
CAPÍTULO VII	
PROPUESTAS TENDIENTES A ESTRUCTURAR LA TEORÍA PURA DEL DERECHO BAJO UN ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO REALISTA	322
CONCLUSIONES GENERALES.	345
BIBLIOGRAFÍA.	348
HEMEROGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y DICCIONARIOS CONSULTADOS.	355

A Dios:

Gracias, por los padres que me diste, por darme a los mejores hermanos del mundo.

Gracias, por poner en mi camino a Efrén y permitirme amarlo hasta formar una sola carne y un sólo espíritu.

Gracias, por creer en mí y cristalizar tu fé y amor en la vida de mi hijo.

Gracias, por regalarme en los corazones de mis amigos, los apoyos que me han sostenido de pie para seguir adelante.

Gracias, por ponerme en la U.N.A.M. Y darme la oportunidad de ser Docente y de concluir hoy mis estudios en esta hermosa Escuela.

A mi Padre:

Lic. José Jiménez Gregg. (in memoriam).

Hoy papá, te dedico una más de las cosas que a tí te gustaban; la materialización del esfuerzo que siempre fue la norma constante de tu vida.

Aunque paralizaste mi corazón un 11 de julio de 1990, yo sé que estás con nosotros; te veo en el rostro de mi hijo; te siento en cada nota del concierto de Gershwin y todo se convierte en una rapsodia en azul: el cielo, el mar, el manto de Medjugorje....

¡Eres fabuloso y sé que siempre recibirás mi cariño donde quiera que estés!

A mi Madre:

Lic. Isabel Moles y Escobar.

Tú sabes cuánto te respeto y admiro.

¡Gracias por ese ejemplo de fortaleza con el que nos has inspirado a todos!

A mis hermanos:

Lic. Alejandro Jiménez Moles.

Lic. Rosario Jiménez Moles.

Lic. Adriana Jiménez Moles.

Por ser mis mejores apoyos en momentos muy difíciles, y mis grandes cómplices para disfrutar los tiempos felices.

¡Los quiero de aquí hasta el infinito!

A mi esposo:

Lic. Efrén Antonio Franco Chávez.

Por ser como eres: noble, tierno, cariñoso y hacerme tan feliz.

Eres mi compañero, la fuerza que me impulsa a consumir cada uno de nuestros sueños, el bálsamo que me llena de paz y alegría que necesito para vivir.

Tú sabes cuánto te amo y cuánto de mí te pertenece pues bien; esto como todo lo que por tí logro; es tuyo.

A mi hijo:

José Antonio Franco Jiménez.

Por ser el niño más amado de la tierra, aquél que día a día teje sonrisas en los rostros de sus padres y que como un ciclón transformó mi vida un 4 de Febrero de 1991.

¡Te adoro con todo mi corazón!

Jamás dejes de invadir la casa con tus tenis, calcetines, balones, etc., y las melodías de Mozart.... ¡Tocas precioso la flauta!

I

A mis sobrinas: Alejandra Ortíz Jiménez.
Mercedes Jiménez Roel.
Por ser unos cascabelitos de alegría y de ternura.
Recuerden que soy una de sus fans más convencida de que
nadie, las puede superar en el ballet.

**A mi Asesor
de tesis:** Dr. Carlos Quintana Roldán.
Por insistir, cada vez que me veía, en que hiciera esta
tesis.
¡Gracias por su preocupación sincera, su profesionalismo y
dirección!

Al Doctor Pedro Zorrilla Martínez (In-memoriam)

Su ausencia transformó nuestra Escuela para siempre porque, aunque ya
no está con nosotros, mientras existan las flores que usted sembró,
estaremos sus alumnos regando, en honor de su memoria, día a día los
jardines que nos heredó.

**A todos mis Maestros De la División de Estudios de Posgrado y de la
Facultad de Derecho, con un cariño muy especial a:**

Maestro Martín Díaz y Díaz (In-memoriam)

Dr. Carlos Quintana Roldán.

Dr. Rolando Tamayo y Salmorán.

Dr. Jorge Witker Velázquez.

Dr. Jaime Cárdenas Gracia.

Dra. Carla Huerta Ochoa.

Dr. Leonel Armenta López.

Dr. Ramón Reyes Vera.

Dr. Ernesto Gutiérrez y González.

Lic. Miguel Ángel Vázquez Robles.

Dr. Miguel Acosta Romero.

Lic. Jesús Orozco Henriquéz

Lic. Luis Silva Guerrero.

Lic. Raquel Sagaón Infante.

¡Gracias por todo lo que aprendí a su lado y por todo lo
que formaron en mí!

J

Al Director De La Facultad de Derecho: Maestro Fernando Serrano Migallón,
por todo su apoyo y comprensión para poder realizar este trabajo.

A mis alumnos de la Facultad de Derecho que por más de 11 años me han
motivado para hacer de la Docencia mi vocación eterna. ¡Dios los bendiga
siempre!

A todos los miembros de la Academia de Derecho Fiscal con un especial
reconocimiento a:

Lic. Augusto Fernández Sagardi.
Lic. y Mgdo. Sergio Martínez Rosaslanda.
Lic. Miguel Ángel Vázquez Robles.
C.P. Miguel Eduardo Jaimes Araiza.
¡Gracias por darme su amistad, su apoyo cada vez
que les pido su respaldo en las Escuelas que laboro,
y por actualizarme en una materia tan difícil como
bella!

A mis ángeles de la guarda: R.P. Guillermo Salto Huacuz.
R.P. Alfonso Vega Núñez
Hilda Magallanez Zubia.
Hugo Carrasco Soulé.

A mis ahijados: Carmen Vega Ramos.
Salvador Cabral Valencia.
(Escogieron una madrina desastrosa
pero que los aprecia como nadie).

K

**A dos rosas que con su sonrisa y
optimismo me impulsaron para
seguir adelante en la
División de Estudios de Posgrado:
María de la Luz Téllez Girón.
Araceli Molina Martínez.**

INTRODUCCIÓN

En un intento por demostrar que el problema de la naturaleza del Derecho no ha sido resuelto por Hans Kelsen, debido a su enfoque metodológico, decidí adentrarme en el estudio de la Teoría Pura del Derecho.

Lo anterior me llevó a descubrir, con gran sorpresa, un sinfín de aportaciones a la Sociología Jurídica, así como varias fallas metodológicas y lexicológicas que me llevaron a organizar el presente trabajo en siete capítulos, unidos bajo la hipótesis central de que el jurista vienés no liberó a la Ciencia Jurídica de elementos extraños.

Lejos de decepcionarme que la pretendida exigencia de “pureza metodológica” se derrumbara ante mis ojos, al encontrar filtrada la realidad social en varias páginas de la Teoría Pura del Derecho, me motivé aún más para demostrar que no es posible para ningún jurista diseñar una Teoría del Derecho al margen de la realidad social.

Desde luego que es fundamental, antes de proceder a evidenciar las impurezas socio-jurídicas de la Teoría en comento, conocer los móviles del Pensamiento Kelseniano y ubicar el contexto histórico que, el hacedor de la Constitución de Weimar, vivió para exponer no sólo sus errores metodológicos sino además para comprender por qué heredó a la Ciencia

Jurídica un modelo epistemológico tan plagado de dualismos a virtud de la nefasta división del “sein” y el “sollen”. Para estos efectos, remito a la lectura de los capítulos I y II en los que se dan a conocer aspectos biográficos de Hans Kelsen, las influencias filosóficas que marcaron su pensamiento y los resortes que lo impulsaron para elegir el método menos idóneo para delimitar claramente la naturaleza del Derecho.

La falta de lexicología jurídica arruina todo trabajo de conceptualización en cualquier Teoría Jurídica que se pretenda elaborar. En este punto, se analizan los conceptos jurídicos fundamentales que presenta el Doctor Honoris Causa de la Universidad de Harvard en su Estática jurídica. Del estudio de los mismos, se concluye que hay una falta de pureza lingüística que, conlleva a la confusión de algunos conceptos formales con los reales ó materiales, y, a subsumir unos en otros, como acontece con la equivalencia del Estado con el Derecho. Se encontró el error primario en la cuestionada definición que otorga H. Kelsen del Derecho al que concibe como un sistema de normas que organizan la fuerza y no; a la sociedad.

Ahora bien por lo que toca a las inconsistencias de la Dinámica Jurídica Kelseniana, se tiene el capítulo IV para demostrar, bajo la perspectiva de Bulygin, que el profesor de la Universidad de Berkeley no ofrece soluciones realistas a los problemas de la Técnica jurídica como son; los de la

interpretación judicial y los de integración jurídica. En esta parte, se desmoronan las tesis de la absolucón y la condenación, como recursos al juez para resolver todos los casos sometidos a su consideración y; se desvanecen los ideales de plenitud hermética e integración del Orden jurídico.

No podría sostenerse la hipótesis central de la falta de pureza metodológica en la Teoría Pura del Derecho como inspiración, para la realización de este trabajo, sin entrar de lleno al análisis de todos los aspectos sociológicos que se desprenden de la referida teoría. De esta manera, se enfatizan los puntos de contacto que mantiene Hans Kelsen con las teorías sociales de E. Durkeim y Max Weber; como nos lo hacen notar los juristas. N. Bobbi, Ulises Schmill y Martín Díaz y Díaz siendo objeto de estudio todo ello del capítulo V.

Finalmente; en el capítulo VI de la investigación en comento, se elaboran algunas propuestas para estructurar la Teoría Pura del Derecho bajo un enfoque realista pudiendo revertirse el enfoque gnoseológico propuesto por su autor al considerar al Derecho no sólo un producto de la norma sino además como resultado de la acción social.

Sin duda alguna, el trabajo que someto a su consideración tiene más vacíos a colmar que aciertos a brindar; sin embargo lo aprecio por lo mucho que me obligó a esforzarme, para ofrecerlo como un testimonio de

agradecimiento, a mi Maestro de Teoría Jurídica Contemporánea, Martín Díaz y Díaz, a quien me hubiera gustado entregarle esta tesis, tan imperfecta, en sus manos pero Dios, ya lo tenía contemplado en sus proyectos, para inmortalizarlo en el firmamento de los más brillantes astros de la Teoría del Derecho.

DE LAS HIPÓTESIS QUE SE SUSTENTAN EN EL PRESENTE TRABAJO

En la investigación que se va a llevar a cabo, sobre uno de los trabajos más significativos de Hans Kelsen, se partirá de las siguientes hipótesis:

1. La teoría pura del Derecho presenta impurezas metodológicas, jurídicas y sociológicas.
2. El método científico no es el más adecuado para desentrañar la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica.
3. La teoría pura del Derecho no fractura los paradigmas base de la modernidad.
4. La teoría pura del Derecho se encuentra plagada de dualismos como consecuencia del erróneo enfoque metodológico que propone su autor.
5. Kelsen nunca liberó a la ciencia jurídica de elementos extraños al tomar categorías de la sociología omnicomprensiva de Max Weber y al poner de manifiesto su personal ideología en materia política para atacar a los Ius-naturalistas.
6. La estática jurídica Kelseniana, no presenta exclusivamente conceptos jurídicos fundamentales sino además conceptos sociológicos y existe, en algunos de ellos, falta de pureza en el lenguaje para definirlos.

7. El principio de plenitud hermética del Orden Jurídico, es más un ideal que una realidad en los sistemas jurídicos y puede provocar falta de seguridad jurídica en los gobernados.

CAPÍTULO I

RETRATO DE UN JURISTA VIENÉS QUE REVOLUCIONÓ EL ESTUDIO DEL DERECHO

1.1. Prolegómenos

No se puede emprender el análisis de la Teoría Pura del Derecho sin considerar previamente los aspectos más significativos de la vida de su autor; el más destacado exponente del Positivismo jurídico, ya que, los mismos constituyen las pautas para descifrar el pensamiento que lo orientó a colocar el estudio del Derecho dentro de una dimensión científica.

En este capítulo, se pretende, no sólo valorar los altos logros que tuvo el profesor de Viena, en los ámbitos de la Academia y de la Praxis jurídica, sino además; conocer las circunstancias históricas que enfrentó y dar con las influencias filosóficas que determinaron una personalidad que repudió las determinaciones metafísicas de los Ius-naturalistas y que desdeñó "...la tosquedad empírica y la falta de distinción de las peculiaridades normativas..." del sociologismo.¹

¹ Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. de E. García Máynez, México, Ed. U.N.A.M.; 1979 p.p. V a XI.

1.2. Vida y obra de Hans Kelsen.²

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de Octubre de 1881. En 1900 ingresó a la Facultad de Derecho en la Universidad de Viena. En ese entonces; está incubándose la confrontación que se da entre el ascenso a la social democracia y el pensamiento expansionista del Imperialismo Alemán junto con el antisemitismo que provocó represiones no sólo para la comunidad judía sino también para los ambientes intelectuales y literarios que propugnaban cambios.

Es la época de la caída de la monarquía Constitucional de los Habsburgo y la entrada en la República. A Kelsen le toca sufrir la represión propia de esta época y, para contrarrestarla, en 1905 se convierte al cristianismo. Durante sus años universitarios, Kelsen recibe influencias concretas de intelectuales como Leo Strisower, Herman Cohen, Edward Bernatzik y de Adolf Mentzel. Bajo estas influencias, Kelsen construye los cimientos de lo que con posteridad será "La Teoría Pura del Derecho" al recoger la tesis de los positivistas lógicos y del iluminismo Kantiano para comenzar a pensar en el Estado como un sistema de normas con unidad orgánica a la que debe aspirar todo orden jurídico. En 1906 se doctora en Derecho en la Universidad de Viena. Obtiene una beca para la investigación

² Alarcón, Olguín Víctor "H. Kelsen: Bitácora de un Itinerante", en "El Otro Kelsen" editor y compilador Oscar Correas, México, 1989, colecc. Estudios Doctrinales No. 17 p. 374.

en la Universidad de Heidelberg en 1908, estudiando bajo la dirección de George Jellinek. Mantiene una relación parcial con el círculo de Max Weber debido a su retorno a Viena por problemas de crisis económica familiar.

De 1909 a 1910 se dedica al litigio y en 1911 aparece publicada su obra "Problemas Capitales de la Teoría del Derecho Estatal" y además; con el apoyo de sus viejos maestros Bernatzik y Mentzel, ingresa como docente privado a la Universidad de Viena.

En 1912 se casa con Margaret Bondi con quien procrea dos hijas, Ana (1914) y Maria (1915). posteriormente y; durante la conflagración mundial que colocó como aliados naturales a todos los países con filiación germánica, incluyéndose naturalmente el Imperio Austro Húngaro, que establecía causa común con Alemania, en contra de la ideología democrático liberal, Kelsen es nombrado profesor extraordinario en la Universidad de Viena, pero en 1917 es llamado a filas en calidad de reservista y no es enviado al frente sino designado asesor jurídico, dentro del Ministerio de Guerra por su titular; Rudolf Von Stiger Steiner, para formular un proyecto de constitución militar. En esta época Kelsen entra en relación directa con los grupos social demócratas, liberales y cristiano conservadores que se organizarán al final del conflicto armado, para dar nacimiento a la República de Austria, en donde Kelsen contribuiría en 1918 con la propuesta de una Constitución Federal que

garantizaría evitar el desmembramiento de las regiones no germánicas, a cambio de negociar las autonomías no locales.

Dos elementos del citado proyecto, elaborado con Heinrich Lammasch, resaltarían como elementos innovadores; la creación de un Tribunal Constitucional, como la máxima instancia en la interpretación de la ley, y la introducción de una democracia parlamentaria. En este punto, es importante hacer hincapié en que Kelsen propone, a la Teoría Constitucional, la impartición de la justicia sobre las bases exclusivas de la legalidad que define la forma y calidad de un Estado por encontrarse sujeto a la misma.

En 1918, Kelsen regresa a su puesto de docente extraordinario en Viena y en ese momento se habla ya de una escuela Vienesa del Derecho bajo el amparo intelectual de Kelsen quien tiene como discípulos a Alfred Verdross, Félix Kaufmann, Alf Ross, Julius Kraft, Luis Legaz y Lacambra, así como Luis Recaséns Siches.

En 1920 se publican dos obras; “Esencia y Valor de la Democracia” y “Socialismo y Estado”.

En esa fecha se promulga la Constitución Austriaca. En 1922 se convierte en decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena.

La caída de la República de Weimar, el ataque al Tribunal Constitucional, del que Kelsen fue miembro vitalicio y que fuera destruido

finalmente en 1929; y con antelación el fortalecimiento del ejecutivo (1924) y el incendio del Palacio de Viena; obligaron al estudioso de las constituciones de Weimar y de Austria; a abandonar Viena y a enrolarse como docente de la Universidad de Colonia en 1930 para salvar su vida. En Colonia, Kelsen cultiva el estudio del Derecho Internacional para jamás abandonarlo. Al aceptar la cátedra Kelsen se vió obligado a renunciar a la nacionalidad austríaca para adquirir la alemana a cambio de respetársele su antigüedad, la cual le fue negada por Hitler, cuando el jefe de la escuela de Viena se trasladó en 1936 a la Universidad Alemana de Praga con lo cual tuvo un valioso motivo para alejarse del nazismo y para renunciar a la ciudadanía germana y adquirir la checa.

Es importante señalar que durante su estancia en Colonia mantiene relaciones como profesor invitado con el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, con la Academia de Derecho Internacional de la Haya y con la Liga de las Naciones que fueron apoyos cruciales para Kelsen durante sus primeros años de exilio antes de trasladarse a los Estados Unidos.

Así mismo en 1932 es nombrado decano de la Facultad de ciencias Jurídicas de la Universidad de Colonia y habilita a Carl Schmitt (reconocido como confeso pro-nazi) como docente de esa institución de la cual es cesado

injustamente Kelsen por no contar con el apoyo del profesorado: Carl Schmitt se había negado a firmar. Este acto circunstancial alejó a Kelsen de Alemania y evitó que fuera encarcelado.

Exiliado en Alemania en 1933, hasta su llegada en 1936 a Praga, impartirá cursos en Suecia, Zurich y Ginebra en el ya citado Instituto de Altos Estudios. El producto principal de esos años lo constituye su Teoría Pura del Derecho editada en 1934. Por estas fechas, es nombrado Doctor Honoris Causa de las Universidades de Utrecht y Harvard.

De esta manera Kelsen se convertía en un modelo de libre pensador Occidental que era defendido por la democracia organizada contra el totalitarismo fascista.

De 1936 a 1939 estuvo como docente en la Universidad Alemana de Praga en la que su estancia es desde un principio boicoteada, dado que ahí también habían proliferado los sentimientos antijudaicos y; debido al inicio de la segunda guerra mundial, decide trasladarse a Estados Unidos, donde llega en Junio de 1940 como docente de la New Scholl for Social Research, con sede en New York.

En 1943 ingresa como profesor visitante a Harvard y, en esa misma fecha, bajo el patrocinio de Roscoe Pound, ingresa igualmente, en calidad de profesor visitante a la Universidad de California en Berkeley, en el área de

Ciencias Políticas, obteniendo su nombramiento definitivo en 1945. Es en esta etapa en la que Kelsen es aprovechado por su experiencia en Derecho Internacional como asesor en materia de crímenes de guerra y territorios liberados en Washington y lo que le permitirá obtener la ciudadanía americana.

Productos de su etapa americana, más significativos, son: “Sociedad y Naturaleza” (1943); en donde explora los principios científicos y antropológicos de la organización social; “Teoría General del Derecho y del Estado” (1945), que constituye una versión sumaria de sus principales aportaciones en el ámbito jurídico y finalmente; su “Teoría General de las Normas”, que estaba en preparación; cuando fue sorprendido por la muerte a la edad de 91 años.

La relativa cercanía de Kelsen, una vez instalado en los Estados Unidos, en donde permanece hasta el final de sus días, que culminan precisamente en Berkeley, en Abril de 1973, facilitó que visitase en épocas muy diversas América Latina. Kelsen visitó Buenos Aires, Argentina entre Julio y Agosto de 1949, donde trató el tema de la “Teoría Pura del Derecho”, la “Teoría Ecológica” y “Problemas del Derecho Internacional”. En ese mismo período también visitó Río de Janeiro, donde impartió conferencias en la fundación “Getulio Vargas”.

Durante los meses de marzo-abril de 1960, fecha que coincidió con la aparición, en Viena, de su versión revisada de la "Teoría para el Derecho", visitó México siendo Propuesto, en esa misma fecha, como candidato para recibir el Premio Nóbel de la Paz, por la Sociedad Mexicana de Filosofía.

Kelsen se jubila en 1952, a la edad de 70 años, y; es reivindicado públicamente por el gobierno austriaco, en 1947, que le concede fondos para su manutención, lo que le permite vivir en forma muy modesta hasta la culminación de su existencia.

Bibliografía Kelseniana.³

La amplia producción de trabajos en los campos del Derecho, de la Sociología del Estado; del Derecho Internacional, Ecológico, Filosófico y Ético, que nos heredó Hans Kelsen rebasa la posibilidad de pretender concluir los aspectos más relevantes de su obra en el ámbito jurídico sin embargo; es menester enfatizar que su pensamiento hizo posible que el Derecho fuera respetado y no reducido a enfoques metafísicos, psicológicos o políticos.

Tal vez, el jurista vienés exageró en la forma que propone al sujeto cognoscente orientarse hacia su objeto de estudio con el divorcio de la realidad social pero el peligro de no contar con una dogmática jurídica puede

3 Walter, Robert "Bibliografía Kelseniana", en "El Otro Kelsen" editor y compilador Oscar Correas, México 1989, colecc. Estudios Doctrinales No. 215, p. 374.

hacer derivar cualquier teoría del derecho en Filosofía, Sociología ó Ciencia Política.

A pesar de ello; considero que hubiera sido interesante que Kelsen hubiera elegido desentrañar la realidad de los fenómenos normativos por encima de la coherencia formal de su sistema.

El material producido por él en varias disciplinas sociales, se ofrecen como prueba plena de que se podía haber armado una Teoría del Derecho en contacto con la realidad social en lugar de una Dogmática con pretensiones de cientificidad y pureza a la que se le filtraron conceptos sociológicos. Ahora bien, con relación a la bibliografía que nos ocupa; tenemos que el Dr. Robert Walter del Instituto Kelsen de Viena, clasifica las obras del Maestro en 3 apartados, a saber los siguientes:

I. SOCIOLOGÍA

a) Sociología del Derecho

1. "Acerca De Las Fronteras entre El Método Jurídico y el Método Sociológico". Ponencia Presentada ante al Sociedad de Sociología de Viena. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), (1911, 64 p. p. (No. 12)).
2. "Contribución a la Sociología del Derecho".

Algunas consideraciones críticas.

Archiv Für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 34, 1912,
p. p. 601-614 (No. 18).

3. "Una Fundamentación de la Sociología del Derecho".

Archiv Für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 39, 1915,
p. p. 839-876 (No. 32).

4. "República"

Archiv Für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 41, 1916,
p. p. 850-853 (No. 34).

5. "Conclusión"

Archiv Für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 42, 1916,
p. p. 611 (No. 35).

b) El Concepto de Estado según la Sociología y El Derecho.

1. "La Idea del Estado según La Sociología y El derecho". Traducc.

De Karel Englis. Sbornik ved právních a státních, tomo 14,
1913/1914, p. p. 69-101 (No. 28).

2. "El Concepto de Estado de la Sociología Comprensiva".

Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik, Neue Folge,
tomo 1, 121 p. p. 104-119 (No. 61).

3. "Estado y Derecho". Acerca del Problema del Conocimiento

Sociológico o Jurídico del Edo. Viertejahresschrift für

Soziologie, Serie, A: Soziologische Hefte, Año 2, 1922, p. p. 18-37 (No. 69).

c) Causalidad e Imputación.

1. "Causalidad y Retribución". (Disponible solamente como separata) (No. 219).
2. "El Surgimiento de La Ley De Causalidad A Partir Del Principio De Retribución".
The Journal of Unified (Conocimiento) tomo 8, 1939, p. p. 69-30 (No. 229).
3. "Retribución y Causalidad". Una investigación Sociológica.
The Hague: W. P. Van Stockum; Chicago: The Univesity of Chicago Press, 1946. (No. 224).
4. "Sociedad y Naturaleza". Una Investigación Sociológica. Chicago: The University of Chicago Press, 1943, VIII, 391 p. p. (No. 246).
5. "Causalidad e Imputación". Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 6, 1954, p. p. 125-151. (No. 312).
6. "Causalidad e Imputación".
Archiv Für Rechts-und Sozialphilosophie, tomo 46, 1960, p. p. 321-333. (No. 341).

d) Otros.

1. "Contribución A la Sociología de La Democracia".

Der österreichische Volkswirt, Año 19, Primera parte, 1926. p. p.
209-211, 239-242 (No. 121).

2. "El Derecho Como Técnica Social Específica". The University of
Chicago Law Review, tomo 9, 1941, pp. 75-97 (No. 230).

e) Comentarios bibliográficos.

1. "Comentario a Mentzel A". Derecho Natural y Sociología.

Wien-Leipzig, 1912, Archiv für Die Geschichte des Sozialismus
und Der Arbeiterbewegung, Año 5, 1913, pp. 225-229 (No. 19).

II. FILOSOFÍA DEL DERECHO.

a) Problemática Del Derecho Natural.

1. "La Idea Del Derecho Natural". Zeitschrift für öffentliches Recht,
tomo 7, 1927/1928, pp. 221-250 (No. 132).2. "Derecho Natural y Derecho Positivo". Una Investigación De sus
Relaciones Mutuas. Internationale Zeitschrift für theorie des
Rechts, Año 2, 1927/1928, pp.3. "Los Fundamentos Filosóficos De La Doctrina Del Derecho
Natural y Del Positivism Jurídico". Conferencias de Filosofía,
publicadas por la Kan-Gesellschaft, 31. Charlottenburg: Pan-

Verlag Rolf Heise, 1928, 78 pp. (No. 137).

4. "La Doctrina Del Derecho Natural Ante El Tribunal De La Ciencia". The Western Political Quarterly, tomo 2, 1949, pp. 481-513 (No. 287).
5. "Una Teoría Dinámica Del Derecho Natural", Lousiana Law Review, tomo 16, 1956, pp. 597-520. (No. 320).
6. "La Doctrina Del Derecho Natural y El Positivismo Jurídico". Traducc. de Eugenio Bulygin. Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, Cuaderno 4, pp. 7-45 (No. 248).
7. "El Fundamento De La Doctrina del Derecho Natural". El Derecho Natural". Die Nue Ordnung. Año 16, Cuaderno 5, 1962, pp. 321-327 (351).
8. "El Fundamento De La Doctrina Del Derecho Natural". El Derecho Natural En La Teoría Política. Centro Internacional Para La Investigación De Cuestiones Fundamentales en Las Ciencias. Salzburgo. Primer Informe de investigación, publicado por Franz Martín Schmölz. Informe: pp. 1-37; discusión: pp. 118-131, 141, 147,162. Wien: Springer Verlag, 1963 (No. 355).

b) Problemática De La Justicia

1. "Las Metamorfosis De La Idea De Justicia". Interpretaciones De

Las Filosofías Modernas Del Derecho. Ensayos en honor de Roscoe Pound. pp. 390-418, New York: Oxford University Press, 1947 (No. 272).

2. "La Idea De Justicia En Las Santas Escrituras". Revista Jurídica De La Universidad De Puerto Rico, tomo 22, 1952/1953, pp. 1-63 (No. 305).
3. "La Idea De Justicia Según Las Doctrinas De La Teología Cristiana". Un Análisis Crítico De La Justicia, de Emil Brunner. Studia Philosophica (Basel), tomo 13, 1953, pp. 157-200 (No. 307).
4. ¿Qué Es La Justicia?". Wien, F. Deuticke, 1953, IV, pp. (No. 310).
5. "El Problema De La Justicia En Teoría Pura Del Derecho". Segunda edición totalmente reelaborada y ampliada. Wien, F. Deuticke, 1960, XII, 354 pp. (No. 343).

III. FILOSOFÍA GRIEGA

a) Platón

1. "La Justicia En Platón" Utrechtsch Dagblad, (No. 278), 24 de Nov. De 1931 (No. 174),

2. "La Justicia Platónica". Kant-Studien, tomo 38, 1933, pp. 91-117 (No. 192).
3. "El Amor Platónico". Imago, tomo 19, 1933, pp. 39-98, 225-255 (No. 193).
4. "La Ilusión De La Justicia". Una Investigación Crítica De La Filosofía Social De Platón. Obra póstuma publicada por Kurt Ringhofer y Robert Walter (No. 387).

b) Aristóteles.

1. "La Política Helénico-Macedónica y la Política de Aristóteles". Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 13, 1993, pp. 625-678 (No. 189).
2. "¿Qué Es La Justicia?". Justicia, Derecho y Política En el Espejo de la Ciencia. Colecc. De ensayos.
3. "La Doctrina Aristotélica De La Justicia". pp. 110-136, 380-384 (No. 329). Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957.

c) Otros.

1. "Concepción Política Del Mundo y Educación". Annalen Für Soziale Politik un Gesetzgebung, tomo 2, 1913, pp. 1-26 (No. 21).

2. "El Alma y El Derecho". 1er. Annuaire de l' Institut International de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique, pp. 60-82 Paris: Recueil Sirey, 1936 (No. 205).
3. "La Doctrina Aristotélica De La Justicia" pp. 110-136, 380-384 (No. 329). Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1957.
4. "Ciencia y Política". The American Political Science Review, tomo 45, 1951, pp. 641-661 (No. 300).

1.3. Importancia Del Estudio De La Teoría Pura Del Derecho En el ámbito De La Ciencia Jurídica

Hans Kelsen, sin objeción alguna, es el más destacado exponente del positivismo jurídico, por colocar el estudio del Derecho dentro de una dimensión científica derribando los enfoques y premisas tanto de los Ius-naturalistas como de los Realistas Norteamericanos por realizar los primeros más una Teoría de la Justicia que del derecho, y los segundos; una Sociología Jurídica más que el diseño de una Ciencia Normativa.

Resulta indispensable el estudio de la Teoría Pura Del Derecho para todo jurista que desee encontrar los parámetros a seguir en la Ciencia Jurídica como serían; la determinación de la naturaleza del Derecho, la definición del mismo, sus diferencias con otros órdenes normativos de la conducta, la elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales y; la propuesta de soluciones a los problemas que engloba la Técnica Jurídica.

A partir de Kelsen, dificultades como el status científico de la Teoría del Derecho, el desdoblamiento del universo, de manera bipartita con el sein y el sollen, la adecuada elección del método para delimitar el objeto de estudio de la jurisprudencia, el contenido y el alcance de las normas jurídicas, la causalidad incorporada por el derecho sustantivo y el adjetivo para determinar los grados de obediencia a los que debe someterse el Estado para respetar los

principios básicos de una democracia actuante, entendida ésta última como racionalización del poder y acceso e irrestricto a la libertad que concilia intereses, el considerar al Derecho Internacional bajo los mismos principios de paz y orden que rigen en los ámbitos nacionales; sin duda alguna se imponen como retos a los teóricos del Derecho, en la valoración y ponderación que se realice sobre el trabajo llevado a cabo por Hans Kelsen en el ámbito jurídico-político, en aras de la construcción de una Teoría Jurídica que responda a la realidad social sin menoscabo del eficiente aparato conceptual que brinde la dogmática.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y EL ENFOQUE METODOLÓGICO KELSENIANO

2.1. Planteamiento Del Problema.

En el pensamiento kelseniano pesa todavía la rigidez de los paradigmas científicos de la Modernidad. En este punto, considero que las limitaciones epistemológicas planteadas por Renato Descartes, para abordar el objeto de estudio en el campo de las ciencias exactas, se traducen en una variedad de dualismos para el sector de los fenómenos jurídicos. La enconizada batalla entre el Ius-Naturalismo y el Ius-positivismo heredan dualismos sobre lo que debe ser prioritario para el teórico del Derecho: La forma o la materia; lo funcional o lo estructural, lo extrínseco o lo intrínseco de la norma, el subjetivismo o el objetivismo. Se trata en todos los casos de opciones tajantes que no permiten, a la fecha, desentrañar la naturaleza del objeto de estudio de la Jurisprudencia.

Desde el punto de vista metodológico la Teoría Pura del Derecho adolece, en cada uno de sus temas, de un carácter binario que oscila entre la elección del relativismo moral o del universalismo, de la autocracia o la democracia, de la ciencia o de la ideología. La obra en comento está cargada

de una polaridad similar a la de los Ius-naturalistas: cree en la verdad a partir de caminos exclusivos; su posición no transige ni con la realidad.

A efecto de considerar el método adecuado para conciliar la realidad social con el aparato conceptual elaborado por Kelsen; se destina este capítulo en el cual se analizará el enfoque epistemológico propuesto por el autor referido, las influencias filosóficas que lo determinaron a abordar el Derecho bajo la perspectiva del método científico sin olvidar desde luego; ofrecer una síntesis de la Teoría Pura del Derecho en lo que se refiere al aspecto metodológico empleado por el jurista vienés; como se advertirá a continuación.

2.2. Sinopsis De la Teoría Del Derecho Desde El Punto De Vista Metodológico.

La Teoría Pura Del Derecho, en palabras de su autor, “...Constituye una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de un orden jurídico específico...”.⁴ “...En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica...”.

“...Al caracterizarse como una doctrina “Pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico...”. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método...”. “...La ciencia jurídica tradicional, en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos ha estado de satisfacer la exigencia de pureza...”. “...La jurisprudencia se ha confundido con la Psicología y la Sociología, con la ética y la teoría política...”. “...Cuando la Teoría pura del Derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo

4 Kelsen, Hans Teoría Pura del Derecho (trad. Roberto J. Vernengo) séptima edición, México, ed. Porrúa, 1993, p. 15.

hace, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto...”.

De lo transcrito anteriormente, queda claro que, para Hans Kelsen, el estudioso del Derecho debe enfocarse a la descripción del mismo sin considerar “elementos ajenos” como el marco social, ni los aspectos éticos o políticos. Bajo esta exigencia de pureza metodológica -no respetada por el mismo profesor de la Universidad de Berkeley; como se verá más adelante- se comienza a construir una Teoría jurídica que, en síntesis, abarca los siguientes temas:

- 1) La definición del Derecho entendido éste como “Orden coactivo normativo”.⁵
- 2) La ubicación del sistema normativo del mundo del deber ser.⁶
- 3) Las diferencias entre las normas jurídicas -concebidas como esquemas de interpretación conceptual que determinan el sentido objetivo de las conductas que regulan- y las normas morales y sociales.⁷
- 4) La elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales, estructurados de manera general; en la Estática Jurídica Kelseniana, de la siguiente manera:

5 Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, op. cit. 49,57 y 201.

6 Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, op. cit. 19, 20 y 21.

7 Kelsen, Hans. Teoría Pura..., op. cit.p. 17, 25, 38 y 71.

- A) La norma jurídica como prescripción que emana de la autoridad legislativa y que estatuye un deber condicionado.⁸
- B) Regla de Derecho como juicio de carácter descriptivo que integra la Ciencia del Derecho.⁹
- C) Sanción como acto de coacción estatuido como reacción contra una acción u omisión, determinado por el orden jurídico.¹⁰
- D) Acto Antijurídico como una condición a la cual la norma jurídica enlaza una sanción.¹¹
- E) Deber jurídico como la observancia de la conducta opuesta a la que constituye la condición de la sanción aplicable al infractor o a los que guarden relación jurídica con él.¹²
- F) Responsabilidad jurídica entendida como la situación del individuo o individuos contra quienes se dirige la sanción; aun cuando su conducta no constituya la condición de la sanción, pero que se les aplica por la relación que guardan con el infractor.¹³

8 Kelsen, Hans. Teoría Pura..., op. cit., p. 25 y 128.

9 Kelsen, Hans. Teoría Pura..., op. cit., p. 84, 85, 86, 87 y 88.

10 Ibidem, p. 123-125.

11 Ibidem, p. 125.

12 Ibidem, 129-138.

13 Ibidem, 133, 135, 136, 137 y 138.

- G) Derecho Subjetivo como la posibilidad jurídica que tiene un individuo de provocar la aplicación de la sanción mediante la manifestación de su voluntad, por concesión del derecho objetivo.¹⁴
- H) La Competencia como la capacidad de realizar acciones y omisiones que puedan fungir en calidad de supuestos de derecho o como consecuencias jurídicas.¹⁵
- I) La imputación como 1) la relación por medio de la cual se vincula la sanción jurídica con el acto antijurídico realizado por el individuo o bien; 2) la imputación entendida como la capacidad de realizar actos antijurídicos.¹⁶
- J) Persona física y persona jurídica como construcciones artificiales creadas por la ciencia del Derecho entendidas -ambas- como la personificación de las normas reguladoras de la conducta de un individuo (persona física) o bien; de una pluralidad de seres humanos (persona moral).¹⁷
- K) El Estado como organización política que no difiere del orden jurídico.¹⁸

14 Ibidem, p. 147, 148 y 170.

15 Ibidem, p. 159, 160 y 161.

16 Ibidem, p. 157-161.

17 Ibidem, p. 183 y 198.

18 Ibidem, p. 291-319.

5) También engloba -la citada Teoría- problemas relacionados con la Técnica Jurídica como serían: a) los de la Unidad de ordenamiento jurídico, la cual hace reposar Kelsen en la norma fundante básica, toda vez que nos presenta la estructura escalonada del sistema normativo, b) la coherencia del sistema jurídico entre las normas y con relación al mismo, en donde profundiza sobre las dificultades de la interpretación judicial y c) la Completitud o Integración, en la cual Kelsen niega que existan lagunas auténticas, ideales o técnicas atento al principio de Plenitud Hermética del Orden jurídico por el cual siempre habrá solución a todo caso que se someta a consideración del juez.¹⁹

6) Finalmente, se considera -en la referida teoría- al Derecho Internacional como una extensión de los mismos principios de orden y paz que rigen en los ámbitos nacionales, borrándose así; la línea divisoria entre el Derecho Internacional y el Orden Jurídico de cada Estado.²⁰

De la sinopsis realizada anteriormente, sobre la obra en comento, restaría hacer desde el punto de vista metodológico algunas consideraciones. En este sentido; estimo que Hans Kelsen nos presenta la construcción de una ciencia del Derecho utilizando el método científico para la descripción del Derecho, para la construcción escalonada del orden jurídico y para el diseño

19 Ibidem, p. 201-230, 232-243, 246-283 y 349-355.

20 Ibidem, p. 223-345.

de enunciados jurídicos referidos al ser del Derecho, diferenciándolos de las normas jurídicas que estatuyen un deber condicionado. Predomina en el trabajo de Kelsen el enfoque estructural para analizar los fenómenos jurídicos, desentendiéndose de los problemas relativos a la eficacia del orden jurídico, por considerarlos propios de la Sociología y no; de la ciencia del Derecho; en la cual no deben introducirse “elementos extraños” según el autor.

Por lo que toca al formalismo, que encierra la Teoría Pura del Derecho, es menester señalar que la perspectiva gnoseológica Kantiana influyó de manera decisiva en Kelsen para considerar que antes de delimitar el campo analítico de acción para el científico del Derecho debería elaborarse racionalmente la herramienta metodológica que garantizara adecuadamente una correcta construcción del objeto de estudio. Así mismo, del neokantianismo también, procede el corte del universo jurídico en dos horizontes: el de ser (sein) y el del deber ser en sentido deóntico (sollen). La anterior bipartición surge de la separación Kantiana de la realidad entre la naturaleza y sociedad. Según dicha concepción, los procesos naturales se caracterizan por estar enlazados a través de relaciones de tipo causal; mientras que en la sociedad sus miembros se interconectan a través de vínculos de imputación.

La imputación para Kant corresponde “al juicio por medio del cual alguien es considerado como autor de una acción que entonces se llama acto y está sometida a leyes”.²¹ Kelsen desarrolla, a partir de esta óptica, dos conceptos: el de causalidad, que implica el enlace necesario entre causa y efecto, y el de atribución, que se refiere a la vinculación hipotética de una consecuencia a una determinada condición.

El desprecio por atender al contenido de las normas jurídicas y, ceñirse exclusivamente a los aspectos formales, o de producción de las mismas, obedece a la misma exigencia de pureza, para evitar sincretismos metodológicos, y a que no es posible conocer la esencia o nómeno de los sistemas jurídicos sino tan sólo describirlos como aparecen en la mente del jurista. Las peculiaridades del enfoque normativo se definen cuando Kelsen afirma que “del hecho que una cosa sea, no se desprende que deba ser”.²² El nivel fáctico de la realidad social está sujeto al carácter necesario de la causalidad. El deber ser en cambio, tiene una naturaleza hipotética. La condición y la consecuencia tienen un carácter contingente; el sentido normativo de la acción no depende en todo caso de su verificación material, sino de la proyección hacia la validez formal que se confiere a la idea del

21 Kant, Emmanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Adela Cortina y Jesús Connill, Madrid, ed. Técnos, 1989 Clásicos Del Pensamiento, No. 59, p.p. 70 a 71.

22 Kelsen, Hans. *La Teoría Pura ...*, op. cit., p. 201.

deber a través del sistema normativo. La pureza del método se consigue cuando se mantiene -según Kelsen- la división entre las formas normativas y los contenidos fácticos; entre la validez de la norma y su acatamiento efectivo. Como nos lo señala Ross, la rigidez de esta disyuntiva alberga riesgos inminentes de infidelidad metodológica pues la explicación jurídica difícilmente podrá obviar al derecho como fenómeno material.²³ Así, la norma cobra sentido sólo a partir de su ubicación como subsistema dentro de los procesos sociales de construcción de orden de la sociedad.

Con la localización del *sollen* o deber ser en términos normativos, Kelsen encontró el espacio cognoscitivo adecuado para englobar los atributos del concepto positivista de ciencia (objetividad, rigor metodológico y neutralidad) sin tener que desplazar las determinaciones mecánicas de las leyes causales al conocimiento de los asuntos normativos. Además, Kelsen utilizó el *sollen* para detractar las teorías metafísicas de los *Ius-naturalistas* y las realistas del Sociologismo a quienes opuso la positividad del orden normativo y el enfoque formal. La no confusión de objetos es posible para Kelsen si las normas no son consideradas como hechos y si los procesos aplicativos resultan cauces exclusivos de individualización de las normas. El intento de Kelsen se dirige a comprobar las capacidades autoreproductivas del

²³ Ross, Alf. Hacia Una Ciencia Realista del Derecho. Crítica Del Dualismo En El Derecho, trad. Julio Barboza, Buenos Aires Ed. Abeledo-Perrot, 1961, p. 20.1

Derecho como fenómeno normativo. Sin embargo, en cuanto la sociedad se nos presenta como orden regulado de interacción, se tornará imposible separar al Derecho de la realidad fáctica en la que se desenvuelve, porque el fenómeno del orden no se integra sólo a través de procesos de atribución de sentido; sino que tiene una vertiente fáctica que obliga siempre a regresar a su carácter histórico.

2.3. Influencias Filosóficas Que Dan Cuenta Del Enfoque Epistemológico y Metodológico Empleado Por Hans Kelsen

El neocriticismo imperante en la Escuela de Marburgo, el relativismo y el formalismo Kantianos, determinaron en Hans Kelsen su postura epistemológica y metodológica en los siguientes términos:

- 1) El análisis de las condiciones de validez de ciencia, haciendo de lado las situaciones de hecho. (H. Cohen).²⁴
- 2) La propuesta de una Filosofía dominada por problemas gnoseológicos y no empíricos o metafísicos. (H. Cohen).
- 3) El fundamento de la objetividad de la ciencia reside en lo a-priori o teoría que es producto de la razón y no, de los hechos a los cuales; se impone. (H. Cohen).
- 4) La crítica, bajo las luces de la razón, como metodología de la ciencia, sin ceder a las tentaciones de la Metafísica idealista. (H. Cohen).
- 5) No es lo enfocado lo que determina la naturaleza del objeto de estudio sino, la naturaleza del método. (E. Kant).²⁵
- 6) Los procesos naturales se caracterizan por estar enlazados a través de relaciones de tipo causal; mientras que en la sociedad, sus miembros

24 Reale, Giovanni e Antiseri, Darío. Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico. Tomo III, Herder, Barcelona 1992. p. 393-396.

25 Lozano, Mario G.; Teoría Pura Del Derecho. Evol. y Puntos Cruciales, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Ed. Temis, 1992 pp. 89 a 110.

se interconectan a través de vínculos de imputación. (E. Kant).²⁶

7) La imputación corresponde al juicio por medio del cual alguien es considerado como autor de una acción que entonces se llama acto y está sometida a leyes. (E. Kant).²⁷

8) Lo jurídico se identifica con la posibilidad exterior de coaccionar al imponer una directriz a la conducta que va más allá de la voluntad del sujeto obligado buscando el móvil de la acción fuera de sus determinaciones internas. (E. Kant).²⁸

Las anteriores influencias filosóficas, dan por resultado una Teoría Pura del Derecho, que no establece la forma en al que se materializan las ideas jurídicas ni tampoco, establece cómo se relaciona la técnica que se propone con la realidad social que pretende regular.

Así mismo, el status científico del que quiere dotar Kelsen a la citada teoría ofrece una explicación de la realidad como producto de los procesos cognoscitivos sin considerar a la sociedad como determinante del sentido de las instituciones normativas.

Detrás de esa construcción metodológica de la realidad jurídica se encierra un radicalismo formalista que impide recuperar los nexos del

26 Kant Emmanuel; La Metafísica de Las Costumbres, op. cit., p. 29 y sigs.

27 Kant, Emmanuel; op. cit., p. 30 y sigs.

28 Kant, Emmanuel; op. cit., p. 40 y sigs.

Derecho con su génesis y efectos. Los órdenes normativos, conjugan criterios y aparatos; normas e instituciones; considerar -como Kelsen lo hace- al Estado como un orden normativo; extravía cualquier posibilidad de identificar el juego material de fuerzas que se proyecta en la composición política de un régimen determinado y se diluye, de igual manera, el carácter material del órgano o aparato que físicamente realiza la función de gobierno.

El proceso constructivo del objeto a través del método -como herencia del pensamiento Kantiano- provoca un absurdo divorcio entre las formas normativas y los contenidos fácticos; entre la validez de la norma y su acatamiento efectivo; no pudiéndose explicar el fenómeno jurídico dentro de la dimensión de los procesos sociales constructores del orden en la sociedad.

Tocante a las ideologías y consideraciones morales, tenemos -en opinión del hacedor de constitución de Weimar- elementos extraños a la ciencia jurídica y que no pueden servir de referencia al orden normativo. Concretamente en el caso del valor de la justicia y, a propósito de las desavenencias que guardaba Kelsen con relación a las posturas Ius-naturalistas; se advierte un relativismo absolutista que descalifica las posibilidades de cualquier ejercicio Científico para dar cuenta del citado concepto axiológico al cual considera producto de la arbitrariedad de las emociones y por lo mismo imposible de ser analizado en términos racionales.

Lo anterior, resulta exagerado y provoca un sinnúmero de dualismos en el campo de la ciencia del Derecho, en el cual puede muy bien proporcionarse referencias racionales sobre la vivencia material de lo justo en cada sociedad, y, abatirse la rigidez de los paradigmas científicos del siglo pasado, y, por los cuales, Kelsen hereda en todos sus temas un carácter bipolar: lo formal sobre lo material o fáctico, lo estructural normativo sobre lo funcional o eficaz de un sistema jurídico, la razón del sujeto cognoscente sobre el objeto de la ciencia jurídica, la teoría sobre la práctica, el sollen sobre el sein, la ciencia sobre la ideología, el relativismo moral sobre el universalismo, lo a-priori sobre lo a-posteriori. Kelsen, comete el mismo error que los lus-naturalistas: cree en la verdad a partir de caminos exclusivos; su posición no transige ni con sus enemigos académicos ni con la realidad.

2.4. De Los Métodos Empleados Por Hans Kelsen Para Delimitar El Objeto De Estudio De La Ciencia Jurídica.

Dado que para Kelsen no es la peculiaridad de lo enfocado lo que determina la naturaleza del método, sino esta última la que delimita el campo analítico de acción para el científico, es perfectamente comprensible que, bajo la influencia del Neo-Kantianismo, pretenda construir el objeto de la ciencia jurídica utilizando los métodos empírico, deductivo, lingüístico y el de la perspectiva del jurista; estos dos últimos abordados por Joseph Raz, para explicarnos las posturas metodológicas que tienen los juristas en torno a la naturaleza del Derecho.²⁹

El método empírico es utilizado por el jefe de la Escuela de Viena para los efectos de limitarse a describir qué y cómo es el derecho; asumiendo la posición de un mero espectador que no adquiere el compromiso de involucrarse con su objeto de estudio.

La construcción escalonada del orden jurídico vista de abajo hacia arriba, como procesos de ejecución, o bien; a la inversa, de arriba hacia abajo como proceso de producción de las normas hasta llegar a deducir el sistema de la norma fundante básica; lleva a la consideración de que Kelsen utilizó un

²⁹ Raz, Joseph. "The Problem About The Nature of Law", reimpresión de The University of Western Ontario Law Review, Vol. 21. No. 2, Diciembre de 1983, p. 204; citado por Maitret, Hernández A. Ismael en "La Filosofía Jurídica de Joseph Raz", tesis profesional, dirigida por el Dr. Rolando Tamayo Salmorán. Cd. Universitaria 1995, pág. 19.

doble proceso ascendente y descendente conjugando los métodos deductivo e inductivo.³⁰

Es interesante señalar que el predominio que otorga al método sobre el objeto, el profesor visitante de la Universidad de Harvard, lo colocan en los umbrales del constructivismo, es decir, de la concepción que explica la realidad como producto de los procesos cognoscitivos y no, como es -pese a la intención de la Teoría Pura del derecho de describir qué y cómo es este último-. En este mismo sentido es menester apuntar que tampoco se pudo llevar a cabo la pretendida exigencia de pureza metodológica porque todo científico del Derecho -y Kelsen no es la excepción- se encuentra previamente influido de ideologías políticas, filosóficas y sociológicas.

De esta manera; encontraremos el trabajo, del autor en estudio, plagado de conceptos tomados de la sociología omnicomprensiva de Max Weber, prejuicios en contra de las sociedades capitalistas, desdenes hacia las determinaciones metafísicas de los Ius-naturalistas por esconder intereses políticos de carácter burgués y la defensa de la democracia, al identificar al Estado con el Derecho, para controlar de manera racional el poder ejercido por dicha organización político-jurídica. Desde luego, que hay muchos más aspectos que contaminan la pureza de la teoría del derecho presentada por el

30 Bobbio, Norberto. Teoría General Del Derecho. 2da. Reimpresión traduc. de Eduardo Rozo Acuña. Madrid, ed. Debate, 1993, p. 174-175.

Maestro de la Universidad de Praga, pero ellos serán estudiados con mayor detalle en los capítulos subsiguientes de la presente investigación.

Ahora bien; por lo que se refiere al problema de la naturaleza del Derecho, es importante destacar las apreciaciones, que hace al respecto, Joseph Raz.³¹

Afirma el jurista Israelita, que el problema para todo teórico del Derecho reside en tratar de esclarecer la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica así, como determinar sus límites.

Sin embargo, ello no ha sido posible porque no ha habido una respuesta común sobre la naturaleza del derecho habiendo -en opinión de Raz- tres tipos de métodos para desentrañar la citada naturaleza y que son los siguientes:

1) Método Lingüístico.- Para quienes siguen este método, el problema de la naturaleza del derecho se agota con la determinación de los usos de la palabra Derecho, ahondando en las cuestiones lógicas argumentativas y en las expresiones semánticas.

Raz critica a quienes emplean el método lingüístico por no ayudar a esclarecer el problema de la naturaleza del derecho, dado que este último término es usado en multitud de contextos no jurídicos que son intrascendentes, para la ubicación del Derecho en el marco social en el

31 Raz Joseph. "The Problem About The Nature of Law", op. cit. p. 204 y sigs.

que se encuentra inmerso, y en especial para la Filosofía del Derecho. En este punto, sería conveniente estimar que si bien es cierto que a la Filosofía Jurídica, como disciplina metateórica, que deviene en reflexión de segundo orden centrada en el análisis de los conceptos y de los métodos de la dogmática jurídica, no precisa del empleo del método referido, para encontrarse la naturaleza del derecho, tenemos, que en el campo de la Ciencia Jurídica si es indispensable -como atinadamente lo señala el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán- establecer las condiciones que gobiernan el uso de la palabra "Derecho", para definirlo; siendo el método lingüístico, el más idóneo para emprender dicha labor.³²

2) Método De La Perspectiva Del Jurista.- Para quienes abordan el problema de la naturaleza del Derecho, desde este enfoque, corren el riesgo de identificar la Teoría del Derecho con una teoría de la decisión judicial, esto diría Raz, es lo mismo que afirmar que la doctrina de la naturaleza del derecho es una doctrina moral, como lo hace Ronald Dworkin quien señala que los jueces, al justificar sus fallos sobre un litigio, tienen que hacer uso de consideraciones

32 Tamayo Salmorán, Rolando. "Elementos Para Una Teoría General Del Derecho" (Introducción Al Estudio de La Ciencia Jurídica), Editorial Themis, México, 1996, p. 21 a 25.

morales además de invocar el derecho legislado y los precedentes judiciales.³³

3) Método Institucional.- Es el método que sigue Raz y por el cual, identifica al derecho sin recurrir a argumentos morales, sin negar la relación contingente entre ambos órdenes normativos, pero separándolos conceptualmente; así los argumentos morales pertenecen a un estadio deliberativo; mientras que el derecho es un conjunto de razones que, según el profesor de Oxford, se encuentra en el estadio ejecutivo.

Retornando a la cuestión que nos ocupa, tenemos que, para Joseph Raz, el jurista vienés emplea el método lingüístico y el de la perspectiva del jurista al señalar en las primeras páginas de la Teoría Pura del Derecho lo siguiente: “...La Teoría Pura del Derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo en general...”, “...Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación...”. “...En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto...”. “...Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, yo cómo sea; pero no, en cambio a la pregunta de cómo el derecho deba ser o debas ser hecho...”. “...Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica...”. “...Al caracterizarse como una doctrina “Pura”...”. “...Quiere

33 Dworkin, M. Ronald, “Los Derechos En Serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1984 cap. IV.

liberar a la Ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños...”. “...Este es un principio fundamental en cuanto al método...”. “...Busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto...”.³⁴

Para Kelsen, el problema de la naturaleza del Derecho se agota con la determinación de los usos de la palabra Derecho al intentar dar respuesta, en la obra citada, a las preguntas de qué y cómo es el Derecho con lo cual; se advierte de su parte el empleo del método lingüístico.

Por otro lado, el maestro de la Universidad Berkeley, también está utilizando el método de la perspectiva del jurista al considerar que la Teoría Pura del Derecho constituye una teoría del Derecho Positivo en general, esto es, con todo lo relacionado con las normas dirigidas a los tribunales, ofreciéndose además y -así lo establece el propio Kelsen- una teoría de la interpretación de las normas (donde otorgará al juez recomendaciones para este problema y el de integración; como veremos más adelante).

Vistos y explicados los enfoques de los que se vale Kelsen para determinar el objeto de la ciencia jurídica; considero prudente hacer una observación: el no ubicar al Derecho en el marco social del que es producto o bien -en palabras de Luhmann- “...dentro de la dimensión genérica de los

³⁴ Kelsen, Hans. La Teoría Pura..., op. cit., p. 15.

procesos sociales de construcción de orden, como subsistema en el gran entramado de la sociedad...”,³⁵ provoca la imposibilidad de explicar la realidad de las instituciones normativas, como las encargadas de aplicar las sanciones y en las que tanto énfasis puso Kelsen, no será posible tampoco; desentrañar la naturaleza del Derecho si no se recuperan los nexos que guarda el mismo con su génesis y sus efectos.

El diseño de una Teoría del Derecho como la que presenta Kelsen, bajo el modelo “clásico” de ciencia y, en términos de Kuhn,³⁶ la forma como la esencia del fenómeno jurídico viene determinada por la organización intelectual neo-Kantiana en la que el sujeto -en este caso el jefe de la Escuela de Viena- integra el fenómeno, dan por resultado que las observaciones se traduzcan en lo que la experiencia visual y conceptual -con apoyo de teorías anteriores- lo han preparado para ver.

No escapa al análisis, que se hace al trabajo de Kelsen, que los juristas enfrentan el problema de no ponerse de acuerdo en torno a la definición y naturaleza del objeto de estudio de la Ciencia Jurídica. En este aspecto

35 Luhmann, Niklas, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, trad. de Ignacio Otto Pardo, Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 146 y sigs.

36 Kuhn, Thomas, Estructura de las Revoluciones Científicas. Traducción de Agustín Contín, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 179.

quisiera apuntar que “lo dado” o “lo construido”,³⁷ por los teóricos del Derecho, no ha resuelto con unanimidad de criterios o pretensión de validez científica “qué y cómo es la naturaleza del Derecho” lo que nos sitúa en el problema de “lo dándose”, pendiente de una urgente solución y precisando; no caer en la tentación de imponer un enfoque metodológico, -como el propuesto por Kelsen- antes de atender a la realidad del objeto mismo, y de la que es producto la intuición del sujeto cognoscente, porque se correría el riesgo de caer en un logocentrismo, esto es, llevar a tal extremo la conciencia o raciocinio del sujeto hasta diluirla en el mismo afirmándose que el sujeto no sólo es consciente sino la conciencia misma en función; de la capacidad cognoscitiva que tiene para representar, de manera racional, la realidad.

Así mismo, si a todo lo anterior sumamos los dualismos, que han generado en el campo de la jurisprudencia, tanto los Ius-naturalistas como los Ius-positivistas -incluyendo en esta línea a Kelsen- tenemos un panorama de caos gnoseológico que exhorta a todo teórico del Derecho a que corrija las obsoletas posturas epistemológicas de pretender hacer de la ciencia jurídica

37 La teoría de “lo dado” y “lo dándose” es atribuida por el Maestro Mario De La Cueva al célebre tratadista Francisco Geny quien, en su obra “Ciencia y Técnica en El Derecho” explicó que el jurista oscila entre dos planos, uno de los cuales es una actividad científica de conocimiento, de adquisición de los datos de toda índole materiales, formales e ideales, que revelan la vida del hombre y de la sociedad, pasada y presente, elemento al que llama “lo dado” (le donné), un conocimiento del que habrán de deducirse las normas para la conducta jurídica de los seres humanos; el segundo plano, es aquél en el que el jurista modelará y adaptará a la realidad social el resultado de su investigación con cuya actividad obtendrá las normas para el futuro Derecho positivo. A este segundo plano lo denomina “lo construido” (o le construit) porque es lo que está por darse o bien; “lo dándose”. (cfr. Cueva, Mario de La, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 125).

un mero arsenal de conceptos y donde el sujeto cognoscente es constreñido a realizar la función de un mero espectador sin involucrarse en la relación de conocimiento con su objeto de estudio. En este punto, es fundamental establecer que la Teoría Pura del derecho es prueba plena de que, por más que así lo haya pretendido su autor, jamás logró éste preservar su inalterabilidad como sujeto cognoscente y ello es así porque Kelsen no es soberano con su objeto, y no debe pretender que los demás juristas lo sean, ya que; al enfrentarse a una realidad ya ordenada, se le impusieron un buen número de referencias establecidas con antelación. De esta manera, el agente cognoscente se nos presenta como un sujeto activo de los procesos sociales y no, como un observador propiamente dicho. Así, la realidad que aprehende es la misma realidad que el sujeto experimenta y su concepto queda siempre determinado; a) Por las posibilidades de comunicación e integración que lleve a cabo con la realidad social en la que se encuentre inmerso el derecho y; b) por el contexto histórico y cultural en el que se desenvuelva.

Conclusiones Al Segundo Capítulo

PRIMERA.- Hans Kelsen elabora una teoría del Derecho, bajo las influencias de la Filosofía neoKantiana, que le fueron transmitidas por su Maestro H. Cohen, y; tomando conceptos de la Sociología omnicompreensiva de Max Weber, que desde luego no reconoce abiertamente.

SEGUNDA.- Como resultado de las anteriores influencias, el jurista vienés impone el método, antes que preocuparse por el objeto de estudio en sí, no pudiendo cumplir con la exigencia de pureza metodológica al incluir elementos extraños a la ciencia jurídica como su ideología social-demócrata, sus sentimientos de desprecio hacia los móviles políticos, de carácter burgués, de los Ius-naturalistas y, su aversión hacia las sociedades capitalistas. Así mismo, el concepto de orden es tomado por Kelsen de la obra Economía y Sociedad, de Max Weber, como tantos otros que serán analizados posteriormente.

TERCERA.- Al proponerse un enfoque descriptivo del derecho y pretender desconectarlo del marco social en el que se desenvuelve se supone que Kelsen encontrará la naturaleza del objeto del estudio de la ciencia jurídica y dará una respuesta de qué y cómo es el derecho; sin embargo; ello no es posible porque no es con el método científico ni con la postura subjetivista como se logrará desentrañar la naturaleza del objeto de la

jurisprudencia. Además; en su concepto del Derecho como sistema de normas que organizan la fuerza y, en el cual diluye al Estado, el profesor de la Universidad de Berkeley, comete el error, de incorporar una categoría de la sociología: la fuerza; quebrantando nuevamente su promesa metodológica de no incorporar elementos extraños a la Ciencia Jurídica.

CUARTA.- En opinión de Joseph Raz, Kelsen utiliza dos métodos: el lingüístico y el de la perspectiva del jurista por atender, en el primer caso, a la cuestión de qué y cómo es el Derecho y; por ofrecer, además, en el segundo caso, una teoría de la interpretación judicial.

QUINTA.- Debido a las circunstancias históricas que le tocaron vivir a Kelsen, durante el imperialismo Alemán, las influencias de neocriticistas de la Escuela de Marburgo como Cohen, la falta de objetividad con la que los Ius-naturalistas abordaron los conceptos jurídicos fundamentales y la tosquedad empírica con la que los juristas del realismo norteamericano trataron los aspectos normativos; conminaron al hacedor de la constitución de Weimar a construir una teoría del Derecho bajo la exigencia metodológica de no permitir otro enfoque más que el formal-normativo y apartarse de consideraciones sociológicas o políticas que provoquen un sincretismo metodológico.

SEXTA.- La teoría Pura del Derecho revela, en el plano axiológico, el relativismo de su autor así como una posición absolutista ante la negativa de establecer al sistema jurídico como sub-sistema dentro de los demás procesos sociales constructores de orden que operan en la sociedad.

SÉPTIMA.- La pretensión de Kelsen de presentar al Derecho como realidad autónoma capaz, incluso, de explicar ciertas realidades sociales (como los conceptos de Fuerza y Estado) es inaceptable si no se considera a la inversa; que la realidad social también puede determinar el sentido de las instituciones normativas.

OCTAVA.- En la Teoría Pura del derecho nos hereda Kelsen un buen número de dualismos, propios del logocentrismo con el que se manejó el citado jurista, y que son; los siguientes:

- 1) Lo formal sobre lo fáctico.
- 2) Lo estructural sobre lo funcional.
- 3) La razón del sujeto sobre el objeto de la ciencia jurídica.
- 4) La teoría sobre la práctica.
- 5) La ciencia sobre la ideología.
- 6) El sollen contrapuesto frente al sein.
- 7) El relativismo frente al universalismo.
- 8) Lo a-priori sobre lo a-posteriori.

NOVENA.- De los anteriores dualismos; estimo que Kelsen al separar la realidad social en dos mundos; el sein y el sollen, olvidó que todo deber ser es el desarrollo conceptual de un sentido específico de las acciones sociales habiendo zonas de franca intersección en las que concurren factores prescriptivos y hechos sociales en sentido material. De esta manera, aparecen las Instituciones como expresión de los hechos sociales, ideales y las costumbres positivizadas o recogidas por el Derecho.

DÉCIMA.- No estando resuelto el problema de la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica en virtud de que los teóricos del Derecho -como Kelsen- imponen el método científico antes que ubicar al Derecho en el contexto social e histórico que le corresponde para dar cuenta de la génesis y los efectos del mismo y, no habiendo uniformidad de criterios por parte de los juristas para definir al derecho; estimo conveniente no sólo abogar por elegir varios métodos sino además; por exhortar al teórico del derecho a que asuma un papel activo en la historia y en la sociedad en la que se desenvuelva, para involucrarse con su objeto de estudio, y fracture, de ésta manera, los paradigmas base de la modernidad que tanto afectan los modelos epistemológicos en el campo del Derecho y que se traducen en dualismos estériles que sólo han servido para confrontar dos puntos de vista: el de las apreciaciones metafísicas de los Ius-naturalistas con el de las pretensiones de

validez científica, en el análisis de los fenómenos jurídicos, de los Ius-positivistas.

CAPÍTULO III

DE LAS IMPUREZAS JURÍDICAS ENCONTRADAS EN EL LENGUAJE EMPLEADO POR HANS KELSEN EN LA ESTÁTICA JURÍDICA

3.1. Preliminaria

Se entiende por concepto, en general, "... Todo procedimiento que posibilite la descripción, la clasificación, la organización y la previsión de los objetos cognoscibles..."³⁸

De la citada noción de concepto, se desprenden las siguientes funciones:

1. La de descripción de los objetos de la experiencia a fin de llegar a su reconocimiento.
2. La de clasificar, a manera de recopiladores o indicadores, hechos, acciones y objetos para su mayor comprensión.
3. La de organizar los datos de la experiencia, de tal manera que se establezcan entre ellos relaciones de naturaleza lógica. Un concepto no se limita por lo común a describir y clasificar los datos empíricos, sino que posibilita la derivación deductiva de ellos. Es este el aspecto por el

³⁸ Abbagnano, Nicola, Diccionario De Filosofía, traducc. de Alfredo N. Galleti, segunda edición, editorial F.C.E., México-Buenos Aires, p. 190.

que la formulación conceptual de las teorías -científicas principalmente- tienden a la axiomatización, ya que la generalización, y el rigor de aquélla, tienden a llevar al límite el carácter lógicamente organizador del concepto.

4. La cuarta función del concepto, considerada como fundamental en las ciencias físicas, es la previsión y por la cual predicen la experiencia futura a la luz de la experiencia pasada. Los tipos fundamentales de los conceptos científicos son de dos tipos: a) los modelos y b) los construídos.

a) Los modelos, constituyen simplificaciones o idealizaciones de la experiencia y se obtienen llevando al límite los caracteres o atributos propios de los objetos empíricos. En este sentido, son modelos los conceptos de velocidad instantánea, de sistema aislado, de gases ideales y en general los modelos mecánicos. Los conceptos matemáticos son simplemente artificios para introducir procedimientos especiales de cálculo y, en este sentido, son instrumentos de previsión.

b) Los construídos, por su parte, son conceptos de entidades que no son dadas en la experiencia y tampoco tienen semejanza con objetos dados, y cuya existencia consiste simplemente en la posibilidad de ser usados como instrumentos de previsión en el contexto de una teoría.

En la ciencia jurídica, es indispensable elaborar conceptos básicos para entender el vocabulario en que se plantean y comunican los asuntos y problemas del derecho.

Sin embargo, en el campo de la teoría jurídica contemporánea, advertimos que existen diferentes formulaciones respecto de los conceptos jurídicos fundamentales.

Lo anterior, se debe a que cada jurista en función de la postura filosófica que adopte y de las circunstancias históricas y culturales que le corresponden; dará su personal esquema conceptual.

En el presente capítulo, se pretende llevar a cabo un análisis de los conceptos jurídicos fundamentales diseñados por Kelsen en su Estática jurídica para demostrar que no sólo, de nueva cuenta infringió la exigencia metodológica que se planteó al inicio de la Teoría Pura del Derecho al incorporar conceptos reales propios de la sociología, sino además; cuestionar su falta de pureza lingüística que lo llevan a confundir categorías formales con reales, géneros con especies y a subsumir unos conceptos en otros.

Por cuestiones didácticas; se realizará en primer término la explicación de cada uno de los conceptos manejados por Kelsen, para una adecuada comprensión de los mismos y posteriormente se hará el análisis crítico. Desde luego, se hará hincapié en la ideología política del jurista vienés para

comprender su falta de técnica en la elaboración de los citados conceptos y; finalmente; se tratará de reestructurar el aparato conceptual que se propone en la multicitada teoría.

3.2. Punto De Partida: Concepto Del Derecho Kelseniano.

Todo teórico del Derecho debe proporcionar una definición de su objeto de estudio y, a partir de ella, construir los conceptos jurídicos fundamentales. El origen de los errores en los que incurre Kelsen, al elaborar dichos conceptos, se encuentra en la definición que otorga del Derecho al cual concibe como: "...Orden coactivo y, como tal, implica una determinada organización de la fuerza..."³⁹. Más adelante, expresa lo siguiente: "... El orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece; el monopolio de la coacción..."⁴⁰

"... El Derecho como orden normativo coactivo implica que, bajo ciertas condiciones, deben inflingirse ciertos males; que se traduzcan en actos coactivos que deban ser ejecutados bajo determinadas condiciones..."⁴¹

"...El orden coactivo, considerado como orden jurídico, es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones..."⁴²

"...Si el Derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre

39 Kelsen, Hans, La Teoría Pura..., op. cit., p. 49 y sigs.

40 Kelsen, Hans, La Teoría Pura..., op. cit., p. 51.

41 Kelsen, Hans, La Teoría Pura..., op. cit., p. 57.

42 Kelsen, Hans, op. cit. p. 61.

los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica...”⁴³

“...Junto con la norma fundante se da por supuesta también la definición, en ella contenida, del Derecho como norma coactiva...”⁴⁴

“...Si el Derecho es concebido como un orden coactivo, es decir como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el Derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones -es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico- debe efectuarse determinado acto coactivo. Actos coactivos son actos que han de cumplirse aún contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física...”⁴⁵

En esta tesitura se advierte que el Derecho es para Kelsen un orden coactivo y, como tal, implica una determinada organización de la fuerza, esto es, un “Sistema” de normas que regulan la aplicación de la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en las que él hace delegación.⁴⁶

En cuanto a la pregunta que se plantea de ¿cuándo un conjunto de normas forman un orden? responde; que las mismas forman un orden en tanto

43 Op. cit., p. 63.

44 Op. cit., p. 63.

45 Op. cit., p. 123.

46 Schmill, Ulises-Vernengo Roberto J., Pureza Metódica y Racionalidad En La Teoría Del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, U.N.A.M. México 1984. p. 32.

tanto se hallan referidas a una “norma fundamental”. Entonces, la norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra cosa que, la regla fundamental de la producción jurídica. “En consecuencia, la llamada norma superior otorga a ciertos actos realizados por ciertos sujetos en cierta forma, tiempo y lugar, el carácter de actos productores de otras normas, las que reciben el nombre de “normas inferiores”. Esta pluralidad de normas instituidas o producidas pueden referirse, en cuanto a su validez, o existencia, a una norma única, que recibe el nombre de “norma fundamental”, porque han sido creadas de conformidad con el procedimiento establecido en ellas o por el procedimiento establecido en otra norma inferior a ella, la cual a su vez fue creada conforme a esa norma fundamental.”⁴⁷

Pero, por otra parte, surge el problema de la validez de la “norma fundamental”, pues no hay duda de que la Constitución está integrada por normas positivas que han sido creadas por un órgano constituyente. Kelsen proporciona la siguiente solución: “...Ha de suponerse una norma que confiera al órgano del Constituyente su calidad de tal, al estatuir sus actos como actos creados de la Constitución...”⁴⁸

47 Schmill-Ulises-Vernengo Roberto J., Pureza Metódica y Racionalidad En La Teoría Del Derecho, op. cit., p. 32.

48 Kelsen, Hans, La Teoría Pura, op. cit., p. 201-202 y 206.

Para Kelsen se trata de la norma fundante básica que no es positiva sino, supuesta. Es la hipótesis básica del sistema.

Como quiera que sea, Kelsen tuvo el mérito, de elaborar una definición del Derecho considerándolo como un sistema de normas, esto es, como un ordenamiento jurídico.

En este sentido, Kelsen fue el primero en separar los problemas relativos al ordenamiento jurídico, los cuales agrupa en su Dinámica jurídica, de los correspondientes a la norma jurídica; concentrados en su Estática jurídica, en donde elabora los conceptos jurídicos fundamentales.

Sin embargo; es necesario considerar que, antes de Kelsen, fueron los teóricos de la Institución (Santi Romano, Maurice Hauriou, Georges Renard, Georges Gurvitch, Guido Fassó, Cesarini Sforza, Giuseppe Grosso y Piero Calamandrei) quienes al considerar al Derecho como un orden social organizado, ya habían llamado la atención para estudiarlo, no desde la perspectiva de la norma jurídica sino tomando en cuenta al ordenamiento jurídico tal como nos lo hace ver Norberto Bobbio en su "Teoría General del Derecho".⁴⁹

Pese a los aciertos del jurista vienés cabe hacerse de una buena vez interesantes cuestionamientos -a los que daré respuesta posteriormente dado

49 Bobbio, Norberto. "Teoría General Del derecho", 2da. Reimpresión. Traducción de Eduardo Roza Acuña, Ed. Debate, Madrid 1993, p. 18-20.

que indiqué que primero se iban a explicar los conceptos Kelsenianos y después procedería al análisis crítico de los mismos- y en este orden de ideas serían los siguientes:

- 1) Si el Derecho es para Kelsen un orden coactivo y, como tal implica una determinada organización de la fuerza ¿es entonces la “fuerza” el objeto de la reglamentación jurídica?
- 2) Si el Derecho está integrado por un sistema de normas coactivas ¿sólo existen las sanciones represivas en todo sistema jurídico?
- 3) La definición del Derecho, en los términos apuntados, ¿es el origen de la falta de pureza lingüística para confundir coacción con sanción?
- 4) Si la norma fundante básica, que no es expresa; pero existe, es el fundamento de legitimidad para todo sistema jurídico y, atribuye al Constituyente el poder de producir normas jurídicas y es el presupuesto de nuestra obediencia a la Constitución ¿de dónde obtiene, a su vez, legitimación dicha norma?
- 5) ¿Es la “fuerza” un concepto formal o material?
- 6) ¿Por qué comparar al sistema jurídico con una “banda de ladrones”?

Las soluciones a tales aspectos, se otorgarán en el apartado 3.4.1.

3.3. La Estática Jurídica o Propuesta Del Jurista Vienés En La Definición De Los conceptos Jurídicos Fundamentaes.

3.3.1. La Norma Jurídica.- Kelsen hace la diferencia entre normas jurídicas y enunciados jurídicos en los siguientes términos:

“... La ciencia jurídica describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados. Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse en cuanto enunciados jurídicos, de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho...”⁵⁰

“... Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina...”⁵¹

“...las normas jurídicas, no constituyen ... enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también

50 Kelsen, Hans, La Teoría Pura, op. cit, p. 84.

51 Kelsen; Hans, op. cit., p. 84.

permisiones y autorizaciones; en ningún caso empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del Derecho, información instructiva. El Derecho ordena, permite, faculta; no informa...”⁵²

“... En la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad jurídica...”⁵³

“... Las normas jurídicas, en cuanto prescripciones -es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos-, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas...”⁵⁴

De lo anteriormente transcrito, se desprende que, para el jefe de la Escuela de Viena, los enunciados jurídicos son las proposiciones descriptivas que expresan que si determinadas condiciones se dan, tales o cuales sanciones deberán aplicarse. Dichas proposiciones corresponden a la ciencia jurídica y describen exclusivamente el derecho de una comunidad jurídica nacional o internacional.

Las normas jurídicas en cambio; son las prescripciones (mandamientos, permisiones, facultamientos) producidos por los órganos de derecho, que

52 Kelsen, Hans, op. cit., p. 84.

53 Kelsen, Hans, op. cit., p. 85.

54 Kelsen, Hans, op. cit., p. 87.

deben ser aplicados por autoridades jurídicas y obedecidas por los sujetos de derecho. Las normas jurídicas dadas por la autoridad son prescriptivas y, en consecuencia no cabe de las mismas predicar su falsedad o verdad sino su validez o pertenencia al sistema jurídico.

Es pertinente apuntar, como lo señala, Bobbio, que Kelsen pertenece a la teoría imperativista que es una corriente por la cual, se trata de especificar con relación a qué criterio se distinguen los imperativos propios del ordenamiento jurídico, de otro tipo de imperativos de otros ordenamientos reguladores de la conducta. En este sentido, el profesor visitante de Harvard, al igual que Ihering, Binding y Allorio, son fieles representantes de la “teoría de los destinatarios de la norma jurídica” y por la cual -influenciados por las concepciones estatalista y normativa en torno al Derecho- van a considerar que lo que distingue a las normas jurídicas de otro tipo de imperativos es que las mismas no están dirigidas a los ciudadanos sino a los órganos encargados de ejercer el poder coactivo.⁵⁵ De esta manera Kelsen considera que las normas secundarias (las sancionadoras) debían ser las primarias y las sancionadas las secundarias porque, para él, son las normas auténticamente jurídicas dado que, en la concepción tradicional, las primarias sólo se limitan a fijar los presupuestos para la entrada en vigor de otras normas.

55 Bobbio, Norberto, *Teoría General Del Derecho*, op. cit., p. 93 y 94.

Toda vez que entendemos que, el concepto que da Kelsen de la norma jurídica considera primordialmente a las autoridades legislativas y a las de aplicación, siendo ambas los sujetos de derecho, que le interesan al profesor de Berkeley, y que él mismo invierte el orden de la clasificación de las normas, para considerar primarias a las que se dirigen a aplicar las sanciones y; secundarias a las que se orientan a los ciudadanos, se estiman convenientes los siguientes planteamientos, a resolver en el apartado 3.4.1. del presente trabajo:

- 1) ¿Son válidas también las normas primarias en un ordenamiento jurídico o es necesario considerarlas inútiles?
- 2) ¿Cuál es la razón de ser de dichas normas en un sistema jurídico?
- 3) ¿Qué lugar ocupan las normas terciarias para Kelsen en su teoría jurídica?
- 4) ¿Los ciudadanos obedecen sin más ni más por temor a la sanción en el esquema Kelseniano de un sistema jurídico con eficacia reforzada?
- 5) ¿Por qué si los enunciados jurídicos son descriptivos incluyen la cópula deber ser y no la del “es” si supuestamente van a describir el ser de una comunidad jurídica?

3.3.2. La Sanción.

Con relación a dicho concepto, Kelsen establece lo siguiente:

“... Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones -es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico- debe efectuarse determinado acto coactivo.

Actos coactivos son actos que han de cumplirse aún contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición recurriendo a la fuerza física...”⁵⁶

“... Deben distinguirse dos tipos de actos coactivos: las sanciones, esto es, actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico; y actos coactivos que carecen de ese carácter, como por ejemplo, la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas; o que en razón de su raza, sus opiniones políticas, o sus convicciones religiosas, son considerados como dañinos; o por fin, la supresión o privación coactiva de la propiedad por razones de interés público. En estos casos no se encuentra entre las condiciones del acto coactivo estatuidas por el orden jurídico, ninguna acción

⁵⁶ Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, op. cit. p. 123.

u omisión determinadas por el orden jurídico, correspondientes a determinado individuo...”⁵⁷

“... Las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes. Ambos tipos de sanciones consisten en irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien... ...sean penas corporales, ... privación de derechos, ... o bien; penas patrimoniales...”⁵⁸

“... Las sanciones del Derecho Internacional general: las represalias y la guerra ... no son, por cierto, consideradas ni sanciones penales, ni sanciones civiles, pero constituyen una privación coactiva de bienes ... pero ... son actos de represión que guardan cierto parentesco con la sanción civil de ejecución de bienes. La cuestión de si, en todo caso las represalias y la guerra deben ser interpretadas, en general, como sanciones del Derecho Internacional, y, por ende, si éste deba ser considerado un orden jurídico, es asunto muy discutido...”⁵⁹

57 Kelsen, Hans, op. cit., p. 123.

58 Kelsen, Hans, op. cit., p. 123 y 124.

59 Kelsen, Hans, op. cit., p. 125.

En el contexto en el que acaba de ubicar Kelsen a la sanción, como el acto coactivo estatuido como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico, aplicada contra él o los individuos que correspondan; se advierte que, el jurista vienés, acaba de romper no sólo con su pureza metodológica (al incorporar categorías reales como la coacción y el hecho ilícito, al que inapropiadamente denomina “acto antijurídico”, como veremos más adelante), sino que, lo más delicado de este asunto, es que confunde a la sanción con la coacción, lo cual es inadmisibile porque aquélla opera en el marco de la formalidad y la segunda, en el ámbito de la realidad social como aplicación forzosa de la sanción.

Posteriormente al clasificar las sanciones tenemos que confunde a las medidas de seguridad preventivas con las sanciones propiamente dichas, esto es, las represivas. Después, atendiendo a la materia, finalmente señala que las sanciones pueden ser penales, civiles o de Derecho Internacional según impliquen penas corporales, privaciones de derechos, ejecuciones de bienes o bien; represalias y guerras.

Por todo lo anterior, parece urgente dar respuesta a las siguientes interrogantes, en el apartado 3.4.3. de esta tesis:

- 1) ¿Qué son las medidas jurídicas y cuántos tipos existen de las mismas?.
- 2) ¿Qué son la coercibilidad, la coacción y la sanción y cómo se ubican

en el marco de los conceptos jurídicos fundamentales?

- 3) ¿La finalidad de la sanción consiste en irrogar coactivamente un “mal” al infractor de la norma?
- 4) ¿Qué defensas tiene el sujeto de Derecho ante las instancias de aplicación del Derecho cuando incumple con un deber jurídico?
- 5) ¿Qué ocurre cuando el sujeto de derecho cumple, en materia fiscal, con su deber?
- 6) ¿Es el Derecho Internacional un orden jurídico o no?

3.3.3. El Acto Antijurídico.

De esta categoría jurídica, Kelsen apunta lo siguiente:

“... La acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción...”

“... Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética (condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe

llevarse a cabo determinado acto coactivo...”⁶⁰

“... Puesto que el delito, en cuanto acción u omisión humana determinadas por el orden jurídico, no constituye la única condición a la que el orden jurídico enlaza una sanción, ... surge la cuestión de cómo pueda distinguirse la conducta calificada de delito, de otras condiciones, en especial, de otros comportamientos humanos, que aparecen como partes integrantes del hecho condicionante. El delito es normalmente la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción. Esta determinación conceptual de delito, sin embargo, sólo es aceptable cuando la sanción se dirige contra el delincuente... se trata del caso, ... de responsabilidad por la propia conducta ... pero, la sanción no requiere estar dirigida siempre contra el delincuente, ... sino que puede dirigirse contra otro hombre u hombres. Tenemos, entonces, el caso de responsabilidad por la conducta ajena. Entonces tiene el orden jurídico que determinar la relación en que el delincuente se encuentra con el hombre, u hombres, responsable de su delito ...”⁶¹

De los anteriores señalamientos, se desprende que, para el hacedor de la constitución austríaca, el acto antijurídico es la condición a la cual la norma

60 Kelsen, Hans, op. cit., p. 125.

61 Kelsen, Hans, op. cit., p. 128 y 129.

jurídica enlaza una sanción y que está contenida en el orden jurídico. En este caso es conveniente precisar que, para Kelsen, el acto antijurídico constituirá un delito, sólo si se enlaza en él, una sanción penal, y será una violación civil, si es la condición de la aplicación de una sanción civil. Esto significa que no es el carácter antijurídico de una conducta humana lo que trae como consecuencia una sanción, sino la sanción la que confiere el carácter de antijurídica a la conducta humana. Para la Teoría Pura del Derecho, el carácter antijurídico de un acto se lo confiere el hecho de que sea condición de la sanción. El acto antijurídico no lo es en sí mismo. Es un error distinguir -señala Kelsen- como lo hacía la Teoría Penal tradicional, entre “mala in se” y “mala prohibita”; sólo existe esta última, la cual consiste en la conducta que en sí misma no es mala, sino que tiene ese carácter sólo porque un ordenamiento jurídico positivo la prohíbe.

Ahora bien; con relación a este concepto, en el apartado 3.4.4., se llevará a cabo un análisis sobre la teoría francesa de los Hechos y de los Actos jurídicos para demostrar que el concepto al que se refiere Hans Kelsen es el de “hecho ilícito”.

3.3.4. Deber Jurídico.

En la Teoría Pura del Derecho, encontramos definido al Deber jurídico en los siguientes términos:

“... Cuando el enunciado jurídico que se formule exprese que, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo, la palabra “debe” nada dice sobre si la ejecución del acto coactivo sea contenido de una obligación jurídica, de una permisión positiva, o de un facultamiento; más bien, los tres casos se encontrarían comprendidos. Si el verbo “deber” es utilizado para designar ese sentido que toda norma tiene, no sólo el que obliga a determinada conducta y el que faculta determinada conducta; sólo se dice que esa conducta se encuentra estatuida en una norma, entonces es una obligación jurídica la conducta opuesta a aquélla que constituía la condición del acto coactivo; conducta ordenada en cuanto su incumplimiento es él mismo la condición de un acto coactivo; o que está facultada, o bien, que está positivamente permitida...”⁶²

“... La obligación jurídica no es, ... la conducta debida, o no es la conducta inmediatamente debida. Se dice que quien está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido -es decir, el estar

62 Kelsen, Hans, op. cit., p. 132-133.

positivamente permitido, el estar facultado o el estar ordenado- el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta...”⁶³

Se infiere, de lo anteriormente expuesto, que, para el profesor visitante de la Universidad de Oxford, el deber jurídico consiste en la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción que se dirige contra el infractor, o contra los individuos que guardan con él una relación jurídica determinada. Tener un deber jurídico significa que la conducta contraria al contenido de ella es antijurídica, es decir, constituye la condición de la sanción. Cumplir un deber jurídico es realizar la conducta contraria a la que constituye el supuesto de la sanción.

Para Kelsen, el concepto del deber jurídico, se distingue del de deber moral, porque en aquél no es la conducta que la norma jurídica exige, la conducta que se debe observar; y en este último es la conducta prescrita por la norma moral la que se debe realizar.

El deber jurídico, significa que se debe observar el comportamiento por el cual se evite la sanción. La conducta contraria a la que constituye la condición de la sanción es la única que se debe realizar. Según el deber moral se debe observar la conducta prescrita por la norma moral válida. Según el

63 Kelsen, Hans, op. cit., p. 133.

deber jurídico se debe observar la conducta contraria a la que constituye la condición de la sanción.⁶⁴

En virtud, de que el jefe de la Escuela de Viena confunde, desde el punto de vista jurídico, al Deber en sentido amplio con sus especies; la obligación y la responsabilidad jurídicas y además; como lo señala atinadamente García Máynez, confunde el deber derivado de la norma, con la norma misma; se reserva el apartado 3.4.5. para exponer la teoría del Deber jurídico a efecto de tener ubicado al Deber jurídico y a las especies del mismo.⁶⁵

3.3.5. Responsabilidad Jurídica.

De este concepto jurídico fundamental; toda vez que se distingue del deber jurídico y la responsabilidad jurídica en los casos en los que la sanción no recaer, o no recaer únicamente en el infractor, sino en individuos que están relacionados jurídicamente con él, expresa Kelsen lo siguiente:

“... Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia de lo ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado -es

⁶⁴ Kelsen, Hans, op. cit., p. 131 a la 132.

⁶⁵ García Máynez Eduardo. “Introducción Al Estudio del Derecho”; Porrúa, México 1990. p. 267.

decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente-, sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el orden jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito “responde” por el delito, es jurídicamente responsable de él. En el primer caso, responde de la propia ilicitud; tenemos entonces que el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos. Responsable es el delincuente potencial. En el segundo caso, responde un individuo del delito cometido por otro; el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho, y se responde de un comportamiento contrario a derecho. El individuo obligado puede suscitar o evitar la sanción mediante su conducta. El individuo que sólo responde del incumplimiento de la obligación de otro (o del delito cometido por otro), no puede ni suscitar ni evitar, con su propia conducta, la sanción...”⁶⁶

De lo anteriormente transcrito; se diferencian para el profesor de la Universidad de Berkeley, tres conceptos a saber:

- 1) El de responsable, jurídicamente hablando, que es el individuo o individuos contra quienes se dirige la sanción, aún cuando su

⁶⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 133-134.

conducta no constituya la condición de sanción, pero que; se le o les aplica por la relación jurídica que guardan con el infractor.

2) El de infractor, que es el que realiza la conducta que, según el orden jurídico tiene el carácter de acto antijurídico, y a quien puede aplicársele la sanción así como a los que guarden relación jurídica con él.

3) Finalmente; el concepto del sujeto del deber jurídico que es el individuo o individuos que pueden cumplir o dejar de cumplir la norma de derecho.

También, Kelsen hace precisiones sobre los tipos que pueden surgir sobre la responsabilidad jurídica sea por el ámbito personal (responsabilidad individual o colectiva, cuando la sanción se dirige a uno o a varios sujetos), por el ámbito material la responsabilidad civil de reparación del daño, o la penal en sus modalidades de intencional y por el resultado atendiendo a la intención del o de los agentes.⁶⁷

En este punto, no considero necesario hacer más observaciones que las que se harán en el apartado 3.4.5. en el cual, como señalé anteriormente, se analizará la teoría del deber jurídico para efectos de delimitar claramente, como lo hace el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, los conceptos de

67 Kelsen, Hans, op. cit., p. 135 a la 138.

deber jurídico, obligación jurídica y; los de responsabilidad jurídica.⁶⁸

3.3.6. Derecho Subjetivo.

El Derecho subjetivo es, en opinión de Kelsen, “un mero reflejo de la obligación jurídica” y así se demuestra en los párrafos más significativos, de la Teoría Pura del derecho, con relación a dicho concepto:

“... Si se designa la relación de un individuo; que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como “derecho”, entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.

Debe observarse al respecto, que “sujeto”, en este contexto, sólo es el individuo obligado, es decir, aquel que mediante su conducta puede violar o satisfacer la obligación; el individuo con derecho, es decir aquel en cuyo respecto ha de cumplirse aquella conducta, es sólo objeto de la conducta, que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta.

Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo...”⁶⁹

68 Gutiérrez, González y Ernesto, “Derecho De Las Obligaciones”, séptima edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 28 a la 59.

69 Kelsen, Hans, op. cit., p. 140-141.

En torno al examen del Derecho subjetivo, como categoría fundamental de la ciencia jurídica, Kelsen detractó con acierto, las teorías de Bernardo Windscheid, de Rodolfo Ihering y de Jorge Jellineck por considerar los tres autores; en síntesis, que el derecho subjetivo o bien; es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico, o un interés jurídicamente protegido o; en última instancia; un interés tutelado por la ley; mediante el reconocimiento de la voluntad individual.

Ante tales concepciones, el jurista vienés, señala en su obra “Problemas Capitales De La Teoría Jurídica Del Estado”, publicada en 1911, como lo apunta el maestro García Máynez,⁷⁰ lo siguiente:

- 1) Hay casos en los cuales el titular de un derecho subjetivo, no desea ejercitarlo, si el Derecho subjetivo dependiese de su voluntad, al desaparecer ésta, aquél debería extinguirse lo cual; no sucede desde luego.
- 2) Hay personas jurídicas que carecen de voluntad, en sentido psicológico, (incapacitados, recién nacidos y las personas morales, que carecen de sentido volitivo propio), si aceptáramos la tesis de Windscheid, tendríamos que negarles la calidad de personas, en sentido jurídico, al hacer radicar la esencia del derecho subjetivo en la

70 García Máynez, Eduardo, op. cit., pág. 187-188; y Kelsen, Hans, op. cit., p. 145 a la 148.

voluntad o el querer lo cual; no es así; dado que todas esas personas son sujetos activos de derechos y pasivos de obligaciones.

- 3) Los derechos subjetivos, no desaparecen ni dejan de producir consecuencias legales, aunque el titular de los mismos ignore su existencia o renuncie a ellos (como los derechos que otorga la Ley Federal del Trabajo en favor de los obreros que son irrenunciables).

Los mismos argumentos son válidos para criticar la teoría del interés jurídicamente protegido, ya que se quiere sólo aquello en lo que se tiene interés y solo se tiene interés en aquello que se quiere.

Sin embargo, como lo expresa el discípulo de Kelsen; el hacedor de la Constitución de Weimar incurre en varios errores al considerar al Derecho subjetivo como la posibilidad jurídica que tiene un individuo de provocar la aplicación de la sanción o acto coactivo estatal, (norma sancionadora), mediante la manifestación de su voluntad.⁷¹

En primer lugar Kelsen, al identificar al Derecho objetivo con el Derecho subjetivo, confunde “norma” y “facultad” pues el que todo derecho subjetivo, derive de una norma no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. Así norma es toda prescripción regulatoria de conducta de carácter imperativo-atributivo y; la facultad en sentido positivo o negativo es; al lado

71 García Máynez, Eduardo, op. cit., p. 194.

de la orden y la prohibición una modalidad de la norma como nos lo hace ver Bobbio.⁷²

En segundo término -en opinión de Máynez- el jurista vienés considera sinónimos al derecho subjetivo y al derecho de acción; al establecer que ambos no son facultades diferentes sino un mismo derecho en dos relaciones diferentes; esto es, postula que cuando una facultad jurídica no se encuentra garantizada por la acción, la misma, no será un derecho subjetivo.

Máynez, alude al ejemplo del contrato de préstamo para refutar al profesor de la Universidad alemana de Praga y, establece que el derecho a la prestación es correlativo de un deber del otro contratante y tiene el carácter de un derecho privado subjetivo mientras que; el derecho de acción es correlativo de un deber impuesto por la norma al órgano jurisdiccional y es por tanto; de índole pública; con lo cual se encuentra diferencias importantes en ambos conceptos.⁷³

En tercer lugar, Máynez señala que existen tanto derechos que no es posible ejercitar coactivamente (por ejemplo el caso de las obligaciones naturales en el que prescribe la acción para cobrar una suma) o bien; a la

72 Bobbio, Norberto, "Teoría General Del Derecho", op cit., p. 55-113 -146 y 147.

73 García, Máynez Eduardo, op. cit., p. 195.

inversa existen los derechos de acción pero no; el derecho subjetivo como la acción infundada.⁷⁴

Por último, Máynez considera que tratándose de los derechos de crédito, como de cualesquiera otros, el derecho subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, de varias o de todas las personas. En consecuencia; es inaceptable el planteamiento que hace Kelsen de los derechos reales y de los de libertad a los que considera inexistentes y como duplicaciones superfluas del deber no siendo auténticos derechos.⁷⁵

Sin el propósito de dejar sin efecto las interesantes observaciones que se expusieron del concepto “derecho subjetivo” que otorga Kelsen, me parece indicado tratar de justificar el por qué de tantas confusiones en torno a dicha permisión por parte del jurista vienés quien, contrariando su espíritu de pureza metodológica, intenta exponer su ideología política al desenmascarar el proceso de creación jurídica de los sistemas capitalistas, dedicando varias páginas en su Teoría del Derecho, a criticar a los representantes de la Escuela Histórica como Dernburg por considerar los derechos subjetivos -específicamente el de propiedad- por encima del Derecho Objetivo como orden estatal con la clara intención de que sus intereses personales y patrimoniales no se vieran afectados.

74 García, Máynez Eduardo, op. cit., p. 196.

75 García, Máynez Eduardo, op. cit., p. 196-197 y; Kelsen, Hans, op. cit., p. 138 a la 145.

Es por lo anterior y, para evitar esa clase de abusos que Kelsen, no acepta la noción del Derecho subjetivo como concesión del Derecho objetivo porque con ella se busca -en su muy personal punto de vista- supeditar al Derecho Positivo a los intereses del capitalismo occidental.⁷⁶

Así mismo, en el apartado 3.4.6. se hará un análisis del concepto de persona, el cual junto con el de derecho subjetivo; tienen una función ideológica para Kelsen, por tratar de mantenerse a la propiedad privada como categoría trascendente y apriorística frente al Derecho objetivo.

3.3.7. La Competencia

Para Hans Kelsen, la competencia es "... la capacidad de realizar acciones y omisiones que puedan fungir como supuestos de derecho o como consecuencias jurídicas..."⁷⁷ En este concepto jurídico fundamental, Kelsen incluye a las omisiones y a la capacidad para realizar actos antijurídicos como cuestionamientos hechos a la teoría del derecho Tradicional, no habiendo con relación a éste tópico mayores comentarios ulteriores.

⁷⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 142, 143, 148 y 199.

⁷⁷ Kelsen, Hans, op. cit., p. 159 y 160.

3.3.8. La Imputación

En un tiempo, Hans Kelsen distinguió dos tipos de imputación: 1) la periférica (que es a la cual nos vamos a referir) y; 2) la central; que se refiere a la manera en que ciertos actos son referidos a las personas jurídicas.⁷⁸

La imputación, en el sentido periférico, esto es, la que representa el enlace de dos hechos dentro de la norma jurídica; es "... la relación por medio de la cual se enlaza la sanción jurídica con el acto antijurídico realizado por individuos..."⁷⁹ o bien; la actualización del supuesto con consecuencia jurídica.

Lo que Kelsen entiende aquí por imputación, no es la vinculación de un hecho al individuo que lo realiza, sino la relación que existe entre la sanción jurídica y el acto realizado por él, e indirectamente.

Aceptando que el principio de imputación no es otra cosa más que la relación entre el supuesto contenido en la norma y su efectiva realización en un acto jurídico o en un hecho ilícito; entre el acto jurídico o hecho ilícito y las consecuencias jurídicas, y; entre la sanción y su efectivo cumplimiento, se puede hablar entonces, del concepto de nexo normativo contingente (para los enlaces que pueden o no darse) o bien de nexo normativo necesario (para los

78 Tamayo y Salmorán, Rolando, "Elementos Para Una Teoría General del Derecho". de. Themis, México, 1996, p. 167 a 170.

79 Kelsen, Hans, op. cit., p. 92 y 96.

enlaces que fatalmente se causen como la vinculación entre la realización del supuesto y la producción de las consecuencias jurídicas) de acuerdo a la terminología empleada por Fritz Schreier y que resume espléndidamente el Maestro García Máynez y, de la cual se hará un análisis en el apartado 3.4.8. del presente trabajo, con el fin de evaluar si es posible, dentro de las relaciones de imputación que nos presenta Kelsen, hablar de nexos normativos contingentes y de nexos normativos necesarios.⁸⁰

3.3.9. Persona Jurídica.

Con relación a ella Kelsen apunta lo siguiente: "... la persona física o jurídica que "tiene", como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad..."⁸¹

"... la persona jurídica, al igual que la denominada persona física, es una construcción de la ciencia del Derecho... que es la que da expresión a la unidad de esas obligaciones y derechos mediante el concepto de persona física diferente del concepto de hombre, concepto al que cabe recurrir, como concepto auxiliar, en la expresión del derecho, sin que sea necesario hacerlo,

80 García, Máynez Eduardo, op. cit., p. 169 a la 176.

81 Kelsen, Hans, op. cit., p. 183.

puesto que la situación creada por el orden jurídico también puede ser descrita sin recurso a este concepto...”⁸²

“... Para la jurisprudencia tradicional, el sujeto de derecho representa -en tanto persona física o jurídica-, con “sus” obligaciones y derechos, el derecho en sentido subjetivo... y ... se contrapone al derecho objetivo, al orden jurídico, es decir, a un sistema de normas, como un dominio distinto de aquél. La teoría pura del derecho deja a un lado este dualismo, en tanto disuelve el concepto de persona en el de personificación de un conjunto de normas jurídicas; reduce a norma jurídica la obligación y el derecho subjetivo (en sentido subjetivo), norma que enlaza una sanción a determinada conducta de un hombre, haciendo dependiente la ejecución de la sanción de una demanda que lo solicite; es decir, reduce el llamado derecho en sentido subjetivo al derecho objetivo. Al hacerlo, echa a un lado esa actitud subjetivista hacia el derecho que ... lo considera desde el punto de vista de los intereses de las partes ... la teoría del Derecho, se convierte ... a diferencia de la concepción de la jurisprudencia romana... en una teoría objetivista y universalista ... se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberando de todo juicio de valor ético o político al Derecho positivo...”⁸³

82 Kelsen, Hans, op. cit., p. 198 y 199.

83 Kelsen, Hans, op. Cit., p. 199-200-

De lo anteriormente transcrito sobre el concepto de persona física o jurídica (asociaciones civiles, mercantiles, organismos descentralizados, empresas de participación estatal y el Estado) se concluye lo siguiente:

- 1) La persona física es la unidad personificada de un conjunto de normas jurídicas que reglamentan el comportamiento de un individuo.
- 2) La persona jurídica como la expresión unitaria de un sistema de normas, de un orden jurídico, (El Estado) o bien; la expresión de un sistema de normas que regula la conducta de una pluralidad de seres humanos (asociaciones civiles, mercantiles, etc.) habiendo 2 tipos de personificación del orden jurídico:
 - a) la personificación de un orden parcial (por ejemplo los estatutos de una asociación).
 - b) o la personificación del orden jurídico en su totalidad que es el Estado.
- 3) La persona física, al igual que la persona jurídica no constituye una realidad natural sino un concepto construido por la ciencia jurídica, que es auxiliar, pero no; indispensable para la representación de ciertos fenómenos jurídicos.
- 4) Superado, el dualismo entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo, y otorgando el concepto de persona

física y jurídica, en los términos apuntados por Hans Kelsen, éste considera haber evitado abusos ideológicos, en los que se utilizará el Derecho positivo para el provecho de intereses individuales, y; haber liberado a la ciencia jurídica de elementos éticos o políticos.

Sin embargo; se reserva el apartado 3.4.6. para demostrar la ideología política que vació Kelsen al desvanecer el concepto de persona tradicional y sujetarlo a las normas jurídicas.

Así mismo; en la sección 3.4.7., se analizarán los motivos que tuvo Kelsen para confundir la noción del Derecho en sentido positivo, con la categoría material del Estado como persona moral.

3.4. Crítica A Algunos De Los Conceptos Jurídicos Fundamentales Elaborados Por Hans Kelsen.

3.4.1. El Origen De Las Impurezas Jurídicas.

Al definir Kelsen al Derecho, como un sistema de normas que regulan la fuerza, o la aplicación de la coacción, bajo las condiciones y, en la forma que determinan el primer constituyente, o las instancias en las que él hace la delegación; se estructuraron, en el apartado 3.2., los siguientes planteamientos:

- 1) Si el Derecho es un orden coactivo y como tal, implica una determinada organización de la fuerza ¿es entonces la “fuerza” el objeto de la reglamentación jurídica?
- 2) Si el Derecho está integrado por un sistema de normas coactivas ¿sólo existen las sanciones represivas en todo sistema jurídico?
- 3) La definición del Derecho, en los términos apuntados, ¿es el origen de la falta de pureza lingüística para confundir coacción con sanción?
- 4) Si la norma fundante básica, que no es expresa; pero existe, es el fundamento de legitimidad para todo sistema jurídico y atribuye al constituyente el poder de producir normas jurídicas y es el presupuesto de nuestra obediencia a la Constitución ¿de dónde obtiene, a su vez legitimación dicha norma?

5) ¿Es la “fuerza” un concepto formal o material?

6) ¿Por qué comparar al sistema jurídico con una banda de ladrones?

Las respuestas a tales cuestionamientos son, en el orden en que fueron presentados, las siguientes:

1) La fuerza de un instrumento para la realización del Derecho pero jamás su objeto; en este sentido se debe también distinguir que un sistema jurídico se encuentra conformado por normas que regulan la aplicación de las sanciones (preventivas, represivas o premiales) y; en ciertos casos, la aplicación de la fuerza. Por lo tanto el Derecho es un sistema de normas, en todo caso, que regulan la aplicación de dicha categoría material y no; el sistema de normas que se hacen valer por la fuerza.

2. La fuerza no es el objeto de la reglamentación jurídica sino un instrumento para garantizar la eficacia del Derecho; además Kelsen olvida que la juricidad de las normas, como componentes de un sistema jurídico, no se determina tan sólo porque las mismas dispongan de una sanción sino también; por su pertenencia al ordenamiento jurídico que se localiza, al remontarnos desde la norma inferior hasta la superior llegando finalmente; hasta la norma fundamental.

Por otro lado, es conveniente apuntar que, la finalidad del legislador no es organizar a la fuerza sino a la sociedad mediante la institucionalización de las sanciones y de la coacción, cuando los destinatarios de las normas primarias no cumplan voluntariamente con los preceptos jurídicos.

3. La Definición del Derecho elaborada por Kelsen, no sólo evidencia una falta de pureza lingüística, al confundir la aplicación forzosa de la sanción (coacción) con la consecuencia jurídica, favorable o desfavorable, que se genera en relación con el sujeto de derecho sea por el cumplimiento meritorio o bien; por el incumplimiento de un deber jurídico; sino además; denota que para Kelsen todo poder originario reposa en la fuerza lo cual, es absolutamente falso ya que; también se apoya en el consentimiento de los destinatarios, siendo la eficacia, al lado de la validez, condición indispensable para la existencia de un ordenamiento jurídico.
4. La norma fundante básica, como fundamento de legitimidad para todo sistema jurídico, obtiene a su vez, para Kelsen, la legitimación al establecer que se debe obedecer al poder originario que es “el conjunto de fuerzas políticas que, tomando ventaja en un momento histórico, instauran un nuevo ordenamiento jurídico” y así; Bobbio nos hace ver

cómo Kelsen, a partir de tales razonamientos, define al Derecho como un ordenamiento coercitivo.⁸⁴

5. La fuerza, es un concepto material correspondiente a la realidad social en la que el Derecho diseña instancias para su regulación y para su aplicación. De esta manera, no se entiende el por qué Kelsen incorpora “este elemento extraño” a su Teoría del Derecho cuando dicha categoría se ha utilizado en otras disciplinas como la Sociología, la Teoría del Estado y la Ciencia Política, por mencionar algunos ejemplos; como presupuesto para ejercer el poder en la sociedad.
6. Ciertamente, causa extrañeza que Kelsen, compare al sistema jurídico con una “banda de ladrones” para demostrar que el primero es más efectivo, como orden coactivo, que el segundo. En este aspecto, quisiera enfatizar que la efectividad de un ordenamiento jurídico reposa no sólo en la aplicación de sanciones institucionalizadas, sean de carácter positivo negativo; sino que además descansa en el consentimiento de los destinatarios de las normas siendo, la fuerza un instrumento necesario para ejercer el poder más no; para justificarlo y el último recurso del que se valen, las instancias de aplicación del Derecho, para constreñir al

⁸⁴ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 125 a la 131.

obligado a cumplir con los preceptos jurídicos cuando voluntariamente no deseó acatarlos.

3.4.2. La Norma Jurídica Como Prescripción Producida Por Los Órganos De Derecho Y El Sentido De Privilegiar A Las Normas Secundarias.

Para Kelsen, las normas jurídicas son prescripciones producidas por las autoridades legislativas que están dirigidas a los órganos encargados de ejercer el poder coactivo.

En el apartado 3.3.1., toda vez que se ubicó al discípulo de H. Cohen, como máximo representante de la teoría imperativista, al considerar que las normas primarias son las dirigidas a los órganos encargados de ejercer el poder coactivo y las normas secundarias, las dirigidas a los ciudadanos siendo ello el criterio que distingue a las normas jurídicas de las morales; se consideraron las siguientes interrogantes:

- 1) ¿Son válidas también las normas primarias en un ordenamiento jurídico o es necesario considerarlas inútiles?
- 2) ¿Cuál es la razón de ser de dichas normas en un sistema jurídico?
- 3) ¿Qué lugar ocupan las normas terciarias para Kelsen en su teoría jurídica?
- 4) ¿Los ciudadanos obedecen sin más ni más por temor a la sanción en el

esquema Kelseniano de un sistema jurídico con eficacia reforzada?

- 5) ¿Por qué si los enunciados jurídicos son descriptivos incluyen la cópula “deber ser” y no, la del “es” si supuestamente van a describir el “ser” de una comunidad jurídica?

Las soluciones a tales aspectos son a saber las siguientes:

- 1) Las normas primarias, esto es, las dirigidas a los ciudadanos y que Kelsen consideró estimarlas como secundarias, por exclusivamente fijar los presupuestos para la entrada en vigor de otras normas, son válidas por su pertenencia al sistema jurídico y tan auténticas como las dirigidas a los órganos encargados de aplicar las sanciones. De esta forma, se concluye que las normas sancionadoras son tan jurídicas como igualmente lo son las primarias o sancionadas.
- 2) La razón de ser de las normas primarias, en un sistema jurídico, es que establecen los deberes jurídicos, las prohibiciones y facultades a realizar, observar o ejercer por los ciudadanos o sujetos de derecho a efecto de que por un principio de adhesión espontánea se fundamente el orden jurídico no solamente en la eficacia reforzada sino además; en el de eficacia simple pues, sólo cuando voluntariamente los destinatarios de las normas jurídicas, no opten por cumplir con los deberes jurídicos, contenidos en las mismas, entonces se generarán

consecuencias jurídicas desfavorables y si aún así, no acatan las disposiciones jurídicas entonces se acudirá a la coacción como aplicación forzosa de la sanción para obligar al infractor de la norma jurídica a cumplir con su deber.

- 3) Con relación a las normas terciarias que son las que atribuyen sanciones a la transgresión de las normas secundarias, se advierte que forman parte del sistema jurídico y que Kelsen, no se ocupó de las mismas, al sostener que, las normas secundarias son las auténticamente jurídicas por dirigirse a los órganos encargados de ejercer el poder coactivo.

De sostenerse el criterio de que son las normas secundarias las auténticamente jurídicas, por ser las que contienen los presupuestos para que las autoridades apliquen las sanciones, y; hacer a un lado no sólo a las primarias sino además ignorar la existencia de las terciarias, se estaría entonces también de acuerdo en considerar que la infracción a la norma fundamental es posible sin más ni más porque su violación no reenviaría a ninguna otra norma del sistema lo cual lógicamente; es inaceptable hasta para el propio jefe de la Escuela de Viena.

- 4) Los ciudadanos no obedecen exclusivamente por temor a la sanción, pues existen sujetos de derecho que voluntariamente cumplen los

preceptos jurídicos adhiriéndose de manera espontánea al orden normativo jurídico el cual, es una combinación de eficacia reforzada y de eficacia simple, siendo importante medir que tanta conformidad existe por parte de los destinatarios de las normas jurídicas con el orden jurídico conforme al cual son regulados ya que es por ese principio de adhesión espontánea por el que se puede saber en una sociedad qué instituciones se deben crear, suprimir, modificar y qué tan legítimo es el ejercicio del poder por parte de quienes lo detentan en representación o en beneficio del pueblo.

- 5) Si los enunciados jurídicos -en opinión de Kelsen- son descriptivos y no, prescriptivos (como las normas jurídicas) es lógico suponer, que si todo “deber ser” está relacionado con un ser y si tales enunciados van a describir cómo “es” una comunidad jurídica en consecuencia; no entendemos por qué el jurista viene a enlazar la cópula “deber ser” (que es propia de las normas jurídicas) a los enunciados jurídicos de la ciencia jurídica que describen el “ser” de una comunidad jurídica con lo cual se despedaza materialmente su objetivo inicial: describir cómo “es” el derecho más no; cómo deba ser el mismo.

3.4.3. La Confusión De Un Concepto Formal Con Uno Material o Fáctico: Sanción y Coacción.

Como quedó establecido en el apartado 3.3.2., la sanción, para el profesor de la Universidad alemana de Praga, es el acto coactivo constituido como reacción contra una acción u omisión, determinado por el orden jurídico, aplicado contra el o los individuos que correspondan y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física. Así mismo, se advirtió que el jefe de la Escuela de Viena, confunde a la sanción con la coacción; al hecho ilícito con el acto antijurídico y; a las medidas de seguridad preventivas; con las de carácter represivo. Posteriormente, llamó la atención el hecho de que para Kelsen, al clasificar las sanciones, en orden a la materia, en penales y civiles, consistieran en irrogar coactivamente un “mal” al infractor de la norma.

De igual manera, el profesor visitante de la Universidad de Harvard se cuestiona, si las represalias y la guerra, deban ser interpretadas como sanciones del Derecho Internacional, y si éste deba ser considerado como un orden jurídico, con lo cual, nuevamente despierta el interés y obliga a la formulación de las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué son las medidas jurídicas y cuántos tipos, existen de las mismas?
- 2) ¿Qué son la coercibilidad, la coacción y la sanción y cómo se ubican en el marco de los conceptos jurídicos fundamentales?

- 3) ¿La finalidad de la sanción, consiste en irrogar coactivamente un “mal” al infractor de la norma?
- 4) ¿Qué defensas tiene el sujeto de derecho ante las instancias de aplicación del Derecho cuando incumple con un deber jurídico?
- 5) ¿Qué ocurre cuando el sujeto de derecho cumple, en materia fiscal, con su deber?
- 6) ¿Es el Derecho Internacional un Orden Jurídico o no? Tales implicaciones, serán resueltas a continuación:
1. Adoptando la clasificación que hace el procesalista italiano Francesco Carnelutti, en su obra “El sistema de Derecho Procesal” y, la elaborada por el Maestro García Máynez,⁸⁵ tenemos al género medida jurídica que abarca 3 especies: a) Las medidas jurídicas preventivas (contempladas en nuestra legislación penal en el art. 24) y que pueden ser o bien; patrimoniales o bien; personales. b) Las medidas jurídicas represivas que son las sanciones, propiamente hablando, y que pueden ser penales, civiles, administrativas, laborales, etc., en orden a la materia, o sanciones simples (de coincidencia o de no coincidencia) o mixtas, en atención a las relaciones que existan entre el deber jurídico de la disposición primaria y; el constitutivo de la sanción (o de la

85 García, Máynez, op. cit., p. 307.

norma secundaria) así como del fin que persigan: el cumplimiento del deber jurídico primario, la obtención de prestaciones económicamente equivalentes al deber jurídico primario o las que implican la imposición de una pena o castigo. c) Por último; el citado género; comprende a las medidas jurídicas premiales como tercera de sus especies.

En esta tesitura, para Carnelutti la medida jurídica, como género, no implica otra cosa más que la serie de medios que el legislador adopta para la imposición de las normas del derecho.

Tales medidas no tienden solamente a la represión, sino que pueden orientarse a la prevención de los actos ilícitos. De ahí que quepa dividir las preventivas y represivas, siendo estas últimas las generalmente designadas con el nombre de sanciones.

El carácter especial de las primeras -en opinión de Máynez- aparece con gran diafanidad en las medidas de seguridad establecidas por los códigos penales para prevenir o evitar la comisión de actos delictuosos. Como es bien sabido, esas medidas divídense en personales o patrimoniales.

Las represivas, o sanciones, son definidas, por el jurista italiano, como las consecuencias que derivan de la inobservancia de un precepto y, por Máynez como la consecuencia que se genera en relación con el obligado por

el incumplimiento de un deber jurídico.

Al lado, de las sanciones represivas están las de carácter premial (o medidas jurídicas premiales) que recompensan el cumplimiento meritorio de los preceptos del derecho.

Ahora bien; por lo que toca a la subclasificación de las sanciones, como medidas jurídicas represivas, consideré conveniente introducir los tipos que señala Máynez en atención a la materia; en sanciones penales, civiles, administrativas, laborales, etc., y; por las finalidades de las sanciones y, sus relaciones de coincidencia; entre la disposición sancionada y la sancionadora, en sanciones simples, a) de coincidencia (como el cumplimiento forzoso), b) de no coincidencia (como la indemnización y la pena) y por último; las sanciones mixtas, que resultan de la combinación de las simples, como las de cumplimiento más indemnización, cumplimiento más castigo, indemnización más castigo, y; cumplimiento más indemnización más castigo.

2) La coercibilidad es la cualidad con la que cuenta un sistema jurídico para hacer cumplir sus preceptos al obligado; aún en contra de su voluntad.

La coacción es la aplicación forzosa de la sanción.

La sanción es la consecuencia jurídica, favorable o desfavorable; que se genera en relación con el obligado sea por el cumplimiento

meritorio del deber jurídico, o bien; por el incumplimiento del deber jurídico.

La coacción se ubica en el marco de los conceptos jurídicos fundamentales, como un concepto material o hecho materializado en la realidad social por implicar el uso racional e institucional de la fuerza de parte de las instancias encargadas de aplicar las sanciones.

La sanción en cambio; es un concepto lógico-formal componente de las normas jurídicas.

- 3) La finalidad de las sanciones no es irrogar coactivamente un “mal” al infractor de la norma. Son diseñadas por el legislador para organizar a la sociedad mediante su institucionalización para prevenir la anarquía y la ineficacia del orden jurídico y garantizar la convivencia armónica, hasta donde sea posible, de los miembros de una sociedad.

Desde luego que también, las sanciones tienden no sólo a reprimir o a evitar el comportamiento indebido sino además a estimular el comportamiento debido al compensar a los sujetos de derecho que cumplen con los preceptos de derecho. El diseño formal de las sanciones, contenidas en las normas jurídicas, no tiene como finalidad irrogar un “mal” al infractor de la norma sino procurar que el mismo cumpla con el deber jurídico, repare el daño o bien; cuando ello sea posible, el compurgamiento de una pena que fue una

consecuencia elegida por el destinatario de la norma por la comisión de un hecho ilícito.

4) Como la actuación de las autoridades encargadas de aplicar las sanciones no debe ser arbitraria y debe de respetar las garantías individuales (por ejemplo las de legalidad y las de seguridad jurídica) y además, en varios casos es falible, se han diseñado instituciones como el amparo, que opera en todas las ramas del Derecho, y otros medios de defensa como los recursos, por ejemplo en materia fiscal el de revocación o bien; los recursos administrativos y juicios como el procedimiento contencioso-administrativo para impugnar las contribuciones fiscales o bien; las resoluciones administrativas; así como las promociones de las suspensiones del o los actos reclamados, en favor del gobernado, ante un probable embargo de bienes. Se podrían dar múltiples ejemplos de medios de defensa, establecidos en favor de quienes incumplen un deber jurídico, para evitar excesos o arbitrariedades de parte de las autoridades encargadas de aplicar las sanciones y también; un sinfín de casos en los que, aún cumpliendo con sus deberes jurídicos los gobernados, por error, de las instancias de aplicación de las sanciones, les hacen recaer las consecuencias

jurídicas como derivaciones de la comisión de los ilícitos que aquéllos no cometieron.

5) Cuando los contribuyentes cumplidos acatan fielmente las disposiciones fiscales reciben estímulos y un trato especial como las opciones de pagos provisionales, la condonación parcial cuando contraen deudas fiscales, etc. de manera tal que las sanciones no siempre son represivas, como las concibe Kelsen, dado que existen las medidas jurídicas premiales como las señaladas, en materia fiscal, para el caso de contribuyentes cumplidos.

6) El Derecho Internacional sí es un orden jurídico -como lo expresa Kelsen- por traer aparejadas sanciones como las represalias y la guerra en las normas constitutivas de su sistema.

Sin embargo; Kelsen opone a la concepción dualista que considera al orden jurídico estatal como diferente del Derecho Internacional estableciendo que, ambos sistemas jurídicos bien pueden ser entendidos como órdenes normativos que no se excluyen o entran en conflicto entre sí porque, sea que se otorgue en algunos Estados la primacía del orden jurídico estatal, por encima del orden jurídico internacional (Estados imperialistas), o bien; a la inversa, que se conceda la primacía del orden jurídico internacional sobre el orden jurídico estatal (Estados pacifistas); en última instancia, ambos sistemas

tienen como presupuesto de validez y legitimidad a la norma fundante básica, aunque parezca que, son las costumbres reconocidas por los miembros de una comunidad jurídica internacional, el fundamento de validez de los órdenes jurídicos internacionales, es en realidad la norma fundante básica la que establece las instancias facultadas para producir normas válidas que van a determinar el dominio que tendrán las mismas según se otorgue primacía al orden jurídico internacional o al orden jurídico estatal. Así, el Derecho Internacional, adquiere validez en la medida que éste es reconocido por los órdenes jurídicos estatales que, tienen como presupuesto lógico para producir normas de derecho, de carácter nacional o internacional, a la norma fundante básica que, autoriza la producción de las mismas, expresándose en las constituciones de los Estados que otorguen primacía al Derecho Internacional sobre el Estatal.⁸⁶

3.4.4. De La Substitución Del Concepto Acto Antijurídico Por El De Hecho Ilícito.

En el apartado 3.3.3. se estableció que para Kelsen, el acto ilícito era la acción u omisión, determinados por el orden jurídico, y que configuraban la condición para un acto coactivo. Debido a que no existen los “actos antijurídicos” sino los jurídicos y en cambio; si podemos hablar de “hechos

⁸⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 323 a la 348.

ilícitos” se considera conveniente utilizar esta última expresión y, para demostrarlo, a continuación se hará un repaso de la teoría francesa de los hechos y Actos jurídicos para que se considere con mayor profundidad por qué es incorrecta la terminología empleada por el jurista de Viena.

Remitiéndome al Maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien realiza un magnífico resumen sobre la citada teoría, tenemos que los hechos jurídicos Lato-sensu, se dividen en 2 grandes apartados: a) El Acto jurídico (que puede ser Unilateral o Bilateral), y b) El Hecho jurídico en stricto sensu (que puede ser voluntario o de la naturaleza).

El Hecho jurídico lato sensu implica a todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas y se clasifica en:

A)Acto jurídico.- Es la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor.

B)Hecho jurídico en estricto sentido.- Es una manifestación de voluntad que genera efectos de Derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.

El acto jurídico a su vez, se subclasifica en:

- a) Unilateral.- Es aquel en que interviene para su formación una sola voluntad, o varias pero concurrentes a su idéntico fin. Por ejemplo; el testamento, que precisa de una sola voluntad para su confección: la del otorgante; la remisión o perdón de una deuda; que es un acto que se genera por la sola voluntad del acreedor, independientemente de que el deudor desee o no la remisión.
- b) Bilateral o plurilateral.- Es aquél que para su formación requiere de la concurrencia de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí.

El Acto jurídico Bilateral se subdivide a su vez en:

- 1) Contrato.- Es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.
- 2) Convenio en estricto sentido.- Es el acuerdo de dos o más voluntades para modificar, extinguir o conservar derechos y obligaciones.

Por otra parte; y con relación al hecho jurídico en estricto sentido tenemos que se subclasifica en:

- a) Hecho del ser humano o voluntario.- Es la conducta humana que genera consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su autor para que esas consecuencias se produzcan o no.

b) Hecho de la naturaleza.- Es el acontecimiento de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana y que el derecho lo considera como dato, para que se generen ciertas consecuencias jurídicas. Por ejemplo; el nacimiento, la muerte y la adquisición de bienes inmuebles, natural, en sus formas de aluvión, avulsión, formación de isla o mutación de cauce, son hechos de la naturaleza que indudablemente producen consecuencias de Derecho.

Con relación, al hecho del ser humano tenemos que éste a su vez se subdivide en:

- 1) Hecho voluntario lícito.- Es la conducta humana que va de acuerdo con las leyes de orden público, o las buenas costumbres y produce efectos de Derecho, sin considerar la voluntad del autor de la conducta. Por ejemplo; la gestión de negocios.
- 2) Hecho voluntario ilícito.- Es la conducta humana que va en contra de una ley de orden público o las buenas costumbres, y en donde la voluntad del autor, haya querido o no el hecho, y haya querido o no las consecuencias, éstas se generan independientemente de su voluntad. A este hecho se le da el nombre de delito, y puede generarse tanto en el campo del Derecho civil como en el penal y es, en síntesis al que debió referirse el jurista vienes ya que, no existe el término

“acto jurídico” pero sí el de hecho voluntario ilícito como se advirtió en el brillante trabajo que mi Maestro de Obligaciones; realizare sobre la teoría, francesa de los Hechos y Actos jurídicos.⁸⁷

3.4.5. Deber Jurídico Y Obligación Jurídica Sin Distingos De Género Y Especie Para El Jurista Vienés.

En la Teoría Pura del derecho, se encuentra, con relación al concepto de deber jurídico, -que Kelsen define como conducta opuesta a aquélla que constituye la condición de la sanción que se dirige contra el infractor o en contra de los que con él se relacionan- que no se distingue la obligación jurídica, que es una especie del deber jurídico, de este último. Es por ello que, como se dejó estipulado en el apartado 3.3.4., se procederá a exponer la teoría del deber jurídico y sus especies, en la que el Doctor Ernesto Gutiérrez y González aporta el citado criterio al diferenciar claramente el deber jurídico en sentido amplio de cada una de sus especies; la obligación en stricto sensu, el derecho de crédito o personal convencional y el derecho de crédito indemnizatorio.⁸⁸

El deber jurídico Lato sensu, es la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de

87 Gutiérrez, González y Ernesto, “Derecho De Las Obligaciones”, séptima edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 125 a la 133.

88 Gutiérrez, González y Ernesto, op. cit., p. 28 a la 53.

derecho y como tal; admite 3 especies:

- 1) El deber jurídico en stricto sensu.- Es la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de la colectividad, ya de persona determinada.
- 2) La obligación lato sensu.- Es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria y moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o en favor de un sujeto que ya existe. La obligación lato sensu abarca 2 especies:
 - a) La obligación en sentido estricto.- Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir.
 - b) El Derecho de crédito convencional o derecho personal- Es la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniario o moral).
- 3) El Derecho de Crédito Indemnizatorio.- (Proviene tanto de hechos ilícitos como de conductas lícitas que a su vez originan una

responsabilidad objetiva, en sentido genérico que puede ser en sentido estricto, por riesgo creado o por conducta errónea). El derecho de crédito indemnizatorio es la necesidad jurídica que tiene una persona, llamada obligado -deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse:

A.- la violación ilícita de un deber jurídico stricto sensu, o de una obligación lato sensu que causa un daño, imputable al deudor, o

B.- Un hecho ilícito que causa un daño, originado sin culpa, por a).-

Una conducta o un hecho previsto por la ley, como objetivamente

dañoso o b).- Por el empleo de un objeto que la ley considera en sí

mismo peligroso, c).- Bien finalmente, por la realización de una

conducta errónea realizada de buena fé.

El anterior concepto abarca 2 especies:

- 1) El derecho de crédito indemnizatorio o Derecho Personal, proveniente de conducta ilícita.- Es la necesidad jurídica que tiene una persona llamada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que la misma tenía, al momento de violarse con culpa un deber jurídico stricto sensu, o una obligación lato

sensu (en cualesquiera de sus dos especies; obligación stricto sensu o derecho de crédito convencional).

- 2) El Derecho de crédito indemnizatorio o Derecho Personal proveniente de Conducta lícita que origina una responsabilidad objetiva en sentido genérico.- Es la necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, al momento de producirse sin culpa, la violación de un deber jurídico stricto sensu o de una obligación lato sensu, por una conducta o un hecho considerados por la ley como objetivamente dañosos en sí, bien por el empleo de un objeto que la ley considera objetivamente peligroso, bien finalmente por la realización de una conducta errónea de buena fé.

El Derecho de crédito o personal indemnizatorio, proveniente de responsabilidad objetiva lato sensu, abarca 3 especies:

- a) El Proveniente de una responsabilidad objetiva en stricto sensu.- Es la necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor, de cumplir voluntariamente, a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía al momento de producirse la violación de un deber jurídico

stricto sensu o de una obligación lato sensu, por una conducta o un hecho considerados por la ley como objetivamente dañosos en sí mismos, sin que medie un hecho ilícito.

- b) El proveniente de una responsabilidad objetiva causada por un objeto considerado por la ley, peligroso en sí mismo.- Es la necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, al momento de producirse la violación de un deber jurídico stricto sensu o de una obligación lato sensu, en que la licitud o ilicitud es irrelevante, y que causa un daño, por empleo de un objeto considerado por la ley, peligroso en sí mismo, que es poseído por el obligado deudor.
- c) El proveniente de una responsabilidad objetiva originada en una conducta fundada en error.- Es la necesidad jurídica que tiene un sujeto llamado obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otro sujeto llamado acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía, al momento de producirse la violación de un deber jurídico, sin culpa y por causa de un error de la persona que sufre el daño.

Después de la exposición de la teoría del deber jurídico, formulada por el Maestro mexicano Ernesto Gutiérrez y González; sólo me resta señalar que el jefe de la Escuela de Viena además de confundir el citado concepto con la obligación jurídica; en opinión de Máñez, confunde el deber derivado de la norma, con la norma misma al establecer que "... El deber jurídico y la facultad son la norma jurídica concreta, individual, con referencia a dos distintos contenidos o hechos por ella regulados..."⁸⁹

3.4.6. Desvanecimiento Del Concepto De Persona.

Desde el punto de vista teórico; Kelsen concibe al sujeto de derecho sea en su modalidad de persona física o jurídica como expresiones unitarias de normas sea a nivel individual, parcial o total para regular la conducta de los seres humanos, de las asociaciones civiles o mercantiles, organismos descentralizados, empresas de participación estatal y del Estado.

Despierta curiosidad el hecho de que Hans Kelsen; considere que la persona física y la moral no constituyan realidades naturales sino conceptos auxiliares y no indispensables para la ciencia jurídica. Así mismo, mucho se ha discutido sobre el hecho de que Hans Kelsen confunda al Estado con el Derecho.

⁸⁹ García, Máñez Eduardo, op. cit., p. 267 y cfr. también Kelsen, Hans, Teoría General Del Estado, trad. Legaz y Lacambra, ed. Labor, Madrid, 1934, p. 80.

En primer lugar, es necesario señalar que a la persona no puede serle negada su existencia física y real por ser una entidad biológica del Derecho y que, por lo tanto, el concepto de la misma es fundamental para la ciencia jurídica y no; intrascendente pues los actos o hechos que realicen en la sociedad son los que se toman en cuenta para ser regulados por el Derecho el cual; debe adaptarse a las necesidades sociales, mismas que deben ser descritas en toda Teoría del Derecho y no; al revés, esto es, que dichas necesidades se adapten a modelos teóricos falibles. El Derecho, es diseñado para armonizar los intereses contrapuestos en sociedad, y no; los hombres diseñados para el Derecho.

En Segundo término; se percibe un abuso gnoseológico por parte de Kelsen al abarcar los conceptos de comunidad, sociedad y Estado al sentido de la categoría de orden regulado al establecer lo siguiente:

“... en tanto orden coactivo el derecho implica una determinada organización de la fuerza...”⁹⁰

“... La comunidad es el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos...”⁹¹

90 Kelsen, Hans, op. cit., p. 49 y sigs.

91 Kelsen, Hans, op. cit., p. 161.

“... la sociedad es una convivencia ordenada o más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos...”⁹²

“... El Estado es una organización política que no difiere del orden jurídico...”⁹³

Los anteriores pasajes demuestran que si bien es cierto que Kelsen procura detractar el dualismo tradicional del Estado y Derecho para evitar que éste justificara los excesos arbitrarios de aquél, también lo es el hecho, de que se extralimitó en su enfoque estructural al reconducir las realidades sociales a la dimensión normativa del derecho hasta el punto de negarles existencia propia, como no sea la que les otorgue el Derecho mismo.

3.4.7. ¿Por qué Confunde Kelsen Al Derecho Con el Estado?

La identificación que Kelsen hace del Estado con el Derecho tiene como origen el tratar de explicar todos los problemas propios de la realidad estatal como jurídicos dejando al margen los aspectos sociológicos, políticos o éticos. De esta manera, todos los temas en torno del Estado son tópicos que se refieren a la validez y vigencia del orden jurídico positivo; que la población es la esfera personal de validez del mismo orden jurídico positivo; que la soberanía es la cualidad del orden jurídico de ser supremo y total; que los orígenes del Estado no son sino los de la producción del Derecho y

92 Kelsen, Hans, “¿Qué es Justicia? Traducc. de A. Calsamiglia, Barcelona 1993, Ed. Ariel p. 152.

93 Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 162 a 164.

finalmente; afirma que este orden jurídico también puede denominarse voluntad del Estado.

Kelsen, concibe al Estado como un ente jurídico, descartando los temas sociológicos (pueblo, raza, costumbres, etc.) por considerarlos aspectos metajurídicos así como los problemas de valoración jurídica. Y así quedan fuera de su estudio las disquisiciones sobre los fines del orden jurídico, porque o se han transformado en derecho Positivo y entonces forman parte del Estado en cuanto forman parte del Derecho, o no se han transformado en Derecho Positivo y entonces quedan fuera del Estado.

¿Cuáles eran los motivos que orientaron al discípulo de H. Cohen a considerar al Estado como un orden coactivo de la conducta humana?

De la Teoría Pura del Derecho, Legaz y Lacambra, hace una magnífica traducción, de la versión reducida, elaborada por Hans Kelsen y por la que se advierte que la teoría tradicional cae en una contradicción tremenda: "... convierte al estado en objeto del conocimiento jurídico al afirmarlo como persona jurídica; y al propio tiempo, afirma con la mayor insistencia que no es posible concebir jurídicamente al Estado, puesto que, como poder, constituye una entidad distinta del derecho..."⁹⁴

94 Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, traducc. de Luis Legaz y Lacambra, 2da. Edición, México 1989, Ed. Colofón. (Versión reducida).

Posteriormente, el jurista vienés, aduce los motivos por los cuales el Derecho y el Estado son una y la misma cosa: un sistema de normas coactivas en los siguientes términos: "... El Estado como orden coactivo no puede ser diferente del orden jurídico porque toda manifestación vital del Estado, todo "acto estatal" tiene que ser un acto jurídico: ninguna acción humana puede ser calificada de acto estatal sino sobre la base de una norma jurídica, en virtud de la cual, por otra parte, impútase dicha acción al Estado, es decir, a la unidad del orden jurídico; y se demuestra, en fin, que el Estado como persona no es otra cosa que la personificación del orden jurídico, y que el Estado como poder no es sino la eficacia de dicho orden..."⁹⁵

Ahora bien; respecto a la negativa del jefe de la Escuela de Viena de la legitimación del Estado por el Derecho expresa lo siguiente: "... el intento de legitimar al Estado como Estado de Derecho es totalmente estéril, puesto que todo estado es, por naturaleza, un Estado de Derecho: suponiendo que el Derecho no es otra cosa que un orden coactivo de la conducta humana, prescindiendo de su valor de moralidad o de justicia; y esta suposición tiene que hacerla también el positivismo (el cual es la condición de las teorías de las dos naturalezas y de la "autolimitación" del Estado). En consecuencia, no

95 Kelsen, Hans, La Teoría Pura del Derecho, traducc. de Legaz y L. p. 78.

es posible concebir al Estado más ni menos jurídicamente que al Derecho, el cual como contenido es orden y por tanto; objeto del conocimiento jurídico-normativo; como acto psico-físico motivador y motivado de otros es poder y en cuanto tal, objeto de estudio de la Psicología Social o de la Sociología. A la ciencia del Derecho, no le corresponde hacer juicios de valor porque ello es tarea de la ética o de la política, por lo tanto, se rechaza el hecho de que a través de ella se quiera legitimar al Estado por el Derecho...⁹⁶

Sin embargo; pese a que gracias a la teoría de Kelsen queda perfectamente claro para los sociólogos, que el Estado, constituye un conjunto de funciones políticas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política, es también, evidente que para los juristas dicha organización, está basada, mantenida, condicionada y reformada por un complejo de fenómenos sociales, como lo apunta el Maestro Luis Recásens Siches quien establece serias objeciones al redactor de la Constitución de Weimar y que; en síntesis, serían las siguientes:⁹⁷

- 1) La norma fundamental del Estado (como orden jurídico válido y vigente) es la expresión normativa del hecho de la resultante de voluntad que encarna en el poder predominante. Todo el edificio

96 Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, traducc. de Legaz y Lacambra, p. 77 a la 80.

97 Recaséns, Siches Luis, Introducc. Al Estudio Del Derecho, novena edición, México 1991, Ed. Porrúa, p. 263 a la 274.

jurídico -positivo- en su base descansa sobre aquella realidad social, que constituye la instancia suprema de decisión colectiva.

- 2) No se trata de que la dominación sea considerada como último fundamento del derecho ni de interpretar al poder social predominante con apoyo exclusivo de la fuerza física, también debe considerarse el reconocimiento del mismo por quienes a él se someten, en suma, sobre la opinión pública predominante.
- 3) Quien ejerza exclusivamente la fuerza material, podrá dirigir una agresión contra un pueblo, incluso mantenerla algún tiempo, pero propiamente no ejercerá un mando político sobre ese pueblo.
- 4) Por otra parte, el juego normal de la opinión pública, como orientadora de las decisiones políticas y como configuradora del Derecho a través del Estado, requiere que, por debajo de todas las discrepancias entre las varias corrientes, exista como mínimo un denominador común, constituido por unas coincidencias fundamentales y por un radical sentido de solidaridad nacional. Con ello se evita que desaparezca la nación y que existan diversas colectividades en latente guerra recíproca.
- 5) La existencia de una realidad estatal como hecho social que crea, formula, circunscribe y da vida al Derecho y, que sin embargo no

forma parte del Derecho positivo mismo, deja entrever que hay algo más que el Derecho dentro de la realidad social: costumbres, valores, hechos sociales que posteriormente serán integrados, mediante su positivización al orden jurídico.

En fin; a efecto de considerar al Estado no sólo como una realidad normativa sino además como una realidad social, se puede concluir que el mismo se produce, evoluciona, caduca y es substituido -normalmente o bien con solución de continuidad, (revolución, etc.) por virtud de los procesos reales de integración de los factores efectivos que constituyen la organización de la sociedad política; y por virtud de los fenómenos del resultado preponderante de las voluntades en esa organización política.

Mientras los sociólogos cometieron el error de considerar al Estado como mera realidad natural, haciendo de lado el aspecto normativo, Kelsen, por el contrario; trató de agotar al Estado en lo jurídico obviando los aspectos sociales del mismo ya que olvidó que por debajo del Estado existe una realidad social que lo produce inicialmente para posteriormente mantenerlo y desarrollarlo a través del ordenamiento jurídico que debe, entre otras cosas, adaptarse a las cambiantes realidades de la sociedad que ha de regular. En este aspecto, es pertinente apuntar que la separación que Kelsen pretende entre el sein y el sollen, falla en la base del sistema. Si la norma no es

cumplida, general y ordinariamente, no puede considerarse como positivamente vigente. Esto lo reconoce el mismo Kelsen al decir que para admitir la vigencia de un orden jurídico positivo se requiere “un mínimo de facticidad”, es decir de efectividad; se requiere que la conducta de los hombres se identifique con el ordenamiento jurídico al que se encuentran sometidos. Pero Kelsen, no concluye, (porque ello hubiera desmoronado su teoría), la consecuencia de que el sistema jurídico se apoya, en su primera base sobre una realidad humana (hecho sociológico), que con su conducta viene a dar facticidad o efectividad a ese orden jurídico.

En lugar de eso, prefirió señalar con relación a la eficacia del orden jurídico estatal lo siguiente: “... La “potencia” del Estado sólo puede mostrarse en los recursos de fuerza específicos de que disponga el gobierno: en la fortaleza y prisiones, en los cañones y patíbulos, en los hombres con uniforme de policía o militar. Pero ellos, son objetos muertos y sólo se convierten en instrumental de la potencia del Estado en cuanto están a disposición de hombres conforme a las órdenes que les imparte el gobierno, en cuanto los policías y los soldados acatan las normas que regulan su comportamiento. La potencia del Estado no es ninguna fuerza o recurso

místico, oculto detrás del Estado o de su derecho. No es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal...⁹⁸

De lo anteriormente transcrito, se revela que mientras por un lado Kelsen pretende normativizar al Estado para que no actúe con abusos o arbitrariedad, por otro lado, permítaseme decirlo así; hay páginas que no debieran estar en la Teoría Pura del Derecho, por el peligro que representaría la lectura de las mismas, si es catecismo de un dictador, psicótico como lo fuera Hitler, que legitimara la eficacia de un Estado transpersonalista, en la forma en que lo acaba de hacer el asesor de crímenes de guerra y territorios liberados de Washington en 1945: el profesor de la Universidad de Berkeley que sufriera tantas persecuciones durante el imperialismo alemán.

Por otro lado, es menester señalar que Kelsen, como en tantas ocasiones lo hizo, volvió a quebrantar su promesa metodológica al incorporar conceptos de la sociología de Emilio Durkheim como el de la división del trabajo para especificar las funciones estatales normadas por el Derecho y; así mismo recoge los conceptos de orden coactivo, para definir al Derecho, el de cuadros administrativos, para la aplicación de las sanciones, de Weber, cuya sociología omnicomprendiva fue determinante en el jurista vienés como se verá más adelante.

98 Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 294.

Los siguientes pasajes lo demuestran así:

“... El Estado es una colectividad, es decir una sociedad constituida por un orden normativo, que funciona con división del trabajo, estableciendo para ello órganos designados mediante o inmediatamente para desempeñar sus funciones...”⁹⁹

“... El Estado como persona, es la personificación del orden jurídico ... junto a este concepto aparece un segundo concepto, diferente pero estrechamente relacionado con el primero, cuando es representado como una persona actuante: ya la personificación no del orden jurídico total... sino la de un orden jurídico parcial formado por aquellas normas del orden jurídico nacional (estatal) que regulan el comportamiento de los individuos que tienen el carácter de órganos calificados como “funcionarios” y que funcionan con división del trabajo. El orden jurídico parcial constituye un grupo social parcial al que sólo pertenecen aquellos individuos. Las funciones de esos individuos sólo son atributivamente imputadas a ese grupo parcial. Se trata del Estado como aparato burocrático de funcionarios, con el gobierno en la punta...”¹⁰⁰

“... A ese aparato burocrático, que encuadra a los funcionarios del Estado, se atribuye la representación de la comunidad y la personificación del

⁹⁹ Kelsen, Hans, op. cit., p. 295.

¹⁰⁰ Kelsen, Hans, op. cit., p. 297 y 298.

orden jurídico. Resalta también la presencia de un órgano legislativo y de otro judicial; en ambos casos, la función especializada que desarrollan es de creación y aplicación del Derecho. No hay en los tres tipos de órganos públicos alguna actividad que no corresponda a un rol jurídico; no se trata por lo tanto, de brazos ejecutores del Estado; son en realidad centros nerviosos del orden jurídico, que apalancan el orden social...”¹⁰¹

“... Lo que para la Doctrina jurídica tradicional son formas de Estado, desde el punto de vista del orden jurídico resultan modos específicos de producción de normas...” En este renglón es importante destacar que Kelsen; considera a la autocracia como aquella que se cierra a cualquier tipo de integración plural a la “voluntad” estatal siendo el contenido del orden jurídico, resuelto de manera vertical por quien detenta el gobierno. Por el contrario, una democracia consiste -en opinión del jurista vienés- en el procedimiento permanente de construcción del consenso social para definir el sentido del orden legal...¹⁰²

Por otro lado, y con relación a la ruptura que realiza el profesor visitante de Harvard, desde el punto de vista no sólo sociológico sino;

101 Kelsen, Hans, op. cit. p. 299 a 303.

102 Kelsen, Hans, “Los Fundamentos De La Democracia”, en *Escritos Sobre La Democracia y El Socialismo*, traducc. y selecc. de textos por J. Ruíz Manero, Madrid, ed. Debate, 1988, p. 86.

político; de su promesa metodológica; nos encontramos con la ideología anticapitalista, del autor de la Teoría Pura Del derecho y por la cual, trata de desplazar la axiología burguesa como fundamento cognoscitivo del Derecho Moderno al procurar romper el nexo ideológico de la libertad, voluntad y persona (física o moral), para evitar que con el concepto tradicional de persona se mantuviera el Derecho Subjetivo, como garantía del derecho de propiedad, por encima del Derecho Objetivo y ser utilizado para la defensa de los intereses capitalistas. Así mismo identifica, el discípulo de H. Cohen al Estado con el Derecho para que este último regule los excesos de un Estado regido por la Economía de Mercado en el que el derecho esté, de nueva cuenta, al servicio de los capitalistas. Sin embargo, y pese a los aportes que se hicieran a la Teoría Social, uno de los aspectos menos resueltos en la teoría Kelseniana es la relación entre Derecho y poder, además de la dicotomía que se presenta entre validez y eficacia del orden jurídico.

Para el profesor de Berkeley, el poder se analiza simplemente como un dato de la eficacia del Derecho, dada la prohibición que hace de hablar de un poder detrás del Derecho, porque ello llevaría a establecer la existencia de dos realidades distintas y, como él mismo sentenció que "... el dualismo de Derecho y el Estado es una superstición animista ..." ¹⁰³, tenemos que en

realidad Kelsen no logra esclarecer como un hecho social, como la fuerza, se puede mantener dentro de su teoría jurídica exclusivamente como una cualidad de las normas pues, si el poder es lo que el derecho organiza, necesariamente se materializará una realidad distinta.

3.4.8. La Imputación Y Su Probable Substitución Por El Concepto De Nexo Normativo Contingente o Necesario.

Con relación a la imputación, estimo conveniente introducir de la teoría de Fritz Schreirer, perfeccionada por el Maestro García Máynez, el concepto de nexo normativo, entendido "... como el vínculo que establece una relación a) de tipo contingente entre el supuesto jurídico como simple hipótesis y la realización del supuesto por un acto jurídico o un hecho ilícito, o bien; b) una relación de tipo necesario entre la realización del acto jurídico o el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas y finalmente; c) el que establece una relación de carácter contingente, entre la sanción y su efectivo acatamiento por parte del obligado y su efectiva aplicación por parte de los órganos estatales..."¹⁰⁴

La anterior propuesta, lleva como finalidad comprender con mayor detalle el magnífico aporte que hizo Kelsen a la ciencia jurídica al diferenciar a las leyes de la naturaleza de las prescripciones del orden jurídico.

¹⁰⁴ García, Máynez E., op. cit. p. 169 a la 178.

Conclusiones Al Tercer Capítulo.

PRIMERA.- Kelsen nos presenta, en la elaboración de algunos conceptos jurídicos fundamentales por él seleccionados una serie de impurezas o imprecisiones gramaticales que le hacen confundir conceptos reales, o materiales, con conceptos formales. Así mismo, no respetando su promesa metodológica, incorpora categorías, propias de la teoría social, como la fuerza, sin resolver los dualismos entre Derecho y Poder y los de validez y eficacia. Todo ello tiene como punto de partida su errónea definición del Derecho.

SEGUNDA.- Al definirse al Derecho como un orden coactivo que determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece; el monopolio de la coacción; surgen para Kelsen los siguientes problemas:

- 1) El considerar a la fuerza el objeto de la reglamentación jurídica.
- 2) El privilegiar a las normas secundarias por encima de las primarias y olvidar a las terciarias, lo cual representaría el riesgo de infringir a la norma fundamental sin consecuencia jurídica alguna, lo cual no es posible.
- 3) Confundir a la sanción, como concepto formal, con la coacción (concepto material).

- 4) No considerar a las medidas jurídicas preventivas y a las sanciones premiales.
- 5) El que se cuestione sobremanera, por parte de los detractores de la Teoría Pura Del Derecho, sobre el fundamento de legitimidad de la norma fundante básica.
- 6) El fenómeno sociológico de la obediencia del Derecho, por parte de los ciudadanos como esencial para la existencia de un orden jurídico.
- 7) La inadecuada expresión “acto antijurídico” cuando lo propio es utilizar el término “hecho ilícito”.
- 8) La confusión del deber jurídico en sentido amplio con los conceptos de obligación y de norma jurídica.
- 9) La confusión del derecho subjetivo con los conceptos de derecho de acción y de norma jurídica.
- 10) La identificación del Estado con el Derecho.

TERCERA.- La ideología política del Jefe de la Escuela de Viena y, su profundo desprecio a los móviles de la clase capitalista, explican el por qué, pretendiendo acabar con los dualismos que separan al Derecho Subjetivo del objetivo y, al Estado del Derecho; en realidad nos ofrece una teoría en la que, agotándose la realidad social del Estado en el Derecho y confundiéndose las permisiones jurídicas con la norma misma, se ofrecen nuevos dualismos,

(validez-eficacia, fuerza-consentimiento, Derecho-poder), que denotan la imposibilidad de reducir a una dimensión puramente normativa al sujeto de Derecho, al Estado y al Derecho mismo dado que Kelsen, fue el primero en darse cuenta de no poder divorciarse de la realidad social para explicar la estructura y funciones del estado, al dar un concepto, paralelo al inicial del mismo, y concebirlo como una sociedad estructurada, bajo los lineamientos de la división del trabajo, y como un aparato burocrático, en sus quehaceres de administración, legislación y judicatura con lo cual; no sólo se incorporaron en el trabajo del profesor visitante conceptos materiales como fuerza, poder y sociedad sino además; se adoptaron las teorías de E. Durkheim y las de la sociología omnicomprensiva de Weber, reconociendo finalmente; Kelsen las aportaciones de la teoría social para explicar que “... sin poder no puede otorgarse el Derecho y tampoco éste puede existir sin la eficacia, debiendo aceptarse en consecuencia, la eficacia como una condición de la validez ...”¹⁰⁵

105 Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 224 y 225.

CAPÍTULO IV

DE ALGUNAS INCONSISTENCIAS DESCUBIERTAS POR E. BULYGIN EN LA DINÁMICA JURÍDICA KELSENIANA

4.1. Introducción

Si se considera que el objeto de la ciencia del Derecho está constituido por normas que se obtienen de una deducción de ciertos principios lógicos, o de otra índole, que pertenecen a la ciencia o a la Filosofía del Derecho, entonces la Lógica tendrá una función particular constitutiva. Resulta, entonces, de una importancia central y fundamental la determinación de los principios supremos de esa disciplina, así como de las reglas de inferencia que se aplicarán a esos principios supremos, pues de ellos dependerán las normas que se considere integran el sistema normativo en cuestión.

Kelsen tipifica dos tipos de órdenes normativos: los estáticos y los dinámicos. En los órdenes estáticos se analizan los problemas relativos al contenido de las normas jurídicas las actuales valen; en virtud de que no contraríen a la norma fundamental. En los órdenes dinámicos se estudian en cambio; los problemas relativos a la forma de las normas jurídicas las cuales apoyan su validez en el acto de creación que les dió origen y que nos hace remontarnos hasta la norma fundante básica. El tipo dinámico, según afirma

Kelsen, “se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundamental”.¹⁰⁶

En el presente capítulo se estudiarán los problemas relativos al ordenamiento jurídico tratados por Kelsen en su *Dinámica jurídica* como son; los de la unidad del ordenamiento jurídico, que reposa en la norma fundante básica, la coherencia del sistema jurídico, que nos introduce en los problemas de interpretación que se le presentan al juez, y finalmente; el de completitud o integridad en el que Kelsen considera al sistema jurídico cerrado, a virtud del principio de plenitud hermética, y en donde se demostrará, con fundamento en la tesis del jurista argentino, Eugenio Bulygin, que los sistemas jurídicos son abiertos, es decir, existen auténticas lagunas y el ideal de plenitud hermética no es una realidad de los ordenamientos jurídicos, es tan solo eso: un ideal.

¹⁰⁶Kelsen, Hans, *Teoría General Del Estado*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Ed. Nacional, 1948, p. 204, citado por Schmill, Ulises en “Derecho y Lógica”, Distribuciones Fontamara, Revista Isonomía No. 1, México 1994, p. 16.

4.2. Problemas Que Aborda La Dinámica Jurídica Planteada Por Hans Kelsen En La Teoría Pura Del Derecho.

Son tres:

A) El de la unidad del ordenamiento jurídico que tiene como presupuesto a la norma fundante básica que se refiere a la constitución histórica que soporta y que regula el hecho instaurador del Derecho; es decir atribuye la presunción favorable a la norma fundamental o Carta Constitucional de que sus artículos fueron promulgados de conformidad con una norma válida y emitidos por una autoridad debidamente facultada. La norma fundante aporta cohesión al orden jurídico, pues supone la pertenencia de las normas a un sistema unitario. La unidad del Derecho, no se refiere a una secuencia de contenidos semánticos concordantes, sino a un modo específico de producción normativa. La norma fundante básica no positiviza valores, sino que confiere legitimidad a los cauces de autoproducción del sistema jurídico. Con relación, a la unidad del ordenamiento jurídico, además se analizará la jerarquía normativa del sistema jurídico o construcción escalonada del mismo que hace Kelsen y que llevan a una estructura piramidal realizada por Adolph Merkl representante de la Escuela de Marburgo.¹⁰⁷

¹⁰⁷Véase García, Máñez E., op. cit. Pág. 83.

B) El segundo problema es el de la coherencia del sistema jurídico entre las normas y con relación al mismo lo cual, nos introduce en las dificultades que se le plantean al juez, en materia de interpretación, para individualizar a la norma genérica y aplicarla al caso concreto como serían las incompatibilidades entre las normas o antinomias, las cuestiones relativas a la ambigüedad o vaguedad de las mismas, etc. y de las cuales Bobbio, a virtud de los problemas planteados sobre antinomias por Hans Kelsen, lleva a cabo una clasificación y solución a las mismas con base en los criterios aportados por la jurisprudencia romana; a saber el cronológico, el jerárquico y; el de especialidad.¹⁰⁸

C) Finalmente; en la Teoría Pura del Derecho, se contempla el problema de la completitud o Integridad del ordenamiento jurídico, y que tiene que ver con la existencia de lagunas en las normas jurídicas y la resolución que debe dar el juez, atento al principio de plenitud hermética del orden jurídico en donde, confrontaré el punto de vista del discípulo de Cohen con el de Eugenio Bulygin.

¹⁰⁸Véase Bobbio, Norberto, op. cit., p. 201 a la 217.

4.2.1. Unidad Del Ordenamiento Jurídico: La Norma Fundante Básica y La Jerarquía Normativa Del Sistema Jurídico.¹⁰⁹

Con relación a este problema, Kelsen abarca 6 cuestiones:

- 1) El orden jurídico como sistema normativo.
- 2) El orden jurídico como serie de actos creadores.
- 3) La significación de la norma fundante básica.
- 4) La norma fundante básica de un orden jurídico estatal.
- 5) La jerarquía normativa del sistema jurídico:
 - a) Constitución y Legislación.
 - b) Legislación Ordinaria.
 - c) Ordenanzas Reglamentarias.
 - d) Normas jurídicas individualizadas: Resoluciones judiciales, administrativas, negocios jurídicos (contratos) y testamentos.
- 6) La Posición del Derecho Internacional en la Estructura Escalonada.

1) El Orden Jurídico como Sistema Normativo.

El Derecho como orden -el orden jurídico- es un sistema de normas jurídicas. En consecuencia; la primer cuestión que hay que responder se la plantea la Teoría Pura del derecho en la forma siguiente: ¿qué es lo que funda

¹⁰⁹Véase "La Construcción Escalonada del Orden Jurídico" en "Teoría Pura del Derecho", Kelsen, Hans, op. cit., p. 230 a la 243.

la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?. ¿Por qué una determinada norma jurídica pertenece a un cierto sistema de Derecho?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. Esa norma fundante básica constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden. Y si una norma pertenece a un determinado orden, es por la razón de que su validez puede ser referida a la norma fundante básica. “... El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano ... tenemos que la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito; tiene que concluir en una norma suprema ... cuya validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez ... y que es presupuesta ... será designada aquí como norma fundante básica o Grundnorm ...”.¹¹⁰

¹¹⁰Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 201 y 202.

Con relación a la validez material, (nomoestática jurídica), y la formal (nomodinámica jurídica), de las normas jurídicas Kelsen distingue entre dos tipos de normas: 1) la “propuesta” como norma fundante en un sistema estático donde las normas valen por su contenido o modalidad normativa y 2) la “presupuesta” que es la instauración del hecho fundante de la producción donde las normas valen por la forma en que fueron elaboradas. En el primer caso, cabe hablar de la Constitución en sentido jurídico positivo, o norma fundamental o fundante “propuesta” y; en el segundo caso, tenemos a la norma fundante básica “presupuesta” o Constitución en sentido lógico jurídico.¹¹¹

Nos señala, el jurista vienés, que así como las normas de un sistema moral están ya contenidas en una norma fundante básica, no expresa, del mismo modo que lo particular está contenido en lo general, de igual manera en el sistema jurídico todas las normas particulares, del orden jurídico, pueden derivarse, mediante una operación lógica, de la norma fundante básica, procediéndose a una deducción de lo general a lo particular. Y así, como en el caso de los Diez Mandamientos, que Dios entregó en el Sinaí; o, cuando se establece que se debe amar al prójimo porque Dios así lo dispone, el fundamento de validez no está formulado expresamente, pero sí presupuesto,

111 Kelsen, Hans, op. cit., p. 203, 224 y 206.

al haber una norma supuesta (no promulgada en determinado tiempo o lugar) según la cual deben de obedecerse los Diez Mandamientos y obedecer lo que Dios mande; de igual forma o manera es presupuesta esa norma fundante básica.¹¹²

2) El orden Jurídico Como Serie De Actos Creadores .

La validez de las normas que considera Kelsen, a lo largo de toda su Teoría Pura del Derecho, es la formal pues estima que la validez no es cuestión de contenido (refiriéndose no tanto a la modalidad normativa sino a los valores que encierre la misma, esto es, que sea injusta o provoque inseguridad jurídica, etc.).

Para el profesor visitante de la Universidad de Harvard, cualquier contenido puede ser Derecho, porque no hay conducta humana que no pudiera ser contenido de una norma jurídica. Una norma vale como norma de Derecho -según Kelsen- porque nació de cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico. El Derecho vale únicamente en cuanto Derecho Positivo o “estatuido. Por eso -señala el autor de la Teoría Pura del Derecho- la norma fundante básica de un orden jurídico no es más que aquella conforme a la cual deben crearse todas

¹¹² Kelsen, Hans, op. cit., p. 201.

las normas de ese orden; la determinación del hecho fundamental de la creación jurídica. Las normas particulares de un sistema jurídico no pueden derivarse lógicamente de esta norma fundante básica si antes no son creadas. Tienen que elaborarse, por un acto especial de determinación positiva, el cual no es ya un acto de la mente sino de la voluntad.

Cuando las normas particulares de un sistema jurídico son referidas a una norma fundante básica, se da a entender que la creación de las mismas se ha realizado con arreglo al método establecido en aquella norma fundante básica que no positiviza valores sino que confiere legitimidad a los cauces de autoproducción del sistema jurídico.

Nos dice Kelsen, que la pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica con ocasión de un acto coactivo, por ejemplo cuando un hombre priva por la fuerza de su vida a otro, provocándole la muerte en la horca; se pregunta entonces por qué ese acto es un acto jurídico; la ejecución de una pena, y no un homicidio. Específicamente como ejecución de una norma, y no como homicidio, el acto en cuestión sólo puede ser interpretado cuando ha sido estatuido por una norma jurídica y, en especial, por una norma jurídica individual; es decir, cuando el acto es cumplido como debido en mérito a una norma que aparece como sentencia de un juez. Si se pregunta todavía por qué esta norma individual vale como elemento de un sistema

jurídico determinado, la contestación es: porque se creó de acuerdo con el Código Penal. Y si se pregunta ulteriormente por el fundamento de la validez de ese código penal, se va a parar en definitiva a la Constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creado el Código Penal por los órganos competentes y siguiendo el procedimiento establecido en la misma Constitución. Pero si se pregunta por el fundamento de validez de la Constitución, en la cual se basan todas las leyes y todos los actos jurídicos realizados sobre la base de las mismas, se va a parar, quizá, a una Constitución más antigua y, en último término a la primera constitución histórica otorgada por algún usurpador o por algún parlamento constituido no importa cómo. Ahora bien; todo conocimiento del orden jurídico basado en esta Constitución a partir de un supuesto fundamental, a saber: que aquello que el primer órgano histórico constituyente ha manifestado como voluntad suya, tiene valor de norma. "Como se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, esto es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe). Las normas de un orden jurídico, cuyo fundamento de validez común lo constituye esta norma

fundante básica, no configuran un conjunto de normas válidas situadas una al lado de otra, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas...¹¹³

Sin embargo, como lo señala el Maestro García Máynez, la construcción del orden jurídico de manera escalonada débese al jurista Adolph Merkl.¹¹⁴

De esta manera, tenemos que Hans Kelsen incorporó la teoría jerárquica de las normas de Merkl a su sistema dado que ambos fueron colegas en la Escuela de Marburgo. De la citada teoría, haremos una exposición en el inciso número cinco del presente apartado al tratar el tema de la jerarquía normativa de los sistemas jurídicos presentada por el jurista vienés.

3) La Significación De La Norma Fundante Básica.

Para la Teoría Pura del Derecho, esta norma fundamental tiene el carácter de un fundamento hipotético. Suponiendo la validez de dicha norma, vale también el orden jurídico que en ella se basa. Sólo bajo este supuesto puede interpretarse como un sistema de normas jurídicas; el material que se ofrece a la interpretación jurídica. El contenido concreto de la norma fundante

¹¹³Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 207 y 208.

¹¹⁴García, Máynez E., op. cit., p. 83.

básica de un orden jurídico cualquiera se determina con arreglo a la calidad de aquel material, es decir, de los actos que han de interpretarse como actos jurídicos. Dicha norma no es más que la traducción del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico. Con la formulación de la norma fundante básica, establece Kelsen, la Teoría Pura del Derecho no pretende, en modo alguno, inaugurar un nuevo método científico de la Jurisprudencia. Se limita, por el contrario, a hacer resaltar con la debida claridad lo que todos los juristas hacen, inconscientemente en parte, cuando rechazan un Derecho Natural del cual pudiera derivarse la validez del orden jurídico positivo, pero al propio tiempo, consideran a éste como un orden válido, no como un mero factum de motivaciones, sino como norma. Con la doctrina de la norma fundamental, la Teoría Pura del Derecho -señala Kelsen- límitase a establecer las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento jurídico positivo usado desde antiguo, mediante un análisis de su proceso real.¹¹⁵

4) La Norma Fundante Básica De un Orden Jurídico Estatal.¹¹⁶

La significación de la norma fundamental, se revela claramente en el caso de un orden jurídico que no es modificado por los cauces legales, sino

¹¹⁵ Kelsen, Hans., op. cit., p. 213 y 214.

¹¹⁶ Kelsen, Hans., op. cit., p. 219.

que es substituido por un orden nuevo, fruto de una revolución; del mismo modo que la esencia del derecho y de la comunidad por él constituida aparecen con toda nitidez en el momento en que se discute su existencia. El discípulo de Cohen pone un ejemplo; supongamos -dice Kelsen- un Estado monárquico en el que un grupo de hombres pretende substituir, mediante un acto de fuerza, el régimen vigente por el republicano, y ocupar el lugar del gobierno legítimo. Si ese grupo consigue su intento, es decir, si el orden antiguo cesa de ser eficaz y el nuevo orden adquiere cierto grado de real eficacia, desde el momento que la conducta efectiva de los hombres (sobre los cuales pretende valer el orden nuevo) no responde al orden antiguo sino al nuevo, entonces este orden nuevo es ya un orden jurídico, los actos realizados en ejecución del mismo son actos jurídicos y los hechos cometidos con infracción de sus reglas son ilegalidades o delitos. Entonces, también se presupone una nueva norma fundante: ya no es aquella que delega, como autoridad jurídica, en el monarca, sino la que delega en el gobierno revolucionario la creación de Derecho. Pero si el intento fracasare, porque el orden creado por aquél grupo, no ejerciese el menor influjo sobre las conductas, el acto por él realizado no habría que interpretarlo como "constituyente", sino como delito de alta traición; no como creación, sino como infracción del Derecho; y todo esto, sobre la base del orden antiguo,

cuya validez presupone la norma fundante básica que delega en el monarca la facultad de creación jurídica. Si se pregunta cómo se determina el contenido de la norma fundante, he aquí lo que resulta de un análisis que examina los juicios jurídicos hasta sus últimos supuestos: con arreglo al hecho que crea aquel orden al cual corresponde, hasta cierto punto, la conducta efectiva de los hombres a los que dicho orden se refiere. Al aludir a los sistemas con primacía del Derecho Internacional, sobre el orden jurídico estatal, Kelsen opina que, no tenemos determinado sino el contenido de un orden jurídico positivo: no el del orden jurídico estatal, sino el del Derecho Internacional, el cual – por su situación de preeminencia sobre los órdenes estatales; en su calidad de orden jurídico que delimita jurídicamente los respectivos ámbitos de validez de aquéllos determina:

- a) que un orden coactivo directamente subordinado al Derecho Internacional es legítimo o bien; que la comunidad constituida por dicho orden tiene calidad de Estado, en el aspecto jurídico internacional, justamente en aquel territorio en el que el orden ejerce una real influencia, de modo permanente;
- b) que también aquel gobierno que ha alcanzado el poder a consecuencia de una revolución o de un golpe de Estado, debe considerarse como gobierno legítimo, en el sentido del Derecho Internacional, si es capaz de

lograr una obediencia durable para las normas por él establecidas. Este principio es el que determina a la norma fundante básica de un orden jurídico estatal.¹¹⁷

De lo anteriormente expuesto, sobre la norma fundante básica, queda claro que las normas constitucionales derivan de un poder normativo que es el constituyente que es el poder supremo u originario o último del ordenamiento jurídico, el cual a su vez es producto de la norma fundante básica que no es expresa pero existe siendo el fundamento de legitimidad de todo sistema. De esta manera, la norma fundante básica atribuye al constituyente el poder de producir normas jurídicas siendo en consecuencia; el presupuesto de nuestra obediencia a la Constitución y a las leyes derivadas de la misma. Así mismo, lo que determina que una norma sea válida, esto es que pertenezca al sistema, implica sostener que la misma haya sido dictada por una autoridad que detente legítimamente el poder de producir normas jurídicas. La legitimidad de la norma jurídica de grado en grado nos lleva a la legitimidad del poder supremo, que a su vez la obtiene, de la legitimidad de la norma fundante básica la cual; da unidad y coherencia al ordenamiento jurídico y es el fundamento de validez de todas las normas y es la fuente última de todo poder.

¹¹⁷Kelsen, Hans, op. cit., pág. 226 y 227.

Pero, quien se pregunta por la legitimación de la norma fundante básica se tiene que salir del sistema habiendo -en opinión de Bobbio- cuatro respuestas:

- a) La tesis del racionalismo teológico que afirman que el fundamento de la norma fundante básica se encuentra en el poder normativo divino, siendo el legislador constituyente un delegado de Dios.
- b) La tesis del racionalismo del Derecho Natural que postula que el fundamento de la norma fundante básica se encuentra en las leyes naturales que derivan de la razón de los hombres porque por ella les ha sido revelada. La razón ordena a los hombres obedecer a los gobernantes lo cual; es una ley natural.
- c) Tesis de la convención originaria en la cual se estima que la legitimidad de la norma fundante básica radica en la convención originaria y por la cual; se obedece al poder constituido o sea, por cumplirse con el contrato social o por el acuerdo de voluntades entre los hombres, siendo la voluntad colectiva el fundamento de la citada norma.
- d) La tesis limitativa de H. Kelsen y de Alf Ross que -como establece Bobbio- atienden al problema de la existencia del ordenamiento jurídico y no; a su justificación para definir al Derecho y postulan, que

se obedece al poder originario porque la norma fundante básica dispone que el poder referido, es el conjunto de fuerzas políticas que tomando ventaja en un momento histórico determinado, instauran un nuevo ordenamiento jurídico y así; Kelsen definiendo al Derecho como un ordenamiento coercitivo y; por su parte Ross; como un sistema de normas que se refieren a la aplicación de la fuerza y no; a su protección por medio de la fuerza, cometen -en opinión de Bobbio, la cual comparto plenamente- el error de considerar a la fuerza el objeto de la reglamentación jurídica y no; el instrumento para garantizar la eficacia del derecho, la cual reposa un poco en la fuerza y otro; en el consentimiento de los sujetos de Derecho por la adhesión espontánea que es un principio elemental para el jurista italiano.¹¹⁸

5) La Jerarquía Normativa Del Sistema Jurídico.

La Estructura escalonada del orden jurídico se encuentra configurada en la Teoría Pura del Derecho de la siguiente manera:

- a) Constitución y Legislación (Federal).
- b) Legislación ordinaria.
- c) Ordenanzas Reglamentarias.

¹¹⁸Bobbio, Norberto, op. cit., p. 125, 130 y 131.

d) Normas jurídicas individualizadas: Resoluciones Judiciales y Administrativas, negocios jurídicos (contratos) y testamentos.

Como decíamos anteriormente, la estructura escalonada del orden jurídico débese a la teoría de la jerarquía normativa elaborada por Adolph Merkl para quien, son tan jurídicas tanto las normas generales y abstractas, como las individualizadas o particulares concretas, como las resoluciones judiciales, las administrativas y los negocios jurídicos o testamentos.¹¹⁹ Tales normas especiales son -como dice Merkl- la individualización de preceptos generales. El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transfórmase en concreta y una norma general se individualiza, lo denomina el jurista citado, “aplicación”. Si examinamos el derecho a la luz de su aplicación descubriremos -dice Adolph Merkl- el criterio que permite establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquél, y entre éstas y los actos jurídicos.

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. (Esto coincide con la relación de supra y subordinación de la que habla Kelsen en su Teoría Pura del Derecho).¹²⁰ Toda situación jurídica hállase condicionada por una norma

119 Cfr. Kelsen, Hans, La Teoría Pura del Derecho, pág. 267. Para corroborar que la novedad de considerar al negocio como hecho productor del Derecho no es de Kelsen sino de Merkl.

120 Kelsen, Hans, op. cit., p. 207 y 208.

abstracta. Las de general observancia, que en relación con los actos jurídicos son condicionantes, encuéntrase, a su vez, condicionadas por otros preceptos de mayor rango. Una norma es condicionante de otra, cuando la existencia de ésta depende de la de aquélla. Los actos jurídicos son condicionados por las normas del Derecho, porque tanto la formación cuanto la validez y consecuencias de los mismos derivan de dichas normas, y en ellas encuentran su fundamento. La existencia de un contrato está condicionada por ciertas disposiciones de carácter general que establecen las formas de contratación, las reglas de capacidad, los requisitos de validez y las consecuencias jurídicas de los diversos negocios. Un negocio jurídico concreto, que en relación con tales normas se halla en un plano de subordinación, constituye, relativamente a las partes, y por lo que toca a las consecuencias de Derecho, una norma o conjunto de normas determinantes. En este sentido, se dice que los contratos son ley para quienes lo celebran. Dicha ley, según la terminología de Merkl y Kelsen, es condicionante de las consecuencias del negocio, las cuales a su vez, se hallan condicionadas por ella.¹²¹

Toda norma constituye, relativamente a la condicionante de que deriva, un acto de aplicación, o de ejecución; como lo llaman Kelsen y Bobbio.

El orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están

subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, constituye un acto de aplicación.

Todas las normas generales o individualizadas, abstractas o concretas, poseen dos caras; si se las examina desde arriba, aparecen como actos de aplicación; si desde abajo, como normas.¹²²

Pero ni todas las normas ni todos los actos ofrecen tal duplicidad ya que, el ordenamiento jurídico no es una sucesión interminable de preceptos dominantes y actos determinados; algo así como una cadena compuesta por un número infinito de eslabones, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero es denominado por Kelsen norma fundante básica; y el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias.¹²³

La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría: es la norma fundante básica presupuesta.

Por su parte, los actos postreros de aplicación carecen de significación normativa, ya que representan la definitiva realización de un deber jurídico (un ser o acto de creación, por consiguiente).¹²⁴

El orden jurídico, en su estructura jerárquica normativa se compone de los siguientes grados:

1. Normas Constitucionales.

2. Normas Ordinarias.

3. Normas Reglamentarias.

4. Normas Individualizadas.¹²⁵

Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiérense a situaciones jurídicas concretas.

Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación o ejecución de los preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias, y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo cuando una sentencia se funda en un contrato.¹²⁶

Transcrita la teoría de la jerarquía normativa elaborada por Merkl y, de la cual hace un magnífico resumen el Maestro García Máynez al grado de hacerse imposible sintetizar lo sintetizado para una adecuada comprensión de la estructura escalonada realizada por Kelsen, sólo me resta hacer algunas precisiones con relación a este tema, que se encuentran en la Teoría Pura del Derecho y que son las siguientes:

121, 122, 123, 124, 125, 126. Cfr. García, Máynez E. op. cit. p. 83 y sigs. y véase también De A. Merkl, Estudios Sobre Teoría Pura Del derecho, Viena, 1931.

1) Tocante a la Constitución, legislación y jurisdicción, Kelsen establece que el Derecho regula su propia creación, esto es, la unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación. Pero el orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas unas al lado de las otras -advierte el jurista vienés-¹²⁷, sino una serie o construcción escalonada de normas supra y subordinadas que se pueden representar, del modo siguiente: El grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la constitución que en sentido material tiene, como función esencial, determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación. El grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo o consuetudinario, aclarando que la costumbre es fuente del Derecho, si además de la práctica constante y de la convicción de su obligatoriedad, por los miembros de una comunidad; es reconocida por el poder público.¹²⁸ La función de esas normas generales creadas por el procedimiento legislativo o consuetudinario; estriba -en opinión de Kelsen- no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino en esencia, también el contenido de las normas jurídicas individualizadas, creadas de ordinario por los tribunales y las Autoridades

127 Kelsen, Hans, op. cit., p. 208.

128 Kelsen, Hans, op. cit. p. 235 a la 238.

administrativas.¹²⁹ En este punto, conviene señalar que Kelsen también atribuye a los funcionarios judiciales la producción de normas jurídicas generales, cuando elaboran un precedente para la resolución de casos iguales siendo producto de una solución judicial de un caso concreto que se convierte en obligatoria para los demás casos análogos.¹³⁰

La función de la sentencia, como individualizadora de la ley general abstracta, es para el jurista vienés de carácter constitutivo y no, declarativo porque con las resoluciones judiciales se hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la norma general; por el contrario; se crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él y verifica en concreto dicho enlace.¹³¹

En el paso de la ley ordinaria a la resolución judicial, nos dice Kelsen que encontramos dos límites marcados por el Derecho substancial y el Derecho formal, esto es, la actividad del juez está limitada en cuanto a la materia por leyes del Derecho substancial y; la misma actividad está limitada al órgano jurisdiccional en cuanto al procedimiento por leyes del Derecho Adjetivo o Formal.¹³²

129 Kelsen, Hans, op. cit., p. 246.

130 Kelsen, Hans, op. cit., p. 258.

131 Kelsen, Hans, op. cit., p. 246 y 240.

132 Kelsen, Hans, op. cit., p. 240.

2) Con relación a las diferencias que existen entre la Ley Ordinaria y la ordenanza reglamentaria señala Kelsen que la primera es producto de la Delegación que hace la Constitución al órgano legislativo para producir normas generales en un parlamento (Congreso) elegido por el pueblo, mientras que las segundas, hayan su fundamento en las leyes ordinarias que a su vez delegan la producción de leyes reglamentarias en los organismos administrativos para hacer más inteligibles las disposiciones legales generales ordinarias.¹³³

3) Finalmente; en lo que versa sobre los negocios jurídicos, que concibe como normas jurídicas individualizadas, al igual que Merkl, al lado de las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas, y que se caracterizan por prevalecer, en dichos contratos, en su paso por la ley ordinaria al negocio jurídico, porque en ellos prevalecen los límites formales sobre los substanciales o materiales ya que, las leyes ordinarias a las cuales se encuentran supeditados, tales actos jurídicos, están más destinadas a regular cómo deben llevarse a cabo los negocios jurídicos, para que produzcan consecuencias jurídicas que a la materia que se debe desarrollar. Es importante destacar, que Kelsen señala que la individualización y concreción de las normas generales no se realiza directamente en ciertos dominios

133 Kelsen, Hans, op. cit., p. 239.

jurídicos (por ejemplo en el Derecho Civil) mediante un acto de un órgano profesional del Estado, como por ejemplo, el acto de la sentencia. En las normas de Derecho civil aplicables por los tribunales -nos dice el jurista vienés- se intercala entre la ley y la sentencia el “negocio jurídico”, el cual respecto del hecho condicionante, realiza una función individualizadora. Delegadas por la ley, las partes se dictan normas concretas de su conducta recíproca; normas que estatuyen un comportamiento mutuo, cuya infracción constituye el hecho de que los tribunales han de establecer para enlazarle, en la sentencia, la consecuencia jurídica de la ejecución civil.

La última fase de este proceso creador de Derecho, que tuvo su origen en el acto constituyente, es la realización del acto coactivo de la sanción.¹³⁴

De todo lo anterior; Kelsen proporciona un espléndido resumen para explicar que ha superado la antítesis entre la creación y la aplicación jurídica que hacía la teoría jurídica tradicional porque, como hemos visto, la mayoría de los actos jurídicos son, al propio tiempo, actos de creación y de ejecución jurídica. Así, por ejemplo, señala el jurista vienés el primer acto constituyente -el acto supremo de la creación jurídica- es ejecución de la norma fundante básica; la legislación -es decir la creación de normas generales- es aplicación de la constitución histórica que soporta la norma

134 Kelsen, Hans, 1264 a la 269.

fundante; la sentencia judicial y la resolución administrativa -actos creadores de normas jurídicas individualizadas- son ejecución de la ley; la realización del acto de coacción es la ejecución de las disposiciones administrativas y de las sentencias judiciales. El acto coactivo tiene el carácter de pura ejecución; así como el supuesto de la norma fundante básica constituye pura creación. Así, de modo especial, el negocio jurídico se intercala sin ser opuesto en calidad de acto de aplicación de Derecho a la legislación, como acto creador del mismo, estando equivocados los teóricos tradicionales del Derecho; pues la ley como el negocio jurídico, aplican y crean derecho al mismo tiempo. En este contexto, conviene distinguir que sólo la producción y la aplicación del Derecho son funciones propiamente jurídicas en la estructura escalonada del orden jurídico en la que es intrascendente -en opinión de Kelsen- hablar del acatamiento al Derecho el cual no es una función jurídica en este sentido, sino tan sólo el seguimiento de la conducta contraria a aquella a la que se ha enlazado el acto coactivo sancionatorio.¹³⁵

¹³⁵ Kelsen, Hans, op. cit., p. 243 a la 246.

6) La Posición Del Derecho Internacional En La Estructura Escalonada Del Orden Jurídico.¹³⁶

Dado que Kelsen estima el hecho de que no hay un solo orden jurídico estatal válido, sino una pluralidad de tales órdenes coordinados entre sí y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez, y admitiendo que es el Derecho Internacional que el realiza dicha coordinación y dicha delimitación, no hay más remedio que considerar -para el jurista vienés- que el Derecho Internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, a los cuales integra en una comunidad jurídica universal; quedando garantizada de este modo la unidad de todo sistema jurídico en un sistema de zonas jurídicamente escalonadas coordinados por una norma de Derecho Positivo Internacional, cuando opera la primacía del Derecho Internacional sobre el orden jurídico estatal, en caso contrario, esto es; si opera la primacía del orden jurídico estatal sobre el Derecho Internacional, la unidad de su sistema en el ámbito internacional, toda vez que ha sido reconocido tal Derecho en su constitución, reposará en la norma fundante básica que reza: “... los Estados deben comportarse en sus relaciones recíprocas debiendo ejercer -ante la infracción de las normas internacionales- la coacción de un Estado contra otro, bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada...”. Tal norma fundante básica

¹³⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 225 a la 228.

-expresa Kelsen- establece a la costumbre interestatal como un hecho productor de normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros de una comunidad internacional.¹³⁷

Sobre el particular, llama poderosamente la atención que, el hacedor de la Constitución de Weimar, reconozca a la revolución como un procedimiento de producción de Derecho a legitimarse por el Derecho Internacional, dado que ello, debiera ser inaceptable para él, conforme a su promesa metodológica, de explicar el origen de todo Derecho Nacional, o internacional, bajo el enfoque estrictamente normativo, sin impurezas sociológicas (como los hechos revolucionarios).

4.2.2. La Coherencia Del Sistema Jurídico Entre Las Normas y Con Relación Al Mismo: La Interpretación Judicial.

La coherencia de un ordenamiento jurídico, consiste en saber si el mismo, constituye un sistema, esto es, una totalidad ordenada en cuanto a las normas que lo compongan y entre éstas y el sistema.¹³⁸

Las normas de un sistema jurídico deben llevar relaciones de coherencia, entre sí, o sea, no contradecirse en sus modalidades normativas porque se generan problemas de interpretación al juez, al lado de los de

¹³⁷ Kelsen, Hans, op. cit., p. 227.

¹³⁸ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 189.

vaguedad y ambigüedad que presentan las normas jurídicas.

La interpretación judicial, conlleva, en la vía gramatical, el proceso por medio del cual se trata de desentrañar el sentido o significado de una expresión normativa. La ley general, abstracta e impersonal que debe individualizarse mediante una sentencia judicial o resolución administrativa, es indeterminada habiendo un sinfín de técnicas propuestas por diversos y destacados juristas para resolver los problemas de insuficiencia de la ley.

Hans Kelsen, al considerar al Derecho como un “sistema” de normas jurídicas coactivas, se enfrenta a tratar de que el mismo pueda constituir una totalidad de normas en las que se subsanen los problemas de contradictoriedad o antinomias que se presenten en las mismas y con relación al sistema para que éste sea coherente y; que el mismo sea completable negando, como se verá más adelante, la existencia de las lagunas en las normas jurídicas.

En un sistema estático las normas están relacionadas entre sí como las proposiciones de un sistema deductivo partiendo de una norma, o más, de carácter general; teniendo la misma función que los axiomas en un sistema científico.

Por el contrario, en un sistema dinámico las normas, derivan unas de otras, por la autoridad que las ha creado o bien; por delegación sucesiva de

poder, (recuérdese la estructura escalonada del orden jurídico de Kelsen que es indispensable para entender su teoría sobre la interpretación judicial).¹³⁹

De lo anterior, se concluye que mientras en el sistema estático las normas se encuentran correlacionadas materialmente con un deber; en cambio en el sistema dinámico -como nos señala Bobbio- las normas se encuentran correlacionadas formalmente con un poder, esto es, las normas se derivan unas de otras por la autoridad que las ha creado.

Para Kelsen los órdenes morales son estáticos y los jurídicos son sistemas dinámicos lo cual, es inaceptable para Bobbio, porque la pertenencia de una norma al sistema jurídico no sólo consiste en saber cómo ha sido impuesta la norma o de dónde deriva sino también; atendiendo a la conducta que regula pero Kelsen; sólo fija su atención en la forma de las normas y de éstas sólo atiende, o da prioridad, a las de carácter secundario.

Con relación al problema de la interpretación; se abordará la teoría propuesta por Kelsen y, la del jurista italiano, por centrarse más éste en las dificultades que se presentan al juez, a virtud de los contenidos o modalidades normativas que encierran las normas jurídicas y que, entran en contradicción, generando impedimentos al juez para individualizar, correcta y rápidamente, la norma general abstracta.

139 Bobbio, Norberto, op. cit., p. 190.

En la Teoría Pura Del derecho, Kelsen aborda los siguientes temas a virtud de la interpretación judicial:

- 1) El Objeto y Motivo De La Interpretación.
- 2) La Clasificación De La Interpretación En Auténtica y No Auténtica.
- 3) La Indeterminación Internacional, Por Parte Del Legislador, En El Acto De Aplicación a Ejecutar Por el Juez.
- 4) El Derecho Aplicable Como Un Marco Dentro Del Cual Hay Varias Posibilidades De Aplicación.
- 5) El Cuestionamiento De Los Llamados “Métodos De Interpretación”.
- 6) La Interpretación Como Acto De Conocimiento o Voluntad.
- 7) La Interpretación En La Ciencia Del Derecho.

1. El Objeto y Motivo De La Interpretación.

La teoría de la estructura escalonada del orden jurídico es de fecundas consecuencias para el problema de la interpretación en la que las normas, al encontrarse, como se vió anteriormente, correlacionadas formalmente con un poder del que se producen, deberán interpretarse tomando en consideración a las autoridades que las han creado. Así Kelsen establece que “... la

interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación, en su tránsito de una grada superior a una inferior ...”¹⁴⁰

De esta manera tenemos, en condiciones normales, que considerar en la interpretación de la ley cómo deducir de la misma, en la aplicación que haga de ella el juez al caso concreto, la correspondiente norma jurídica individualizada de una sentencia judicial o de un acto administrativo.

Así mismo se deben considerar la interpretación de la Constitución y la de las normas jurídicas individualizadas. En el primer caso, se tiene que analizar cómo ha de ser aplicada o ejecutada en los grados inferiores, tanto en el procedimiento legislativo; como en las ordenanzas de necesidad o en cualquier otro género de actos directamente constitucionales.

En el segundo caso, se deberá realizar una interpretación de todas las normas, puesto que todas han de ser aplicables, ya que el proceso de creación y ejecución pasa de una grada a otra en dicha estructura escalonada del orden jurídico.

2. La Clasificación De La Interpretación En Auténtica y No Auténtica.

Kelsen considera dentro de la Interpretación auténtica la realizada no sólo por el legislador sino también; la llevada a cabo por los órganos de

¹⁴⁰ Kelsen, Hans, op. cit. p. 349.

aplicación de la norma general a casos concretos.¹⁴¹ Dentro de la interpretación no auténtica comprende tanto la privada como la de carácter jurídico-científico que realizan los teóricos del Derecho por no ser obligatoria o producir efectos para nadie.

3. La Indeterminación Intencional, Por Parte Del Legislador, En el Acto De Aplicación A Ejecutar Por El Juez.

Sobre la indeterminación, Por Parte Del Legislador, en la ley general para las condiciones de su aplicación por parte del juez para individualizarla a efecto de aplicarla al caso concreto Kelsen establece que la misma es relativa, a veces intencional o, producto de la negligencia o descuido del legislador, siendo no intencional.

La anterior clasificación la hace atendiendo a que es necesaria la indeterminación en la ley, por parte del legislador, para dejar un mayor ámbito de discrecionalidad al juez en la resolución de los conflictos sometidos a su consideración. Sin embargo; el jurista austriaco no deja de reconocer que hay problemas de ambigüedad y de antinomias en las normas jurídicas por indeterminaciones del legislador que, aunque no son intencionales, plantean problemas al juez en la individualización de las normas abstractas.

141 Kelsen, Hans, op. cit., p. 349, 354 y 3355.

De esta manera, el jefe de la Escuela de Viena, comienza por señalar que la relación entre una grada superior y una grada inferior del orden jurídico, (por ejemplo entre la Constitución y la ley, o entre la ley y la sentencia judicial), es una relación de determinación o vinculación: la norma de grado superior regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior (o el acto de ejecución, según los casos); así pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual ha de crearse la norma, sino que, eventualmente, prescribe también cuál, ha de ser el contenido de la misma. En la relación entre la Constitución y la ley predomina la regulación del procedimiento; sin embargo, hay también la determinación del contenido de algunas leyes futuras: la regulación constitucional de los derechos fundamentales y de libertad que constituyen un intento de determinar, al menos negativamente, el contenido de algunas leyes, prohibiéndoles ciertos contenidos (ataques a la libertad y la propiedad). En la relación entre la ley y la sentencia judicial o el acto administrativo, hállanse equilibradas la regulación del procedimiento y la del contenido de la norma inferior; la norma inferior está determinada tanto por lo que afecta al procedimiento en el cual es creada, como respecto de su contenido (Derecho material, civil, penal y administrativo).

Pero esta determinación, sin embargo, "... nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutar una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C, el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever..."¹⁴²

Posteriormente, Kelsen se refiere a la indeterminación intencional de las gradas inferiores estableciendo que, todo acto de ejecución o de creación, realizado para la aplicación de una norma, se encuentra en parte, determinado por ésta, pero queda indeterminado. Esta indeterminación puede ser intencionada y consciente por parte del órgano creador de la norma de orden superior, y referirse al hecho condicionante como a la consecuencia, esto es, tanto al "cómo" cuanto al "qué" del acto a realizar. Esta indeterminación

¹⁴² Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 350.

implica que, la creación de una norma meramente general realizase siempre bajo el supuesto de que la norma individual creada en ejecución de aquélla continúa el proceso de determinación que constituye el sentido de la organización escalonada de las normas del derecho. Lo mismo ocurre en el caso de delegación. “... Una ley sanitaria determina que, en caso de declararse una epidemia, los habitantes de una ciudad han de adoptar tales o cuales precauciones y medidas, con objeto de evitar el contagio, castigándose la resistencia a cumplirlas. La autoridad administrativa está autorizada para determinar cuáles han de ser aquellas precauciones y medidas, de modo distinto según los casos...”¹⁴³ La ley penal prevé para el caso de un determinado delito una pena pecuniaria o contra la libertad, y deja al juez la decisión de aplicar al caso concreto una pena u otra, y el grado en que ha de aplicarse, para lo cual fija la ley un límite máximo y un límite mínimo.

Finalmente; y por lo que toca a la indeterminación accidental o no intencional por parte del legislador del acto de aplicación de derecho, el profesor visitante de la Universidad de Harvard señala que la indeterminación del acto jurídico puede ser también la consecuencia inevitable de la estructura de la norma que ha de ser ejecutada por el acto en cuestión. Preséntase, ante todo, el caso de los distintos sentidos que puede tener una palabra, o la frase

143 Kelsen, Hans, op. cit., p. 330.

en que se expresa la norma: el sentido gramatical de la norma no es unívoco; quien ha de ejecutar la norma se encuentra ante múltiples significaciones de la misma (problema de ambigüedad y vaguedad de las normas).

Ante la misma situación se encuentra el ejecutor de la norma cuando piensa que existe una discrepancia entre su sentido gramatical y la voluntad del legislador que la creó; si bien se puede prescindir de determinar de qué modo puede averiguarse dicha voluntad. En todo caso hay que admitir que es posible investigarla recurriendo a una fuente distinta de la traducción gramatical de la norma, si se considera que ésta no responde realmente a la voluntad del legislador. Por último; Hans Kelsen se refiere al problema de las antinomias, al señalar que la indeterminación del acto jurídico realizado en ejecución de una norma, puede ser una consecuencia del hecho de que las normas que pretenden vigencia simultánea se contradigan en todo o en parte (por ejemplo, porque se hallan contenidas en una misma ley).¹⁴⁴

En este punto considero de gran utilidad la incorporación de la clasificación que hace Bobbio sobre las incompatibilidades que existen entre las normas y las soluciones que se proponen a las mismas. Ello obedece al hecho de que el jurista italiano centró más su atención en el contenido de las disposiciones jurídicas y evidenció la despreocupación que tuvo con relación

¹⁴⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 351.

a las modalidades normativas el jurista vienés.

Para el neo-iluminista turinés, se está ante una antinomia jurídica, cuando entre dos normas incompatibles, pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico y; el mismo ámbito de validez, se dan tres casos:

- 1) Contrariedad entre la norma mandante y la norma prohibitiva, operando la regla, entre dos contrarias, de que como ambas no pueden ser verdaderas; ambas pueden ser falsas.
- 2) Contradictoriedad entre la norma mandante y la norma permisiva negativa).
- 3) Contradictoriedad entre la norma prohibitiva y la norma permisiva positiva.

Para los casos de normas contradictorias, opera la regla de que ambas no pueden ser al mismo tiempo ni verdaderas ni falsas.¹⁴⁵

Existen tres criterios para resolver una antinomia:

- 1) El cronológico y por el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior, atentos al principio de la jurisprudencia romana, que enuncia que la ley posterior, deroga a la precedente "lex posterior derogat priori".
- 2) El jerárquico, por el cual la incompatibilidad entre una norma de

¹⁴⁵ Bobbio, Norberto, op. cit., p. 196 y siguientes.

superior jerarquía y otra de inferior rango, se resuelve en favor de la primera conforme a la regla “lex superior derogat inferiori”.

- 3) Finalmente; se tiene el criterio de especialidad; que en el caso de una contraposición entre una disposición jurídica de carácter general y una norma de carácter especial prevalece ésta sobre aquella en virtud del principio que establece “lex specialis derogat generali”.

Ahora bien; es menester señalar, que la aplicación de estos criterios permite resolver todos los supuestos de antinomias simples mas no; los casos se antinomias complejas como se verá más adelante.

De momento, es importante tener presente que el criterio más débil es el cronológico, le sigue el de especialidad siendo el más fuerte el jerárquico. Pero, entre una norma anterior de superior jerarquía, que es incompatible con una norma especial de inferior jerarquía, teóricamente y por respeto al derecho, debe prevalecer la norma de superior jerarquía, sin embargo; en la práctica y por exigencias de justicia, se aplica la especial. Por lo tanto, se pueden presentar conflictos de criterios entre el jerárquico y el cronológico, imponiéndose el jerárquico y; entre el cronológico y el de una norma especial prevaleciendo el de la ley especial.

Ahora bien, si son insuficientes los anteriores criterios, el juez puede resolver así:

- 1) Eliminando una de las normas incompatibles. En este caso estamos ante una abrogación simple, metafóricamente hablando, ya que el juez no anula la norma del sistema, sino que sólo aplica una.
- 2) Eliminando las dos normas incompatibles lo cual, nos coloca frente al caso de la abrogación doble, que opera cuando la incompatibilidad entre dos normas contrarias, por ejemplo; entre mandato y prohibición, se resuelve en favor de la conducta permitida atentos a la regla de que como no pueden dos contrarias ser ambas verdaderas pero sí falsas, por lo tanto; se excluyen ambas y se aplica la norma permisiva.
- 3) No eliminando ninguna de las dos normas incompatibles y aquí; el juez lleva a cabo una interpretación correctiva eliminando la incompatibilidad que existe entre ambas y no; una o dos de las normas incompatibles, lo cual; logra suprimiendo del texto lo que esté de más, por lo tanto; procede conciliando de dos incompatibilidades, las compatibilidades posibles.

Con relación a la clasificación de las antinomias, Bobbio reconoce las siguientes:

- I) Las propias que pueden ser de 2 tipos:
 - a) Aparentes o solubles.- Son las que tienen solución, por ejemplo;

cuando se impone el criterio de la ley especial sobre la general.

1) Las reales o insolubles.- Son las que se presentan al juez, cuando hay conflicto entre los diversos criterios y son de 3 especies:

a) Antinomia total-total.- Es aquella en la que existen dos normas incompatibles que tienen el mismo ámbito de validez y la aplicación de una o de la otra genera conflicto, por ejemplo; entre una norma prohibitiva y una norma mandante. En este caso, señala Bobbio, que se puede aplicar la regla de los contrarios y, como ambas no pueden ser verdaderas pero sí falsas por lo tanto; se anulan ambas normas y por exclusión se aplica la norma permisiva; llevándose a cabo una abrogación metafórica doble.

b) Antinomia parcial-parcial.- Es aquella en la que existen dos normas incompatibles que tienen el mismo ámbito de validez común en una parte pero diverso en otra, habiendo un campo de aplicación en conflicto y otro que no está en conflicto. En este caso el juez lleva a cabo una interpretación correctiva; conciliando de dos incompatibilidades las compatibilidades posibles.

c) Antinomia total-parcial- Es aquella en la que existen dos normas incompatibles que teniendo el mismo ámbito de validez, una lo tiene más amplio y la otra más restringido. En este caso, el juez lleva a cabo una interpretación extensiva o bien; restringida, según el problema planteado, y

lleva a cabo una abrogación metafórica simple, esto es, no anulando la norma del sistema sino aplicando sólo una y así, por ejemplo; entre el conflicto que existe entre una norma general y una especial, aplica esta última.

II) El segundo tiempo de antinomias, lo constituyen las impropias o ideales que en -en opinión de Bobbio- son intrascendentes para el juez, debiendo ser resueltas por el legislador ya que suponen un conflicto entre el sistema que es y el que debiera ser. Dichas antinomias son de 3 clases:

- a) Las de principio.- Tienen su origen en las incompatibilidades de las fuentes que les dan origen.
- b) Las de valoración.- Tienen su origen en la injusticia y provocan normas desiguales como en los casos en los que existe una pena menor para un delito mayor y una pena mayor para un delito menor.
- c) Finalmente; existen las antinomias teleológicas, que tienen su origen en el conflicto entre el orden jurídico que existe y el idealizado por los destinatarios de las normas o sujetos de Derecho. En este caso, Bobbio apunta a la consideración de encontrarnos más con un problema de lagunas que de antinomias que debe ser resuelto, en todo caso, por el legislador.

4. El Derecho Aplicable Como Un Marco Dentro Del Cual

Existen Varias Posibilidades De Aplicación.

El cuarto tópico, abordado en la Teoría Pura del Derecho, con relación a la interpretación judicial es el relativo al marco de los actos jurídicos de ejecución. Para Kelsen, el acto jurídico de ejecución puede responder a una u otra de las significaciones gramaticales de la norma o bien; puede estar de acuerdo con la supuesta voluntad del que creó dicha norma, o atenerse a la letra de la misma; o bien puede realizar uno u otro de sus sentidos antitéticos; o en fin, puede decidirse de manera como si las normas opuestas se hubiesen derogado mutuamente.

“... En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única respuesta correcta -como erróneamente lo consideran los teóricos de la jurisprudencia tradicional- sino posiblemente a varias, todas las cuales -en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en Derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de Derecho, en especial, en el acto del Tribunal.

Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad otra cosa más que es “una” de las normas individuales y no; la norma individual única siendo, dichas normas, producidas dentro del marco ofrecido por la norma general...”¹⁴⁶

De lo anteriormente transcrito, se palpa la indignación de Kelsen hacia los juristas que plantean el proceso de interpretación, llevado a cabo por el juez, como un acto puramente racional sin tomar en cuenta el aspecto volitivo, que permite elegir dentro de varias posibilidades brindadas por la norma general, y además, el jurista vienés desmiente el hecho de que la tarea del juez consista en obtener “una decisión recta fundada en ley, en el proceso de aplicación de la norma jurídica al caso concreto, dado que, la interpretación de la ley, no tiene que llevar a una decisión única necesariamente, como si ella fuese justa y recta, sino a varias decisiones, cada una de las cuales (desde el punto de vista de la norma que aplican) posee idéntico valor que las demás, con la diferencia de que sólo una de ellas, llega a ser Derecho positivo en la sentencia judicial.

De esta manera, queda claro que la función judicial, en este aspecto, no es meramente racional ni mágica al grado tal, de encontrar una opción correcta inmersa en el derecho positivo. La interpretación judicial, conlleva

¹⁴⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 351 y 352..

un proceso racional y volitivo por el cual el juez, entre las posibilidades que le brinda la norma general, elige una de tantas para la resolución del caso individual sometido a su consideración; independientemente de que la misma sea justa o injusta, recta o no; es la aplicable al caso concreto por elección del juez y no es la única es una más de las normas individualizadas para la resolución del caso.

5. El Cuestionamiento De Los Llamados “Métodos De Interpretación”.

Para el discípulo de Cohen, es inútil que la jurisprudencia tradicional se empeñe en encontrar el método jurídico-positivo según el cual sólo una de las distintas significaciones gramaticales de la norma pudiera ser considerada como “justa” o “recta”. Así, todos los métodos de interpretación, desenvueltos hasta hoy; nos señala Kelsen, no han llevado, dentro de las varias posibilidades, a elegir por el juez, en la norma general, más que a una solución posible pero nunca a un único resultado justo.

Desde el punto de vista jurídico, el jurista vienés sostiene que “... no existe criterio alguno con cuyo fundamento pueda preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable... Todos los métodos interpretativos desarrollados... llevan siempre a un resultado posible, y nunca

un resultado correcto ... Inclinar a la voluntad supuesta del legislador dejando a un lado al tenor literal o viceversa; es desde el punto de vista del Derecho positivo, equivalente por entero, esto es, tanto vale prescindir de la letra o de la voluntad del legislador... si se da el caso de que dos normas de la misma misma ley se contradijeran entre sí, ofrécense a la consideración del intérprete, en un plano de igualdad diversas posibilidades lógicas, antes recordadas... Los medios usuales de la interpretación -argumentum a contrario, analogía, etc.- carecen de todo valor, por conducir a resultados contrapuestos, y no hay ningún criterio para decidir cuándo debe aplicarse uno de ellos y cuándo el otro... A su vez, el principio de la llamada “ponderación de intereses” ... no da un patrón con arreglo al cual, pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos ...¹⁴⁷ Con relación a la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto; Kelsen argumenta que la necesidad de interpretación deriva justamente del hecho de que la norma aplicada o el sistema de las normas deja abiertas varias posibilidades, es decir, no contiene ninguna decisión acerca de la cuál de los intereses en juego, posee un más alto valor, sino que esa decisión, esa jerarquización de los intereses queda más bien encomendada a un nuevo acto de creación normativa, por ejemplo, la sentencia judicial.

¹⁴⁷ Kelsen, Hans, op. cit., p. 352 y 353.

6. La interpretación Como Acto De Conocimiento o De Voluntad.

Para el hacedor de la Constitución de Weimar, la idea básica de la teoría tradicional de la interpretación, según la cual, mediante un acto de conocimiento del derecho ya existente podría deducirse la determinación (no suministrada por la norma superior aplicable) del acto jurídico que precisa realizar, es una idea contradictoria, pues constituye una ilusión que choca con el supuesto de la posibilidad misma de toda interpretación. La cuestión acerca de cuál de las posibilidades existentes en el marco de una norma es la "justa", es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría, sino de política del Derecho, en opinión de Kelsen: En esencia, señala el jefe de la Escuela de Viena, son funciones idénticas las de derivar de la ley la sentencia o acto administrativo justos y la de crear una ley justa dentro del marco de la Constitución. Y así, como interpretando la Constitución no se llega a determinar la ley justa, tampoco la interpretación de la ley, nos dará la justa sentencia. Ciertamente que entre ambos casos, señala Kelsen, media una diferencia, pero meramente cuantitativa, no cualitativa, y consistente tan sólo en que la vinculación material del legislador es mucho menor que la del juez, de donde resulta que aquél crea Derecho con una libertad relativamente mayor que éste. Pero también, nos dice Kelsen, el juez crea Derecho y posee una relativa libertad en su función. Precisamente

por eso, la creación de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley -con el cual se llena de contenido concreto el marco de la norma general-, es una función de la voluntad.

Señala Kelsen, que los comentarios “científicos”, escritos con la intención de servir de base a la ejecución de las leyes, tienen carácter oportunista, son propuestas para comparar la legislación, intentos para influenciar la función creadora de los tribunales y de las autoridades administrativas. Si al aplicar la ley, señala el jurista vienés, se ejercita una actividad cognoscitiva que va más allá de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de moverse el acto que pretende realizarse, no se trata ya del conocimiento del Derecho positivo, sino del conocimiento de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de creación jurídica: son especialmente, las normas de la moral, de la justicia, juicios sociales de valor que acostumbran a expresarse en los tópicos del “bien del pueblo”, “interés del Estado”, “progreso”, etc. Desde del punto de vista del Derecho positivo, nada puede decirse acerca de su validez; tampoco se las puede caracterizar de modo positivo, sino sólo negativamente: son determinaciones que no proceden del Derecho positivo. Por relación a éste, la realización del acto jurídico es libre, esto es, queda a la libre apreciación de la instancia competente para realizarlo. A veces, el Derecho positivo delega en ciertas

normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc.; pero entonces, conviértense en normas positivas del derecho.¹⁴⁸

7. La Interpretación En La Ciencia Del Derecho.

Para el profesor visitante de la Universidad de Harvard, la concepción según la cual la interpretación es un conocimiento del Derecho positivo y, por tanto, un procedimiento para deducir de una norma vigente nuevas normas, es el fundamento de la llamada “jurisprudencia conceptualista”, que también es rechazada por la Teoría Pura del derecho. Esta destruye la creencia de que el conocimiento pudiera crear normas nuevas; dicha creencia, apunta Kelsen, surgió con la necesidad de representarse el derecho como un orden firme que determinaría de modo exhaustivo la conducta humana, especialmente la actividad de los órganos de aplicación del Derecho, en particular los tribunales de justicia; de modo que la función de éstos y, por tanto, la interpretación misma no sería más que el hallazgo de normas ya existentes, que precisaba descubrir mediante un procedimiento especial. Tenemos aquí, una vez más, la ilusión de la “seguridad jurídica”, que la Teoría tradicional del Derecho aspira consciente o inconscientemente, a mantener a toda costa.¹⁴⁹

148 Kelsen, Hans, op. cit., p. 353, 3354 y 355.

149 Kelsen, Hans, op. cit., p. 355.

Así mismo, Kelsen distingue entre las siguientes especies de interpretación:

- 1) La interpretación auténtica que es la realizada por el legislador que tiene por objeto desentrañar el sentido de la ley, siendo obligatoria de manera general.¹⁵⁰
- 2) La interpretación judicial que es la llevada a cabo por el juez para aplicar la norma jurídica al caso concreto y que es obligatoria para las partes en conflicto.
- 3) La científica que es la desplegada por los teóricos del Derecho, que tan sólo expone los significados posibles de una norma jurídica, no siendo obligatoria para el juez.
- 4) La Doctrinal o privada, de carácter jurídico-político que es la realizada por un abogado, un escritor o un particular sobre una disposición normativa, sin obligar a nadie tal interpretación; no debiendo, quienes la realizan, pretender que la tesis de la respuesta única y correcta, que encubre determinados intereses, sea científica.¹⁵¹

150 Kelsen, Hans, op. cit., p. 354.

151 Kelsen, Hans, op. cit., p. 356.

4.2.3. La Completitud o Integridad: El Problema de Las Lagunas y El Principio De Plenitud Hermética Del Orden Jurídico.

Un tercer problema de la técnica jurídica, abordado en la Dinámica Kelseniana, es el de la completitud del Ordenamiento jurídico. Al respecto Norberto Bobbio señala que mientras en un sistema incoherente existen sobre una misma conducta normas que, a la vez, la prohíben y la permiten; en un sistema incompleto o falto de integridad, existen lagunas, esto es, no existen sobre una misma conducta ni normas prohibitivas, ni normas permisivas.¹⁵² De esta manera, queda claro que la coherencia busca excluir toda situación en que dos normas que se contradicen, pertenezcan al sistema y la integridad; busca excluir toda situación por la cual el sistema no contemple dos normas que se contradicen; esto es, evitar la ausencia de normas que prohíben o bien; permiten un determinado comportamiento. Así, falta coherencia, se trata de eliminar las contradicciones existentes por el juez, y si falta integridad se trata de llenar una laguna para que el sistema jurídico, en el primer caso tenga coherencia y en el segundo supuesto, sea completo.

Para Bobbio, como para Kelsen, las lagunas deben colmarse recurriendo a las normas del sistema jurídico y no; a otros ordenamientos normativos, diversos del Derecho positivo, como el Derecho canónico, el Romano, el Natural o el Contemporáneo. Para ambos juristas además, el juez

¹⁵² Bobbio, Norberto, *Teoría General Del Derecho*, op. cit., p. 222 a la 252.

debe y puede resolver toda controversia posible; pues si hay lagunas en la ley; no las hay en el sistema jurídico que cuenta siempre con los mecanismos para resolverlas, atentos al principio de plenitud hermética del Orden jurídico aclarando que no es importante si se resuelve con seguridad jurídica un caso como el hecho de que se resuelva, estando perfectamente cerrado el sistema jurídico como un todo acabado completo y sin lagunas pues en caso de haberlas el juez debe resolverlas.

Con relación al tema que nos ocupa, Kelsen ofrece, en su Teoría Pura del derecho, el desarrollo de los siguientes aspectos:

- 1) La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.
- 2) El Problema De Las Lagunas.
- 3) Las llamadas lagunas técnicas.
- 4) La teoría de las lagunas del legislador.

Nuevamente, incorporaré los mecanismos que existen para colmarlas y que explica brillantemente Bobbio atendiendo a la clasificación que de las mismas hace el jurista italiano.

Posteriormente confrontaré la postura de Kelsen, en torno a la inexistencia de lagunas contra la del teórico argentino Eugenio Bulygin extraída de su magistral obra "Introducción A la Metodología De Las

Ciencias Jurídicas y Sociales” donde materialmente derrumba el ideal de la plenitud hermética del orden jurídico y considera a los sistemas jurídicos abiertos y no; cerrados como el jurista vienés.¹⁵³

1. La Relación Entre La Sentencia Judicial y Las Normas Generales Aplicables.

Al Considerarse la subsunción del caso individual en el caso genérico para la resolución de controversias, Kelsen considera que no hay lagunas para el juez quien, al tener la obligación de fundar conforme a Derecho, sus sentencias, debe usar el sistema de normas que regulan la conducta de los gobernados que no genera obligaciones específicas las cuales devendrán de la resolución judicial, habiendo dos posibilidades, ante la supuesta laguna normativa, para el órgano jurisdiccional.

1) La obligación del juez de condenar cuando del sistema primario se infiera que el demandado tiene la obligación de realizar la conducta sobre la que verse el Proceso. Al condenarlo, cumple, el citado órgano, en opinión de Kelsen, con la obligación genérica de juzgar porque condenar implica haber juzgado.

2) O bien; la obligación del juez de rechazar la demanda, cuando del

153 Bulygin, Eugenio, Introducción A La Metodología De Las ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.

sistema primario se infiera que al demandado le está permitida la conducta que impugna el actor y; también en los casos en que al demandado le esté prohibido el realizar la conducta que el actor pretende que haga. En este caso, como en el anterior, el juez cumple con la obligación de juzgar al dictar sentencia denegatoria porque rechazar la demanda implica una acción de juzgar.¹⁵⁴

De esta manera, Kelsen concluye que no hay lagunas en los sistemas jurídicos porque ellos tienen previstos la obligación de juzgar para los órganos jurisdiccionales quienes cuentan con las posibilidades señalada en la norma genérica. Más adelante se verá cómo sí existen lagunas para el juez y cómo no puede ser la ley fuente dominante para colmarlas, como pretende Kelsen, al estudiar la teoría que sobre el particular, realiza Bulygin.

2. El Problema De Las Lagunas.

Para Kelsen no existen lagunas auténtica en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes, porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. Señala, el jurista citado, que todo litigio consiste en el hecho de que una parte hace valer una pretensión jurídica contra la otra; y la decisión afirmativa o

¹⁵⁴ Kelsen, Hans, op. cit., p. 251 a la 254.

negativa depende del hecho de que la ley, es decir, la norma válida aplicable al caso, contenga o no, el deber jurídico afirmado. Puesto que no hay una tercera posibilidad, siempre es posible una decisión “sobre la base” de la ley, es decir, al aplicar la norma legal. También en el caso de declararse que no ha lugar a la pretensión planteada, aplicase el orden jurídico en vigor. Pues desde el momento que éste obliga a los hombres a una conducta determinada -señala el discípulo de Cohen- les garantiza la libertad ahí donde no les prescribe una obligación. Frente a aquél que pretende de otro la realización de una conducta no estatuida obligatoriamente por las normas vigentes, señala Kelsen, tiene éste un derecho concedido igualmente por el orden jurídico a la no realización de esa conducta; entendiéndose para Kelsen, el derecho, en el sentido de la libertad jurídicamente garantizada., el orden jurídico -continúa el hacedor de la constitución austríaca- no sólo contiene el principio de que se está obligado a una determinada conducta para evitar la sanción, sino también el contrario: se es libre de hacer u omitir aquello a lo que no se está obligado. Esta norma negativa, es la que se aplica cuando se decide negativamente la pretensión de que se realice una conducta no obligatoria.

“... La aplicación del Derecho válido, en estos casos, puede ser vista, como insatisfactoria o injusta, puesto que omite proteger un interés que, desde algún punto de vista, es considerado como digno de protección. Pero como un

orden jurídico no puede proteger todos los intereses posibles, sino determinados intereses..., tenemos entonces, ...que el orden jurídico válido sólo será inaplicable por razones objetivas lógicas y no; por razones subjetivas morales o políticas ...Y, por ende el juez sólo debe actuar como legislador cuando el Derecho exhiba una laguna y por autorización de la ley general...¹⁵⁵

Queda claro, de lo expuesto anteriormente, que, para el jefe de la Escuela de Viena, las lagunas no existen pues no son producto más que de la diferencia que priva entre el Derecho positivo y el orden idealizado, esto es, el tenido por mejor y más justo. Por ello, no pueden -en opinión de Kelsen-, pensarse en colmarlas a través de la interpretación. De esta manera, la interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma sino, al contrario, la de eliminarla, para poner en su lugar la norma mejor y más justa, es decir la norma deseada por el encargado de la aplicación. Así, considera Kelsen, que bajo las apariencias de “complementar” el orden jurídico, se suprime la norma primitiva y se la substituye por una nueva norma. A esta ficción, señala el profesor de la Universidad de Berkeley, se recurre particularmente, cuando por cualquier motivo es difícil o imposible la modificación de la norma general; ya porque se trate de Derecho Consuetudinario -el cual no se

¹⁵⁵ Kelsen, Hans, op. cit., p. 252 y 257.

modifica por un procedimiento racional-, o porque se considere a las normas vigentes como “santas” o de origen divino o finalmente; porque sea difícil o imposible poner en movimiento el aparato legislativo.

3. Las Llamadas Lagunas Técnicas.

Aparte de las lagunas auténtica Kelsen critica a los que sostienen que existen también las llamadas lagunas técnicas que existen cuando el legislador ha omitido la regulación de algo que debió haber sido regulado para hacer técnicamente posible la aplicación de la ley y que -en opinión del jurista en comento- no son lagunas propiamente dichas por tan sólo evidenciar el conflicto entre el Derecho positivo y el Derecho deseado. Así, cuando la ley determina la fuerza obligatoria de compraventa sin prescribir quién soporta el riesgo cuando la cosa vendida pereciere, sin culpa de las partes, antes de su entrega en realidad, señala Kelsen, no es que el legislador no determine “nada” sino que no determina que el vendedor quede libre de la obligación de entregar la mercancía o de indemnizar no cumpliéndose el anhelo de que se libere al vendedor de los riesgos que surjan.

También, en el segundo caso de lagunas técnicas, que opera cuando en el ordenamiento jurídico se ha omitido reglamentar los contenidos mínimos que una ley de superior jerarquía le exige por ejemplo; cuando una ley

determina que un órgano debe ser creado mediante elección pero no regula el procedimiento electoral, o bien; cuando una ley determina que una corporación, para actuar válidamente, ha de ser convocada por su presidente y éste electo por aquélla sin regular cómo se reunirá dicha corporación cuando no haya presidente. En el primer ejemplo se trata de una laguna intencional en la que el legislador delega al órgano competente, conforme a una norma de grado inferior, la determinación del procedimiento electoral, y; en el segundo caso se trata de una verdadera laguna, producto de la negligencia del legislador, no habiendo interpretación capaz de darle sentido a dicha norma dado que, la interpretación no puede extraer de una norma aquello de lo que ésta carece para Kelsen. De esta forma si existiesen lagunas técnicas éstas sólo serán las que sean producto de los errores humanos del legislador, la pregunta aquí sería cómo colmarlas dado que Kelsen no acepta más que a la ley para llenarlas y no considera otras fuentes como el Derecho consuetudinario, el judicial, los principios generales del Derecho, la equidad, etc., ni tampoco otros órdenes normativos (canónico, romano, natural, etc.) diversos del jurídico para solucionar problemas de lagunas técnicas que sean resultado de la negligencia del legislador. En este punto, considero que aún así, es incongruente Kelsen al sostener que de todas maneras el sistema jurídico es cerrado y que en caso de haber lagunas, como las que acabamos de

ver, el juez siempre podrá resolver las controversias ya sea condenando al demandado o bien; rechazando la demanda.¹⁵⁶

4. La Teoría De Las Lagunas Del Legislador.

Quedando perfectamente claro que las lagunas de la ley para Kelsen no tienen existencia teórica, el jurista vienés se preocupa por el legislador en el sentido de que por una falsa teoría las pueda considerar existentes y que, recomendado por dicha teoría, faculte al tribunal a imponer, en los casos de conflicto de intereses entre el derecho positivo y el idealizado para evitar resultados no deseables o insatisfactorios, una norma jurídica individual que se adecúe a las circunstancias no previstas por el legislador, dándole opción al órgano jurisdiccional, de apartarse de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia lo cual; es inadmisibles para el discípulo de Cohen ya que, la formulación extendida por el legislador, a los jueces, daría a los mismos un poder demasiado extenso que además, tomaría en cuenta consideraciones políticas y morales de los Tribunales jurisdiccionales. Ello no es posible para Kelsen, quien atento al principio de que, las autoridades judiciales sólo pueden realizar lo que la ley expresamente les ordene, señala que el legislador sólo por razones objetivas lógicas puede autorizar en el caso

¹⁵⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 257 y 258.

de lagunas técnicas, producto de la negligencia, a que el juez actúe como legislador, haciendo, dicho órgano jurisdiccional, muy escaso uso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse como legislador dado que, lo que muchos juristas e incluso jueces, por motivos morales o políticos, ven como lagunas; no son más que inconformidades entre el derecho que es y el que se pretende que debiera ser.¹⁵⁷

No habiendo otro tópico más, en la Teoría Pura del Derecho, sobre el problema de las lagunas, considero abordar bajo la óptica de Bobbio la clasificación que el jurista italiano hace de las mismas así como los procedimientos que existen para colmarlas, a efecto de que se entienda con mayor claridad la postura de Bulygin que -en mi opinión- derrumba las tesis Kelsenianas en torno a la plenitud hermética de los sistemas jurídicos.

Decíamos, que la laguna jurídica se da por ausencia de una norma prohibitiva y de una norma permisiva sobre una determinada conducta.¹⁵⁸

Para Bobbio las lagunas se clasifican, en primer término, por la manera de ser resueltas; en dos tipos:

- 1) Lagunas Propias.- Son las que existen en un sistema jurídico y se presentan cuando hay un caso no regulado que puede darse donde hay

157 Kelsen, Hans, op. cit., pág. 256 y 257.

158 Bobbio, Norberto, op. cit., p. 240 a 242.

normas generales exclusivas o normas generales inclusivas y, son resueltas por el juez.

2) Lagunas Impropias.- Son las que resultan de comparar al sistema jurídico real con un sistema ideal y, en este caso, la no regulación es producto de una deficiencia del sistema ideal deseado. Esta clase de lagunas sólo puede resolverlas el legislador mediante la expedición de nuevas normas.

En segundo lugar y, por los motivos que las originan, las mismas se clasifican en:

1) Lagunas subjetivas.- Son las que dependen de la voluntad del legislador sea a) de manera intencional, como las directivas complejas (para que los órganos inferiores ejecuten las acciones trazadas por el legislador), las directivas simples (para que los particulares ejecuten las acciones trazadas por el legislador), o bien; b) de manera negligente como aquéllas que provienen del descuido del legislador.

2) Lagunas objetivas.- Que son independientes de la voluntad del legislador y obedecen a causas como el envejecimiento de los códigos, el desarrollo de las relaciones sociales, la evolución de la tecnología, etc.

3) Lagunas producto de la particularidad o generalidad de la letra de la ley, y que se subclasifican en dos tipos:

a) Lagunas Praeter – legem.- Son las que se presentan cuando las reglas expresas son tan particulares que no comprenden todos los casos que se pueden dar a nivel particularidad.

b) Lagunas Intra – legem.- Son las que se presentan cuando las normas son tan generales que en su interior hay vacíos por ejemplo; las voluntarias que se remedian formulando nuevas normas dentro de las reglas expresas.

Con relación a los procedimientos para colmar lagunas jurídicas, Bobbio señala los siguientes:

1) El Método por Autointegración en el cual se recurre a los procedimientos contemplados dentro del mismo sistema jurídico como son:

a) La analogía legis (prohibida en materia penal) y por la cual, se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento del caso regulado buscándose la semejanza relevante entre dos casos, en la ratio-legis.

b) La analogía Iuris o principios generales del Derecho que, son las normas fundamentales que se deducen de un sistema jurídico por generalización sucesiva y son útiles para reglamentar el comportamiento no regulado o previsto por la ley.

2) Método por heterointegración, en el cual se recurre a ordenamientos diversos del jurídico o bien; a fuentes diferentes de la dominante que es la ley.

Los ordenamientos diversos al Derecho positivo serían el Derecho Natural, el Romano, el Canónico y el Contemporáneo y; dentro de las fuentes diversas, a la ley, se encuentran; la costumbre *praeter-legem*, la jurisprudencia, la doctrina de los juristas y las apreciaciones científicas de los teóricos del Derecho.

En este punto es menester señalar que Bobbio al igual que Kelsen, abogan por los métodos autointegrativos y no aceptan los heterointegrativos. Al respecto, el jurista representante del Neo-Illuminismo turinés, señala lo siguiente “... Todo ordenamiento prevé los medios o los remedios para penetrar en esta zona intermedia, y extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no regulado...”¹⁵⁹

Sin embargo; a diferencia del jurista vienés, Bobbio reconoce que un sistema jurídico no es completo sino completable y así mismo contrapone las posturas de los exégetas (que consideran de manera dogmática que los ordenamientos jurídicos poseen la cualidad de regular todo caso posible, no habiendo lagunas en la ley); contra la de los representantes de la Escuela del Derecho Libre (Ehrlich, e. Morín, J. Cruet, Geny, Kantorowicz) quienes, abogando por la labor creadora del juez, sostienen que el Derecho se extrae de la sociedad, no es un todo acabado perfecto y por lo mismo, al tener lagunas,

¹⁵⁹ Bobbio, Norberto, op. cit., pág. 242.

la tarea del juez consistirá en colmarlas atendiendo a las necesidades colectivas habiendo un Derecho libre en oposición, al Derecho Positivo Estatal, que resulta anacrónico ante los nuevos intereses de los Derechos de ciertas clases como la laboral, siendo en consecuencia insuficientes las vetustas codificaciones defendidas por los exégetas, ante la rica gama de fenómenos sociales.

Ante los planteamientos estructurados por los representantes del sociologismo jurídico y de la Escuela del derecho libre surgen reacciones por parte de los positivistas tradicionales, destacándose Karl Bergbohm (con su tesis del espacio jurídico vacío) y los juristas Zitelmann y Donatti (con la tesis de la norma general excluyente) y a quienes Bobbio cuestiona fuertemente.

Para Karl Bergbohm el Derecho, no tiene lagunas lo que sucede es que existen dos ámbitos: el espacio jurídico vacío, que es la actividad humana no regulada por el Derecho y por lo mismo irrelevante, jurídicamente hablando, y en el que no hay lagunas, y; el espacio jurídico o pleno constituido por las conductas humanas obligatorias y por lo mismo reguladas por el Derecho al ser relevantes desde el punto de vista jurídico. Bobbio critica duramente a Bergbohm por el hecho de que está confundiendo lo jurídico con lo obligatorio dejando de esta manera un orden jurídico falto de coherencia al estar constituido exclusivamente por normas contrarias, esto es, ordenadoras y

prohibitivas olvidando a las permisivas que salen a flote por exclusión y en ocasión a la regla de los contrarios. Con dicha postura, Bergbohm está reconociendo tácitamente la existencia de lagunas normativas y, expresamente, está olvidándose de que la existencia de las normas permisivas, tienen como finalidad evidenciar que hay un marco de libertad jurídicamente protegida y que es relevante para el sistema jurídico en aras de su coherencia y de su integridad.

Ahora bien; con relación a la tesis de la norma general excluyente postulada por Zitelmann y por Donatti tenemos también, que dichos autores niegan la existencia de lagunas en el derecho porque dicen que como las normas nunca nacen solas por lo tanto; el caso no regulado en la norma particular inclusiva se resuelve en sentido opuesto aplicando la norma general exclusiva que siempre las acompaña. Dicha postura la critica Bobbio de manera contundente al señalar que dichos juristas olvidan que en todo ordenamiento jurídico, además de las normas particulares inclusivas y las normas generales exclusivas; existen las normas generales inclusivas con lo cual se provoca un problema de lagunas en cuanto al criterio que se debe aplicar y no, por falta de normas sino por exceso de las mismas así, si se aplica la norma general inclusiva al caso no regulado, se resolverá por similitud aplicando de esta forma la solución de caso regulado al no regulado

buscando las semejanzas en la ratio-legis. Pero por otro lado, si se aplica la norma general exclusiva al caso no regulado por la ley particular inclusiva, se resuelve en sentido opuesto o contrario a la norma particular.

De lo anterior resulta, como claramente expone Bobbio, dos soluciones contrapuestas, no habiendo criterios que señalen al juez por cuál alternativa debe optar lo cual; constituye no sólo un problema de lagunas jurídicas sino de producción de sentencias contradictorias.

Así; el ordenamiento jurídico es omiso pues no establece las condiciones para considerarse cuando dos casos pueden ser similares ni tampoco establece, cuando el juez debe aplicar la norma general inclusiva para que opere el argumentum -similibus- asimilia, o analogía legis, o bien; cuando debe aplicarse la norma general exclusiva; para que opere el argumentum - a contrario y evitar sentencias contradictorias sobre un mismo caso.

4.3. Crítica De Eugenio Bulygin A Los Ideales y Soluciones Propuestas Por H. Kelsen, Ante Los Problemas De Lagunas, En La Función Jurisdiccional.

Con relación a la apertura o no y a la completabilidad de los sistemas jurídicos, se hará una síntesis sobre el problema de las lagunas y la función judicial que aborda el Maestro Bulygin en su obra la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la que, para los efectos que nos ocupa, se tratan ocho temas básicamente:

1. La función Jurisdiccional.- En donde se exponen las características que la misma tiene.
2. La sentencia judicial- De la cual Bulygin señala las funciones que cumplen y su respectiva clasificación.
3. El sistema Del Juez.- Tiene que ver con las normas que regulan la conducta de los jueces.
4. La fundamentación de la sentencia. En donde se detalla la relación que priva entre el sistema primario y el secundario.
5. El juez frente a las lagunas normativas.- En donde el jurista argentino demuestra que los sistemas jurídicos son abiertos y critica la postura de Kelsen al respecto.
6. ¿Puede el Juez Resolver Una Laguna Sin Modificar El derecho?.- En

donde Bulygin expone los problemas que se presentan en caso de resolver afirmativamente la pregunta.

7. El Argumento "A Contrario".- Que expone la tesis de Amedeo Conte relativa a la norma general excluyente y cuyas objeciones fueron analizadas, al ser paralelo el pensamiento de dicho jurista con el de los teóricos del Derecho Zitelmann y Donatti; a quienes enjuicia brillantemente Bobbio.

8. La Completitud Como Ideal Racional- Que abarca, a su vez, el desarrollo de los siguientes aspectos:

A) El ideal de completitud normativa.

B) La justificación normativa.

C) La exigencia de completitud como ideal racional.

D) Su alcance y sus límites.

E) La ilusión racionalista.

F) Finalmente; la función ideológica del postulado de la plenitud hermética.¹⁶⁰

A manera de nota introductoria, señalaré que Bulygin se propone atacar dos versiones que niegan o disminuyen la importancia o existencia de las lagunas a nivel de las decisiones judiciales que es un problema que existe en

¹⁶⁰ Confróntese Bulygin, Eugenio, op. cit. p. 203 a la 241 (Capítulos VIII y IX).

los sistemas jurídicos normativos donde hay jueces con jurisdicción obligatoria, esto es, jueces encargados de resolver las controversias que se originan en la aplicación de las normas genéricas a casos individuales. Las dos versiones a detractar son las siguientes:

- 1) La Fuerte, representada básicamente por Hans Kelsen, y los teóricos del derecho que la respaldan, y por la que se afirma que habrá lagunas para los gobernados pero no, para el juez porque el mismo tiene siempre un deber: el de condenar al demandado o el de rechazarle la demanda al actor.
- 2) La débil, representada por los exégetas y los positivistas tradicionales como Karl Bergbohm, Zitelmann, Donatti, Amedeo Conte, etc. para quienes el juez no debe llenar lagunas a costa de modificar el Derecho existente no debiendo resolver los casos sometidos a su consideración acudiendo a otros ordenamientos diversos al positivo ni a otras fuentes, diversas de la ley, pues aunque pueda, no debe de hacerlo. Además, los que sostienen este punto de vista casi no le conceden cabida al problema de la existencia de lagunas normativas porque consideran que la ley prácticamente es perfecta.

1. La Función Jurisdiccional.

Dicha función es la que incumbe a los jueces y demás órganos jurisdiccionales y consiste en resolver conflictos de intereses, constituyendo un remedio para curar dos males que atentan contra la efectividad del derecho:

- 1) La falta de conocimiento de la solución que corresponde al caso individual.
- 2) El incumplimiento o transgresión de las normas. Con relación al primer mal, tenemos que se trata del problema de ausencia de conocimiento, para calificar normativamente una conducta determinada en un caso individual y ello, se debe a dos defectos del sistema jurídico:
 - a) La laguna normativa (ausencia de solución).
 - b) Incoherencia (existencia de varias soluciones incompatibles).

De esta manera, se presenta al juez el problema de la subsunción del caso individual en la norma genérica dado que, el sistema soluciona casos genéricos y ello no es útil ya para los casos individuales lo cual, es producto, a su vez, de dos causas:

- a) La vaguedad del caso individual.

b) La laguna de reconocimiento (falta el conocimiento del concepto relevante).

Ahora bien; con relación al segundo mal que atenta contra la efectividad del derecho y que es el relativo al incumplimiento o transgresión de las normas, tenemos que nos enfrenta al problema de la infracción de las disposiciones jurídicas, sea de manera voluntaria o involuntaria, por el gobernado al no cumplir una obligación o bien; al realizar un acto prohibido o antijurídico.

Por lo tanto; el juez en su función jurisdiccional resuelve dos tipos de conflictos:

- 1) Aquellos en los que la controversia implica la clasificación o tipificación del caso individual lo que supone buscar su pertenencia o no; al caso genérico y;
- 2) Aquellos que versan sobre la clasificación de la conducta a realizar por el sujeto de derecho en un caso individual.

Lo anterior requiere que el juez subsuma el caso individual en el genérico y que además, califique normativamente una conducta en un caso individual. En el primer caso, el juez realiza una actividad cognoscitiva porque se averigua y determina el sentido de las expresiones del caso genérico.

En el segundo; se realiza una actividad normativa por la que el juez dicta una norma estableciendo obligaciones, prohibiciones o permisiones para determinar que debe, no debe o puede o no puede hacer el sujeto de derecho.

2. La Sentencia Judicial.

Como es bien sabido, existen dos sistemas en los ordenamientos jurídicos con función jurisdiccional:

- a) El primario o sistema del súbdito.- Regula la conducta de los sujetos de Derecho.
- b) El secundario o sistema del juez.- Regula la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales.

En la sentencia judicial el juez expresa su decisión judicial con respecto a la cuestión planeada y con ella, el juez culmina su actividad procesal. Las sentencias judiciales son de dos tipos:

- a) Las Declarativas.- Son las que ponen fin a las controversias declarativas que versan sobre un problema de clasificación (proceso declarativo) y preguntan al juez si el caso individual *i* pertenece al caso genérico *q*, debiendo responderse tal pertenencia en sentido afirmativo o negativo.

b) Normativas.- Son las que ponen fin a controversias normativas y conllevan un proceso del mismo tipo por el cual el demandante o actor planteará la interrogante al juez sobre el status normativo de la conducta debiendo responderse si es o no obligatoria p. En este tipo de sentencias, el juez no debe resolver conforme a juicios normativos descriptivos, propios de la ciencia del Derecho, sino; con fundamento en las normas o soluciones contempladas en el sistema jurídico vigente del tipo **OP** (es obligatoria la conducta exigida por el actor) o bien; del tipo **No OP** (no es obligatoria la conducta exigida por el actor). Queda claro entonces; que las sentencias normativas contienen normas o soluciones del sistema jurídico vigente y no; proposiciones que informen del derecho. Sin embargo; apunta el jurista argentino, encontramos juicios en los que se mezclan tanto el proceso declarativo como el normativo por ejemplo; los de quiebra en donde el juez; clasifica el caso como tal y a la vez; ordena la clausura del local para la persona que está en quiebra (calificación normativa).

A efecto de distinguir más claramente los dos tipos de sentencias judiciales, Bulygin señala las características de ambas así:

A) Las Sentencias Declarativas:

1. Se presentan con enunciados de la forma **i pertenece a q ó i no pertenece a q.**

2. Versan sobre problemas de clasificación o subsunción del caso individual a la norma genérica.
3. Estas sentencias no contienen normas.
4. Tienen efectos normativos secundarios que provienen de otra norma distinta a la cual enlaza determinadas consecuencias normativas.
5. Como ejemplos de sentencia declarativas, tenemos las que declaran el divorcio, la validez de un testamento, la nulidad de un contrato y la prescripción de una obligación.
6. El contenido de las mismas, está integrado por proposiciones que admiten o rechazan una determinada clasificación de un caso individual.

La sentencias normativas en cambio; tienen efectos normativos y primarios englobando las siguientes características:

- 1) Son enunciados bajo la forma ¿es obligatorio o no **P**? Y sus respuestas de la manera **OP** o bien; **No OP**.
- 2) Versan sobre problemas de calificación normativa de la conducta del demandado.
- 3) Estas sentencias contienen normas que derivan del sistema vigente.
- 4) Versan sobre el status normativo de la conducta del demandado.
- 5) Califican una acción como obligatoria, prohibida o permitida por

contener normas y por eso tienen efectos primarios que derivan de la sentencia misma concebida como norma.

6) Contienen normas que regulan qué debe no debe o puede hacerse en un caso individual.

Ahora bien ante la clasificación que hacen algunos procesalistas de las sentencias, como E. Couture,¹⁶¹ y que las dividen en:

- a) Declarativas.- Clarifican el Derecho o la situación controvertida.
- b) De Condena.- Que señalan la conducta que debe seguir el demandado.
- c) Constitutivas.- Que fijan nuevas situaciones jurídicas respecto del Estado anterior.

Bulygin cuestiona lo siguiente:

1) Dichos procesalistas no adoptan, en la clasificación que otorgan, el carácter lógico de la sentencia, esto es, no dicen cuando la sentencia está constituida por proposiciones (siendo declarativa) o por normas (siendo normativa). El riesgo de aceptar este criterio consiste en considerar de más a las sentencias constitutivas que, se distinguen de las otras dos, por sus efectos secundarios.

2) El carácter declarativo o normativo de una sentencia, depende

161 Couture, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal, Ed. Porrúa, p. 174 y sigs.

del caso planteado y no; de la resolución que adopte el juez admitiendo o rechazando la demanda.

3) Por lo tanto, cuando lo que se resuelva sea un problema de clasificación, la respuesta del juez será siempre una proposición afirmativa o negativa de admitir o rechazar una determinada clasificación de un caso individual o bien; cuando el órgano jurisdiccional, admita o rechace la demanda y establezca que i es q o viceversa; que i no es q por pertenecer o no el caso individual al caso genérico; será sentencia declarativa.

Ahora bien; cuando lo que se cuestione sea si se debe o se puede hacer algo en un caso individual, tanto la sentencia que admita la demanda, como la que la rechace, tiene que ser normativa y así; si la sentencia hace lugar a la demanda, su conclusión será una norma que el actor pida en su demanda de la forma **Op** donde **p** es la conducta que se le obliga al demandado. Pero, si la sentencia rechaza la demanda, su conclusión será una norma incompatible con la conducta reclamada por el actor, habiendo entonces; una sentencia denegatoria cuya conclusión será una norma que implicará la permisión de la negación de **p** bajo la forma **No Op**.

En ambas variantes la conclusión de la sentencia contiene una norma individualizada.

En este sentido y para concluir; se puede señalar que Bulygin considera que es una falacia el afirmar que sólo las sentencias de condena son normativas y que todas las sentencias denegatorias sean declarativas pues como se ha demostrado, unas y otras pueden ser declarativas o normativas según la índole de la cuestión planteada. En consecuencia; no es posible aceptar la clasificación que estima a las sentencias denegatorias como declarativas, a las de condena como normativas y a las constitutivas como declarativas por los motivos anteriormente apuntados.

3. El Sistema Del Juez.

El mismo se encuentra constituido por normas que regulan conductas de los jueces y demás órganos jurisdiccionales. En este apartado se verán sus características.

Las normas del sistema del juez, esto es, las que regulan su conducta son de dos tipos:

- 1) Normas de competencia.- Son las que regulan bajo qué condiciones y qué puede resolver el juez.
- 2) Normas que establecen obligaciones y prohibiciones a los jueces.

Las normas de competencia, son las que confieren a los jueces la facultad; establecen qué personas son competentes para conocer ciertos casos

y para dictar determinadas clases de sentencia, observando determinadas formalidades.

Las normas de competencia son normas de conducta permisivas referidas a los jueces porque establecen la permisión de que realicen ciertos actos bajo determinadas circunstancias y, son normas constitutivas también, de la autoridad judicial, porque nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia que lo faculte como tal y en la medida y alcance que esa norma determine. Son en consecuencia; normas de carácter necesario para “definir” al juez.

Para Cossío, el juez es juez porque su labor consiste en el deber de juzgar porque tal obligación se la impone el legislador.¹⁶²

Para Bulygin; en cambio, el juez lo es en virtud de las normas de competencia y no, en virtud de las normas obligatorias o prohibitivas porque aquélla es una característica necesaria y ésta en cambio; es contingente porque también se le puede definir en virtud de características permisivas de las normas que lo facultan a juzgar ya que, parece imposible que alguien sea juez y no pueda o no tenga competencia para juzgar y en cambio; si es posible un juez que no tenga obligación de juzgar ya que han habido casos de jueces ubicados en esta hipótesis. Aunque, es verdad, que hay, por lo general, jueces

162 Cossío, Carlos, La Plenitud Del Ordenamiento Jurídico, 2da. ed. Buenos Aires, Argentina, p. 50.

que tienen además de la competencia, la obligación de juzgar porque el legislador les impone tal obligación.

Por su parte, las normas de obligación, establecen obligaciones y prohibiciones para los jueces. Regulan el comportamiento de los jueces en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Estas normas, integran también el sistema del juez. Entre las obligaciones del juez, destacan dos, en relación con el problema de las lagunas:

1. La obligación de juzgar y;
2. La obligación de fundar sus decisiones en Derecho.

La obligación de juzgar, se encuentra por lo común, legislada en códigos procesales bajo la forma de la prohibición de abstenerse de juzgar. Es de carácter contingente porque su existencia depende de lo que establece el legislador y, consiste en dictar sentencia, resolviendo la controversia sometida a su conocimiento siempre y cuando, el caso entre dentro de la competencia del juez ya que si éste no es competente, no debe resolverse por estarle prohibido resolver por lo tanto; esta obligación es contingente y relativa.

Por otro lado, la obligación del juez de fundar su decisión en Derecho implica que la misma debe estar basada en dos sentidos:

- a) De manera expresa, en stricto-sensu, cuando el fundamento es expresado en la sentencia.

b) De manera expresable, en lato-sensu, cuando el fundamento es expresable de manera obvia, esto es, aunque no se establezca expresamente.

Sólo con respecto a las sentencias fundadas en los dos sentidos señalados, pueden plantearse problemas de existencia de lagunas en un orden jurídico. La obligación de fundamentar la sentencia, es trascendental porque constituye el puente entre dos sistemas: el de súbdito y el de juez.

4. La Fundamentación De La Sentencia.

En este punto, se verá como la fundamentación hace que se relacione el sistema primario con el secundario. Dependiendo del caso, y del tipo de sentencia a elaborar, sabremos en qué consistirá la fundamentación. Así pues, si se trata de una sentencia declarativa, el problema consistirá en demostrar que el caso individual i tiene o no, la propiedad definitoria del caso genérico q . Aquí, la fundamentación o justificación de la decisión, implica, fundamentalmente, problemas semánticos para el juez, quien deberá fundar en Derecho, atribuyendo a las expresiones y términos jurídicos de los significados que ellos tienen y no, los que se le ocurran improvisadamente.

Las dificultades que el juez tiene en la atribución de significados de las expresiones normativas derivan de dos fuentes:

- a) La laguna de conocimiento que implica la falta de información suficiente sobre los hechos del caso.
- b) La laguna de reconocimiento, esto es, la falta de determinación semántica por la vaguedad de los conceptos.

Sin embargo; es menester aclarar que, con relación a las lagunas normativas, las mismas no presentan problemas en la fundamentación de las sentencias declarativas porque, si lo que está en discusión, es la pertenencia de un caso individual al genérico, el hecho de que éste último se encuentre o no solucionado, es irrelevante para el problema.

Ahora bien; si se trata de una sentencia normativa entonces, el juez tendrá que dar una solución como enunciado deóntico de la forma **Op** o de la forma **No Op**. tal solución, que figura en la conclusión (parte dispositiva) de una sentencia normativa, tiene que ser una solución individual porque tiene que solucionar un caso individual. En este caso, la justificación de una solución individual, consistirá en mostrar que la misma deriva de una solución genérica de acuerdo a un sistema jurídico vigente que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas.

Tal fundamentación comprende 3 operaciones:

- 1) La subsunción del caso individual en algún caso genérico.
- 2) La determinación de la solución genérica que el sistema normativo

correlaciona al caso genérico.

3) Derivar la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema. Por lo tanto; no siempre se crean normas o soluciones individuales por el juez, tan sólo se subsume un caso individual, en el genérico y así; exclusivamente por motivos axiológicos o de lagunas normativas, la autoridad jurisdiccional modifica el sistema creándose nuevas normas de carácter general. Por consiguiente, opina Bulygin, es un tanto engañoso hablar en este aspecto de la creación de una norma individualizada por parte del juez, como lo hace Kelsen.

La subsunción del caso individual en el genérico, supone que las sentencias normativas, al igual que las declarativas, presentan problemas de clasificación y, por ende, de lagunas de conocimiento y de reconocimiento en la fundamentación de la sentencia pero además; hay problema de lagunas normativas lo que dificulta, el paso de la operación número 1 a la número 2.

Sin embargo; los jueces, a pesar de tener ese deber de fundar sus sentencias conforme al sistema primario, no siempre lo hacen y puede haber discrepancias entre lo establecido por el sistema primario, y lo que los jueces dispongan, bien por error del juez, o intencionalmente, esto es, abandonándose la solución suministrada por el sistema del súbdito por

considerarla injusta o por motivos de corrupción o cuando una de las partes no prueba los hechos que hacen a su Derecho o éste lo pierde por razones procesales. Así, nuevamente, el jurista argentino, considera que Kelsen es exagerado al establecer que el sistema jurídico primario no existe o, que en todo caso, sus normas están integradas por lo que los jueces dicen, tal postura es notoriamente errónea; aunque las sentencias judiciales no estén de acuerdo con las prescripciones del sistema primario, algunas veces, no por eso; se inferirá que dicho sistema no existe.

5. El Juez Frente A Las Lagunas Normativas.

Aquí, se va a tratar el problema de las lagunas normativas en el sistema primario que es el que el juez debe aplicar cuando solucione un caso individual y es el sistema en el cual debe fundar su decisión y del cual debe derivar la solución. En este aspecto Bulygin aclara, que sólo se va a ocupar de las sentencias normativas porque es irrelevante para las declarativas, el problema citado, ya que las mismas sólo deciden la clasificación de los casos individuales. Así pues; tenemos que la obligación genérica del juez, de fundar su decisión, en el sistema primario, genera obligaciones específicas, según el status normativo que la conducta del demandado, sobre la cual verse el proceso, tenga en el sistema primario.

Tales obligaciones específicas son las siguientes para Kelsen y los demás autores positivistas:

- 1) obligación del juez de condenar, esto es, cuando del sistema primario se infiera que el demandado tiene la obligación de realizar la conducta, sobre la que versa el proceso, al condenársele se cumple también con la obligación genérica de juzgar porque condenar, implica haber juzgado.
- 2) Obligación del juez de rechazar la demanda que se da, cuando del sistema primario se infiera que al demandado le está permitido y, en algunos casos prohibido, el no realizar la conducta que el actor pretende que haga. Aquí también, cumple al dictar sentencia denegatoria con la obligación genérica de juzgar porque rechazar la demanda, es también juzgar.

Sin embargo; hábilmente Bulygin descubre un problema que, implicaría una tercera obligación no específica a cumplir por el juez, y para la cual no hay criterio a seguir; por haber una laguna normativa. Así pues, tenemos que como del sistema primario no se infiere que la conducta del demandado consista en la obligación de realizar el acto o la permisión u omisión de la conducta, por lo tanto tenemos que ésta, y con relación al demandado, no está normativamente determinada por el sistema habiendo en consecuencia; una

laguna normativa de dos tipos:

- a) Laguna total.- Implica la ausencia de normas obligatorias o permisivas negativas.
- b) Laguna parcial.- En el sentido de que por un lado existe la norma permisiva o positiva (se permite la realización de la conducta) pero en cambio; no existe la norma permisiva negativa.

Ahora bien; ¿cuál es la obligación específica del juez en este caso? ¿condenar al demandado, o rechazar la demanda, como supone Kelsen?. Bulygin responde que, en esta circunstancia, el juez no tiene la obligación específica de condenar, o de rechazar la demanda sino; la obligación genérica alternativa, esto es, juzgando de las dos maneras posibles vistas pero, en esta hipótesis nos dice Bulygin que hay que tener cuidado con la versión fuerte, o Kelseniana, que establece que, no existen lagunas en el Derecho porque, aunque las haya para el súbdito, no las hay para el juez que siempre tiene un deber: el de condenar al demandado o el de rechazar la demanda. Hay que ser precavidos porque de la obligación de juzgar y de la ausencia de la obligación de condenar; no se infiere, en modo alguno, la obligación de rechazar la demanda y esto es un caso de laguna porque hay ausencia específica de obligación a seguir por el juez. Así; “si el juez no debe condenar, puede ello

significar que no tiene la obligación o bien; la prohibición de hacerlo”.

6. ¿Puede El Juez Resolver Un Caso De Laguna Sin Modificar el Derecho?

En caso de laguna normativa, señala Bulygin, el juez no tiene ninguna obligación específica tan sólo la genérica de juzgar, sea en el sentido de condenar al demandado o de rechazar la demanda. Sin embargo; el problema, en este caso, consiste en cómo va a fundar su decisión en el sistema primario, cuando el mismo sea omiso en relación con el status deóntico de la conducta del demandado. Por lo tanto como aquí no funda el juez su decisión en el sistema primario, puede hacer lo siguiente:

1) Modificar primero el sistema primario, llenar la laguna y luego fundar su decisión en el sistema modificado. En este supuesto, es necesario que el juez se encuentre autorizado para modificar el Derecho, pero sucede que no lo está pues el juez aplica pero no crea Derecho. En los sistemas donde las legislaciones autoricen expresamente al juez a actuar como legisladores, no hay problema.

2) Si al juez le está prohibido modificar el sistema primario, la situación es insoluble porque necesariamente dejará de cumplir alguna de las tres obligaciones:

- a) Prohibición de abstenerse de juzgar.
- b) obligación de juzgar conforme a Derecho o al sistema primario.
- c) Prohibición de modificar al Derecho.

Dichas existencias, son incompatibles entre si, en caso de laguna normativa, y; sólo pueden coexistir si el sistema es completo.

Es importante destacar que, con relación al tema que nos ocupa, Bulygin critica a Kelsen quien sostiene la premisa de que los jueces pueden solucionar todos los casos, incluso los no solucionables por el sistema; aplicando el Derecho existente sin necesidad de modificarlo y expone -el jurista vienés- 4 supuestos para demostrar y afianzar su tesis:

- 1) Existe una norma general, que el demandado ha violado, por lo tanto; el juez tiene el deber de condenar o de decretar la sanción que señale la norma.
- 2) No hay norma general aplicable al caso, ni regla de clausura, en este caso el juez tiene el deber de rechazar la demanda.
- 3) No hay norma general aplicable al caso ni regla de clausura de esta manera; si el juez resuelve condenar al demandado, tiene un problema: debe modificar el Derecho existente por lo tanto; tiene que llenar una laguna para crear normas que establezcan la obligación de

comportarse como desea el actor y justificar con ella su sentencia de condena.

- 4) Se quita de problemas y, en el mismo caso, esto es, sin norma aplicable al caso y sin regla de clausura, el juez tiende a rechazar la demanda. En este caso, el juez tiene como fundamento, de la sentencia denegatoria, el de que como en el Derecho existente, no hay norma que obligue a lo que el actor atribuye al demandado; así no es necesario introducir ninguna nueva norma.

Por lo tanto; basta decir que no existe ninguna norma, en el Derecho existente, que imponga al demandado la obligación de comportarse en la forma pretendida por el actor para que el juez dicte sentencia denegatoria.

En síntesis Kelsen postula dos cosas:

- 1) Que el juez puede resolver todo caso, aunque no haya normas aplicables, y siempre y cuando su decisión, sea denegatoria de la demanda, la misma estará fundada en el Derecho Preexistente.
- 2) Las lagunas no existen.

Para Bulygin, ambas tesis son falsas porque los jueces no pueden solucionar casos individuales que correspondan a casos genéricos, carentes de solución, so-pena de que sus decisiones sean arbitrarias, sin antes solucionar esos casos genéricos, por lo tanto, no hay diferencia entre sentencia de

condena y sentencia denegatoria; en ambas el juez tiene que llenar la laguna y la llena con una norma y no; con una mera proposición bajo la forma de que p no es obligatoria en q; debe pues fundamentarla.

La laguna, la llena el juez así:

- 1) Con una norma que impone obligaciones al demandado y; en este caso debe condenarlo invocando dicha norma.
- 2) O bien; la colma con una norma que permita al demandado no hacer lo que el actor pretende que haga y; en este caso debe rechazar la demanda.

Sin embargo, como apunta Bulygin, si el juez no llena la laguna, y rechaza la demanda; su sentencia carecerá de fundamento, al igual que si hiciera lugar a la misma. El que no haya una norma que obligue al demandado, no justifica el rechazo de la demanda.

Por lo tanto; el sistema debe integrarlo el juez con una norma que solucione el caso genérico ya sea por aplicación analógica o extensional de alguna norma ya existente o bien; creando una nueva norma procediendo como legislador o nuevas normas de origen jurisprudencial conforme a las cuales, P no es obligatorio en el caso q; rechazando los jueces todas las demandas en este sentido. Todo lo anterior, le guste o no a Kelsen, nos habla de que el sistema ha sido modificado para colmar lagunas.

7. El Argumento A Contrario.

Es otra más de las tesis que pretende atenuar la importancia de las lagunas, a nivel de las decisiones judiciales, como lo expresa Bulygin.

Para Conte, como el Derecho tiene la cualidad de la clausura por la que se posibilita a resolver al juez toda controversia con fundamento, en el sistema primario, y sin necesidad de modificarlo; por el argumento a contrario en consecuencia; no debe preocupar al juez, la existencia de lagunas pues, tal argumento -señala A. G. Conte- puede ser útil al órgano jurisdiccional para justificar sus decisiones siempre y cuando; las premisas estén constituidas por la totalidad de las normas.

Bulygin no acepta, por las mismas razones que expusimos de Bobbio anteriormente, dicha tesis, en virtud de que da lugar a sentencias contradictorias al olvidar la existencia de las normas generales inclusivas pudiéndose resolver por analogía legis o bien; por argumentum a contrario sobre un mismo caso.¹⁶³

8. La Completitud Como Ideal Racional.

Como se expresó anteriormente, abarca los siguientes incisos:

¹⁶³Cfr. Conte, A.G. "Logique et Analyse", traducc. de Jorge A. Bacqué, No. 33, 1986.

A) El Ideal De Completitud Normativa.

El postulado de la plenitud hermética, en cuanto afirmación, que todos los sistemas jurídicos “son” completos; es falso -en opinión de Bulygin- para quien sin embargo; la exigencia de que los sistemas jurídicos “deban” ser completos es justificada.

El status de esa exigencia, es el siguiente:

- 1) No es un enunciado descriptivo de alguna realidad susceptible de ser verdadero o falso.
- 2) No es una norma de conducta que establezca o prescriba qué conducta es prohibida, permitida u obligada.
- 3) Es una regla ideal que establece cómo debe ser un sistema normativo.
- 4) Por lo tanto; tal ideal es el de completitud normativa.
- 5) Además; ese ideal es el carácter racional, esto es, ligado a una actividad cognoscitiva, tendiente a explicar, a fundamentar o bien; a dar razones.

B) La Justificación Normativa.

La actividad racional que tiene que ver con los sistemas normativos es de carácter científico tendiente a explicar racionalmente los fenómenos jurídicos y esto es, tarea de todo científico en toda ciencia.

La explicación científica, asume diferentes formas en las ciencias

formales, empíricas y en las normativas.

a) En las ciencias formales, la explicación científica aparece bajo la denominación de prueba formal o demostración.

b) En las ciencias empíricas, la explicación científica se realiza mostrando que el fenómeno, hecho individual natural o social o una ley, es un caso particular de una ley general.

c) En las ciencias normativas, la explicación científica o racional, se realiza bajo la forma de justificación normativa indicándose las razones que hay para decir que la acción es obligatoria, permisiva o prohibitiva. Por lo tanto; en esta clase de ciencias, no interesa explicar la causa del hecho de la acción sino las razones por las que la acción es obligatoria, permisiva o prohibitiva. Esta explicación guarda similitud con la explicación causal porque puede referirse a conductas particulares (soluciones individuales) como a conductas genéricas (soluciones genéricas) y tal explicación; busca justificar la solución o calificación deontica de la conducta y las ciencias empíricas, en cambio; buscan explicar causalmente hechos empíricos, individuales o leyes naturales generales. De esta manera, tenemos que ambas explicaciones, buscan exponer racionalmente los fenómenos del mundo y justificar sus acciones racionalmente.

C) La exigencia De Completitud Como Ideal Racional.

Esta exigencia, tiene su base en dos principios:

- 1) El principio del determinismo por el cual, la ciencia presupone que todos los fenómenos son en principio explicables.
- 2) El principio de razón suficiente que, presupone que todos los casos son solucionables y, en consecuencia; los sistemas normativos deben solucionar todos los casos.

Por ello, la exigencia de completitud normativa, es un ideal racional que se funda en la razón y es independiente de toda ideología política o filosófica.

D) Su Alcance y Sus Límites.

El ideal de completitud, como exigencia, no es el único para juzgar sistemas normativos, hay otros como el de coherencia que, exige que ningún caso tenga dos o más soluciones incompatibles y ambos ideales son de carácter racional. Lo que es político en cambio; es el postulado de la plenitud hermética que afirma que algunos o todos los sistemas jurídicos son completos.

El alcance y límites de lo ideal, señala Bulygin, lo encontramos diferenciando el ideal de completitud normativa y el ideal de las ciencias empíricas.

1) En las ciencias empíricas, el caso es una causa de la solución general y, en las ciencias normativas el caso no es una causa de solución.

2) La verdad en las ciencias empíricas, no implica criterios convencionales por lo tanto; no son criterios de esta índole. En las ciencias empíricas, los enunciados que integran el sistema, que se usa para explicar un fenómeno tienen que ser verdaderos; ello es abarcado, por Hempel, como las condiciones empíricas de adecuación.¹⁶⁴

En las ciencias normativas; en cambio; los enunciados para la construcción de un sistema normativo deben ser válidos.

La validez en las ciencias normativas, implica ciertos criterios convencionales que, al ser de esta índole, los sistemas normativos pueden ser creados por el hombre en un sentido en que no lo pueden ser los sistemas científicos. En consecuencia; la idea del legislador científico, nos dice Bulygin, es totalmente absurda. La justificación normativa puede darse en un segundo nivel y puede ceder dicho ideal a concepciones axiológicas o filosóficas.

E) La Ilusión Racionalista.

Bulygin, considera que es una ilusión racionalista el que se crea en la completitud de los sistemas jurídicos, porque no se diferencia lo ideal de la

164 Véase Hempel, Carl G., *The Logic of Explanation*, en "Philosophy of Science", 15, Nueva York, 1953.

realidad. El creer que todos los sistemas jurídicos son completos, convicción arraigada en varias legislaciones positivas, y el imponer la exigencia a los jueces del postulado de la plenitud hermética del orden jurídico, con carácter de verdad universal, es producto de tres principios incoherentes, en su conjunto, porque suponen, quienes los diseñaron, lo que no acontece en la realidad que enfrentan los órganos jurisdiccionales, esto es, la completitud del Derecho. Tales principios son:

- 1) El Principio De Inexcusabilidad.- En éste la obligación aparece, generalmente, bajo la forma de la prohibición al juez de excusarse de juzgar y por ella, los órganos jurisdiccionales están obligados a resolver todos los casos que dentro de su competencia le fueren planteados.
- 2) El Principio De Justificación.- Los jueces deben fundar sus decisiones con razones y no; de manera arbitraria en consecuencia; deben justificar su decisión.
- 3) El Principio De Legalidad.- Por el cual, las resoluciones judiciales deben fundarse en normas de Derecho.

Los anteriores principios, como se vió anteriormente, no funcionan en los casos de lagunas normativas.

F) La Función Ideológica Del Postulado de La Plenitud Hermética.

El Postulado de la plenitud hermética del Derecho, es una ficción tendiente a ocultar el hecho de que las exigencias expresadas en los principios de inexcusabilidad, justificación y legalidad son imposibles de cumplir en caso de lagunas normativas y, en el caso específico del principio de legalidad se advierte que tiene como fundamento ideológico la filosofía liberal y positivista que arranca de la concepción del Derecho como conjunto de normas emanadas del legislador positivo. Es una doctrina acerca de las fuentes del Derecho; que en su forma más extrema es representada por la escuela exegética francesa del siglo XIX y que sólo reconoce como fuente a la legislación formal. De esta manera, sólo las leyes escritas emanadas del poder legislativo (leyes en sentido formal) se consideran normas jurídicas válidas y, en virtud del principio de legalidad, admisibles para la fundamentación de las sentencias judiciales. Otras versiones menos rígidas del positivismo admiten, al lado de la ley formal, otras normas escritas y hasta consuetudinarias.

El positivismo, en el sentido ya señalado del término, ha centrado el ideal de completitud en el Derecho positivo y, a través de la codificación, realizó un gran esfuerzo para consumarlo. Sin embargo; acabó confundiendo el ideal citado con la realidad, proclamando dogmáticamente que todos los

órdenes jurídicos positivos son completos. Este dogma -señala Bulygin- es necesario para mantener incólume el principio de legalidad, que en conjunción con los otros dos principios conduce a consecuencias difíciles de justificar como se ha demostrado anteriormente.

Lo más sorprendente, señala Bulygin, es que este dogma de la completitud es compartido, no solo por los positivistas sino también por sus enemigos. En efecto, muchos de los ataques contra el Positivismo, desde Geny hasta nuestros días, sólo tienden a ampliar el conjunto de normas válidas con normas consuetudinarias, principios morales, normas de Derecho jurisprudencial, de Derecho Natural, Canónico, etc. pero después, atribuyen al conjunto así ampliado la misma característica que tenía, en la concepción positivista, al conjunto original: la de ser necesariamente completo. Así pues, repiten en otro nivel, la misma falacia de confundir el ideal con la realidad.

Esta misma confusión, concluye Bulygin, es responsable de que algunos juristas, toda vez que rechazan el postulado de la plenitud hermética del Derecho, por considerarlo un dogma positivista, terminan atribuyendo al ideal de completitud el mismo origen ideológico.

Conclusiones Al Cuarto Capítulo.

PRIMERA.- Kelsen aborda tres problemas fundamentales en su Dinámica jurídica:

a) El de la unidad del ordenamiento jurídico que tiene como presupuesto a la norma fundante básica la cual, se refiere a la Constitución histórica que soporta y que regula el hecho instaurador del Derecho.

b) El de la coherencia del sistema jurídico, entre las normas y con relación al mismo, lo cual; lleva al estudio de las vaguedades, ambigüedades y antinomias que presentan las normas jurídicas y que fungen como verdaderas dificultades planteadas al juez en el proceso de aplicación de la norma general al caso concreto.

c) Finalmente; el de la unidad del ordenamiento jurídico y que tiene que ver con la existencia de lagunas normativas.

SEGUNDA.- Con relación a la unidad del ordenamiento jurídico que reposa, para Kelsen, en la norma fundante básica se demostraron las siguientes inconsistencias:

1) Falta de argumentos lógicos para legitimar a la norma fundante básica.

2) Se tomaron categorías de la Ciencia Política, no reconocidas por el discípulo de Cohen desde luego; para explicar el origen de la norma fundante

básica al hablarse del poder originario y, de la revolución, como un procedimiento de producción de Derecho, a legitimarse por el Derecho Internacional, al explicarnos Kelsen, la posición de dicho sistema en la estructura escalonada del orden jurídico aclarando que esta tesis, como la de concebir tan jurídicas a las normas individualizadas como a las genéricas, débese al jurista de la escuela de Marburgo Adolph Merkl.

3) Así mismo, cobra importancia también, el hecho de que el profesor visitante de la Universidad de Oxford, reconozca el papel que juega la costumbre, en materia internacional, como hecho productor de normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros de una comunidad de dicha índole.

TERCERA.- Por lo que toca a la coherencia del sistema jurídico y con relación al mismo; se cuestionó el hecho de que, el hacedor de la constitución de Weimar, atendiera exclusivamente a la forma de las normas y no; a las modalidades de las mismas atenuando así la importancia que tienen las antinomias jurídicas en materia de interpretación jurisdiccional y que evidencia claramente Norberto Bobbio.

Sin embargo; es altamente meritoria la clasificación que hace Kelsen de los diversos tipos de interpretación que existen así como; la crítica que hace a los diversos métodos y Escuelas de Interpretación para concluir que; el

juez realiza tanto un acto volitivo como racional en el proceso de individualización de la norma genérica y abstracta y que es un mito la tesis de la única respuesta correcta.

CUARTA.- En lo referente a la integración del sistema jurídico, que tiene que ver con los problemas de lagunas normativas, se advirtió que el profesor de la Universidad de Berkeley sólo reconoce como lagunas técnicas, las que son producto de la negligencia del legislador, considerando prácticamente al sistema jurídico cerrado y debiéndose -en opinión de Kelsen-, acogerse, al órgano jurisdiccional, exclusivamente a los procedimientos de autointegración para colmar las posibles lagunas que existieran y -puesto que las mismas- para el jefe de la Escuela de Viena, son frecuentemente producto del sistema ideal o deseado, por los sujetos de Derecho, frente al sistema que se presenta en la realidad jurídica. Dichas posturas, fueron cuestionadas al revelar, con aportaciones de Bobbio y de Bulygin que existen más lagunas técnicas de las imaginadas por Kelsen y que los sistemas jurídicos, no son completos sino completables siendo en consecuencia una ilusión racionalista el principio de plenitud hermética del orden jurídico como notoriamente falso el hecho de estimar que el juez no enfrenta problemas de lagunas normativas, o de integración, porque en última instancia puede condenar al demandado o rechazar la demanda lo cual; es

inaceptable desde el punto de vista lógico-normativo como axiológico por motivos expuestos en este capítulo.

CAPÍTULO V

DE LAS IMPUREZAS SOCIOLÓGICAS PALPABLES EN UNA TEORÍA SUPUESTAMENTE DIVORCIADA DE LA REALIDAD SOCIAL

5.1. Preliminaria.

El propósito de elaborar este capítulo consiste en demostrar hasta qué grado es sociológica y no, puramente normativa, la teoría del derecho presentada por Hans Kelsen.

Dos sociólogos influyen en el jurista vienés para extraer las categorías, sin las cuales, no es posible entender los magníficos aportes que se dan, en la obra en comento, a la teoría social; ellos son Emilio Durkheim y Max Weber respectivamente.

De esta manera, el concepto Durkheiminiano de la división del trabajo para explicar cómo se llevan a cabo las funciones de gobierno, legislación y judicial, es fundamental para Kelsen al tocar el tema del Estado en la Teoría Pura del Derecho.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Durkheim, Émile, *La División Del Trabajo Social*, México, Ed. Colofón, s/a, p. 93, 97, 126, 128 y 384.

Así mismo; la Sociología omnicomprendensiva Weberiana se encuentra presente, como se verá más adelante, en varios temas de la Teoría Pura del Derecho como son:

- 1) El concepto de coactividad específica como esencia del orden y no; como característica exterior como opinaba el sociólogo y economista alemán.
- 2) La concepción del Derecho como orden normativo (notorio plagio de la obra "Economía y Sociedad" del Doctor por la Universidad de Gottinga).
- 3) El cuadro administrativo como órgano jurídico y por el cual, Kelsen, a diferencia del célebre profesor de la Universidad de Heidelberg, identifica al Estado con el Derecho.
- 4) El sentido objetivo y subjetivo de la conducta que sólo puede entenderse si se analizan los conceptos de acción y sentido subjetivo otorgados por Max Weber.
- 5) Finalmente; el Estado como poseedor del monopolio de la coacción física que es también fruto del trabajo del destacado historiador y político de la Universidad de Berlín.

De igual manera, parece importante resaltar que no sólo las cuestiones sociológicas sino además; las de carácter ideológico-político, contaminan a la

Teoría Pura del Derecho lo cual; no constituye un error sino un cúmulo de aciertos y tan sólo la ruptura de una absurda promesa metodológica imposible de cumplir para Kelsen. En este sentido, es sencillamente deliciosa la forma en que Kelsen enjuicia las posturas Ius-Naturalistas así como; la manera en que descubre, una a una, las intenciones de los defensores del liberalismo y la libre Economía del Mercado. Con relación a dicho punto; estimé necesario introducir el espléndido trabajo que realizó, sobre el particular, el brillante jurista Martín Díaz y Díaz quien, nos hace partícipes de tales novedades, para leer de otro modo a Kelsen, esto es, considerando sus deslices empíricos; como valiosos tesoros al campo de la Sociología jurídica.¹⁶⁶

Así, bajo las luces de los espectaculares trabajos presentados por los juristas mexicanos Ulises Schmill y Martín Díaz y Díaz se demostrará cuán impura es al respecto la Teoría del derecho realizada, con pretensiones de pureza metodológica, por el discípulo de Cohen.¹⁶⁷

¹⁶⁶Díaz y, Díaz Martín; Derecho y Orden, Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos, 1ª. ed., Distribuciones Fontamara, México 1998.

¹⁶⁷Véase también, Schmill, Ordóñez Ulises, El Concepto Del Derecho En Las Teorías De Weber y De Kelsen, editor y compilador Oscar Correas, México, Ed. U.N.A.M., 1989, P. 163 A LA 193.

5.2. Vida y Obra de Max Weber.¹⁶⁸

Max Weber nació en Erfurt el 21 de abril de 1864. a través de su padre, que fue diputado del Partido Nacional-liberal, Weber tuvo ocasión de entrar muy pronto en contacto con ilustres historiadores, filósofos y juristas de aquella época. Estudió historia, economía y derecho en las universidades de Heidelberg y de Berlín. Obtiene el doctorado en la universidad de Gottinga en 1889, con una tesis de historia económica sobre la *Historia de las sociedades comerciales en la edad media*. Logra la cátedra universitaria en 1892, con una memoria sobre *La historia agraria romana, en su significado para el derecho político y privado*. En 1894 comienza a enseñar economía política en la universidad de Friburgo. En 1896 pasa a la Universidad de Heidelberg. Entre 1897 y 1903 su actividad científica y didáctica se ve impedida por una grave enfermedad nerviosa. En ese período fue nombrado en 1902 codirector -junto con Werner Sombart- de la prestigiosa revista “Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik” (Archivo de ciencias sociales y política social). En 1904 realizó un viaje a los Estados Unidos. Durante la primera guerra mundial defendió las “razones ideales” de la “guerra alemana”, y presta servicio como director de un hospital militar. Sigue con una preocupación angustiada el hundimiento moral y cultural de Alemania, a la que el emperador y sus

168 Reale, Giovanni, et. al., Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico, tomo III, ed. Herder. Barcelona, Cap. XV.

ministros habían arrojado al callejón sin salida de una política de mero poderío militar. Después de la guerra participa en la redacción de la constitución de la República de Weimar. Murió en Munich, donde había sido llamado para enseñar economía política, el 14 de junio de 1920. La obra de Max Weber, profunda y compleja, constituye un monumento a la comprensión de los fenómenos históricos y sociales, y al mismo tiempo, una reflexión sobre el método de las ciencias histórico-sociales. Los trabajos de Weber pueden clasificarse en cuatro grupos: 1) Estudios históricos: a) *Sobre las sociedades mercantiles de la edad media* (1889); b) *Historia agraria romana, en su significado para el derecho público y privado* (1891); c) *Las condiciones de vida de los campesinos en la Alemania al este del Elba* (1892); d) *Las relaciones agrarias en la antigüedad* (1909). 2) Estudios sobre sociología de la religión: a) *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1904-1905); b) *Escritos de sociología de la religión* (3 vols., 1920-1921). 3) Tratado de sociología general: *Economía y sociedad* (1922). 4) Escritos de metodología de las ciencias histórico-sociales: a) *La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y de la política social* (1904); b) *Estudios críticos alrededor de la lógica de las ciencias sociales* (1906); c) *Algunas categorías de la sociología comprensiva* (1913); d) *El significado de la*

“objetividad” de las ciencias sociológicas y económicas (1917): e) El trabajo intelectual como profesión (1919).

5.3. Puntos De Contacto Entre Max Weber y Hans Kelsen.

En este apartado, se realizará exclusivamente una síntesis sobre las coincidencias y divergencias que existen entre Max Weber y Kelsen, sobre algunos conceptos en torno a la definición del Derecho, sin exponer las críticas que realiza el Maestro Ulises Schmill Ordóñez, en virtud de no compartirlas porque, estimo más acertada la postura del sociólogo alemán que, la del jurista vienés, en lo que se refiere a la coactividad como garantía externa del orden jurídico, la eficacia, y la legitimidad del mismo.¹⁶⁹

Tales conceptos, en torno a la definición del Derecho son los siguientes:

- 1) El Derecho Entendido Como Un Orden.
- 2) El Concepto De La Coactividad Difusa.
- 3) El Concepto De La Coactividad Como Garantía Del Orden.
- 4) El Concepto Del Cuadro Administrativo.
- 5) La Pluralidad de Los Órdenes Normativos Jurídicos.
- 6) El Concepto del Monopolio De La Coacción Física Por El Estado.

En este orden de ideas, se analizará en primer término la postura del profesor de la Universidad de Heidelberg y; posteriormente la del jefe de la Escuela de Viena para resaltar las semejanzas y diferencias que surjan, entre

¹⁶⁹ Schmill, Ordóñez Ulises, El Concepto Del Derecho..., op. cit., p. 163 a la 193.

ambos autores, en los seis puntos señalados.

1. Teoría de Max Weber.

Con relación a dicha teoría, se abarcarán los siguientes temas:

- A) Conceptos De La Acción y Del Sentido Subjetivo.
- B) Concepto De Acción Social.
- C) Concepto De Relación Social.
- D) Características De La Relación Social.
- E) Las “Máximas” De La Acción.
- F) La Validez De Un Orden.
- G) La Legitimidad De Un Orden.
- H) La Coactividad Como Característica Exterior Al Orden Válido.
- I) Límite Al Concepto Del Derecho.
- J) Concepto Jurídico Dogmático Del Derecho.
- K) Relación Del Concepto Del Derecho Con El De Dominación.
- L) Pluralidad de Órdenes Normativos.
- M) El Concepto Del Monopolio De La coacción Física.

A) Conceptos De La Acción y Del Sentido Subjetivo.

Para Weber la acción “... es una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los

sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo...”¹⁷⁰

La acción es conducta intencional. En la intención, se encuentra el sentido de la conducta, que Weber lo atribuye a un sujeto individual (sentido subjetivo).

“... Acción como orientación significativamente comprensible de la propia conducta, sólo existe para nosotros como conducta de una o varias personas individuales...”¹⁷¹ En este sentido subjetivo lo contrapone y lo distingue del sentido objetivo que una conducta puede tener, derivado del juicio que compara esa conducta, con una disciplina cualquiera dogmática, como por ejemplo; la jurisprudencia.

B) Concepto De Acción Social

La acción social, como especie de concepto general de acción es, para Weber, aquella que conforme a su sentido, está referida a la conducta de otros y cuyo desarrollo está determinado por esta orientación. Las acciones de los otros pueden ser, para el sociólogo alemán, pasadas, presentes o futuras. Esta modalidad temporal, la ejemplifica diciendo que la acción social puede ser “... venganza por previos ataques, réplica a ataques presentes, medida de defensa frente a ataques futuros...”¹⁷² Los sujetos en relación con los cuales se

170 Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, F.C.E., 1981, P. 5.

171 Weber, Max, op. cit., p. 12.

172 Weber, Max, op. cit., p. 18.

realiza la acción social, pueden ser determinados o indeterminados , individuos o pluralidades de individuos, presentes, pasados o futuros.

C) Concepto de Relación Social.

“... Por relación social, debe entenderse una conducta plural -de varios- que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida hacia otro individuo...”¹⁷³

D) Características De La Relación Social.

“... La existencia de relaciones sociales, consiste tan sólo en la presencia de la mayor o menor probabilidad de que tenga lugar una acción con un sentido determinado y nada más... Que una “amistad” o un “Estado” existiera o existe, significa pura y exclusivamente: Nosotros (observadores) juzgamos que existió o existe una probabilidad de que sobre la base de una cierta actitud de hombres determinados, se actúa de cierta manera con arreglo a un sentido, determinable en su término medio, y nada más que esto cabe decir...”¹⁷⁴

E) Las “Máximas” De La Acción.

“... El sentido que constituye de un modo permanente una relación puede ser formulado en forma de “máximas” a las cuales los partícipes pueden esperar su adhesión de la otra u otras partes y a su vez orientar por

¹⁷³ Weber, Max, op. cit., p. 21.

¹⁷⁴ Weber, Max, op. cit., p. 23.

ellas su propia acción (aproximadamente o por término medio..."¹⁷⁵ Con ello, se da la condición necesaria para que la formulación de estas máximas, sean mandatos. De esta manera Weber, sin percatarse de ello, introduce el concepto de norma. Weber observa posteriormente, que el sentido de una relación social puede ser pactado por declaración recíproca.

F) La Validez De Un Orden.

El contenido de sentido de la relación social lo llama Weber "orden". El orden no es la máxima sino el sentido de ésta en la relación social.

La máxima que significa algo, ordena , prohíbe, permite algo es una norma, proposición o "contenido de sentido" como lo llama el profesor de la Universidad de Friburgo.

La validez de un orden -en opinión del sociólogo alemán- radica en que el mismo sea efectivo, esto es, cumplido por los destinatarios de las máximas y además; en que sea obligatorio, es decir, que los sujetos consideren como obligatorias dichas máximas y orienten efectivamente su acción por ellas. De esta forma, Weber expresa lo siguiente "... la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos por una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea

175 Weber, Max, op. cit., p. 23 y 24.

como algo que debe ser, acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable...”¹⁷⁶

Con relación a la legitimidad de un orden, o “prestigio de ser obligatorio y modelo” Weber expone cuatro razones como causas, que motivan la acción de los sujetos al considerar a las máximas como obligatorias o como modelos de conducta a seguir, y que son las siguientes:

- a) Por creencias afectivas.
- b) Por creencias racionales o con arreglo a valores, y
- c) finalmente; por las consideraciones estatuidas positivamente.

Se puede concluir diciendo que para Weber, un orden válido es el constituido por un sistema de normas o máximas obligatorias que deben ser eficaces y legítimas para que por ellas, se oriente la conducta de los sujetos.

G) La Legitimidad De Un Orden.

La legitimidad de un orden que va de la mano, para Weber, con la validez y obligatoriedad del mismo, puede estar garantizada de dos formas para el sociólogo alemán:

- 1) De manera interna, eso es, por motivos tradicionales, racionales-axiológicos, religiosos o de creencia afectiva.
- 2) De manera externa, esto es, por consideraciones a las represalias en

¹⁷⁶ Weber, Max, op. cit. I, p. 26.

el entorno social o bien; por el establecimiento de máximas positivizadas o; en último término por una situación de intereses y, en este caso se tienen dos medios de control social:

- 1) La Convención.- En la que se garantiza externamente al orden jurídico y su legitimidad por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante habrá de tropezar con una (relativa) reprobación general y prácticamente sensible.
- 2) Derecho.- Por el cual; se garantiza externamente la legitimidad del orden jurídico por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.

En este punto, establece Weber que "... para la sociología la validez de un orden está únicamente en aquella posibilidad de orientarse por esta representación..."¹⁷⁷ La representación a la que se refiere es la de las normas obligatorias.

Con relación al tema que nos ocupa, es menester señalar que es altamente meritoria la teoría que nos ofrece Max Weber por presentarnos al Derecho como un orden, esto es, como un sistema de normas o máximas que tienen como objeto regular a la sociedad mediante una de sus cualidades; la

¹⁷⁷ Weber, Max, op. cit., p. 27.

coercibilidad tomando -el sociólogo alemán- la adhesión espontánea de los gobernados y; considerando la legitimidad y la validez de los ordenamientos jurídicos, en conjunción con la coercibilidad, para la obligatoriedad y subsistencia de los mismos. Otra novedad interesante es, que el profesor de la Universidad de Heidelberg, nos habla de la institucionalización de las sanciones lo que supone un cuadro de individuos, facultados por máximas, para aplicarlas. Con todo el respeto que me merece el Maestro Ulises, no veo cómo Kelsen puede superar a Weber en su concepto del Derecho. El jurista vienés de entrada, considera a la fuerza física el objeto de la reglamentación jurídica; a la coacción la condición de validez del orden jurídico; se desentiende finalmente; de los conceptos de legitimidad y eficacia de los sistemas jurídicos a los cuales; separa de otros órdenes normativos por los cuales, entre otras cosas, subsisten aquéllos.¹⁷⁸

H) La Coactividad Como Característica Exterior Al Orden Válido.

Para Weber, las sanciones no son contenidos de las normas jurídicas sino garantía de las mismas de manera externa mientras que, para Kelsen la sanción constituye la esencia de las normas jurídicas y, específicamente la coacción, o aplicación forzosa de la sanción, constituye el objeto de la reglamentación jurídica para el discípulo de Cohen.

¹⁷⁸ Al respecto confrontese Schmill, Ordóñez Ulises, okp. Cit. p. 172 y 185.

De esta manera queda claro que la convención y el Derecho cuentan con las sanciones para garantizar el orden jurídico con la diferencia de que lo que distingue al sistema jurídico de otros órdenes normativos (las reglas de trato social de la convención, la moral, la religión) es que sus sanciones se encuentran institucionalizadas habiendo un cuerpo de personas, facultadas por máximas, dedicado a aplicarlas mientras que en otros sistemas normativos la coactividad se encuentra difusa, esto es, no institucionalizada.

I) Límite Al Concepto del Derecho.

Para Weber existen 3 tipos de órdenes:

- a) El de la convención el cual, no tiene cuadro coactivo, esto es, sanciones institucionalizadas y en donde la garantía externa es la reprobación.
- b) El del Derecho en el cual, existe un cuadro coactivo y la garantía externa consiste en la coacción física y psíquica.
- c) Por último está el orden que dispone la coacción física pero no, por un cuadro coactivo que sería un orden sui-generis que surgiría durante el tránsito producido por la transformación de la convención en Derecho.

Sin embargo, Weber en realidad no tipifica este caso, y se constriñe a decir que es un caso límite al concepto del derecho.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Weber, Max, op. cit., p. 257.

J) Concepto Jurídico Dogmático Del Derecho.

Para Weber existen dos puntos de vista teóricos posibles en cuanto al Derecho:

1) El del teórico de la ciencia jurídica que se pregunta qué sentido normativo, lógicamente correcto, debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica, investigando el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres demarcado de alguna manera.

2) El del sociólogo que se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran subjetivamente como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica.¹⁸⁰

K) Relación Del Concepto Del Derecho Con El De Dominación.

“... Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas...”¹⁸¹

La asociación, en general, “... es una relación social que posee una regulación limitadora hacia afuera cuando el mantenimiento de su orden está

¹⁸⁰ Weber, Max, op. cit., p. 251.

¹⁸¹ Weber, Max, op. cit., p. 39.

garantizado por la conducta de determinados hombres destinada en especial a ese propósito un dirigente y eventualmente, un cuadro administrativo que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo...”¹⁸²

Si se une el concepto de dominación con el de asociación, se obtiene el de asociación de dominación (o Estado) en los siguientes términos Weberianos “... Una asociación de dominación debe llamarse asociación política cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un ámbito geográfico determinado, están garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo. Por Estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente...”¹⁸³

De lo anterior, se concluye que el concepto del Estado se constituye por la adición del concepto de “monopolio legítimo de la coacción física” lo cual es equivalente a decir que el Estado es una asociación de dominación política que posee el monopolio mencionado.

182 Weber, Max, op. cit., p. 39.

183 Weber, Max, op. cit., p. 44-45.

Dentro del concepto del Estado, se excluye la coacción psíquica como elemento del mismo, ya que Weber la reserva para las asociaciones hierocráticas.

L) Pluralidad De Órdenes Normativos.

Para Weber, existe una pluralidad de órdenes normativos que pueden entrar en conflicto con el Derecho Estatal como el Derecho Canónico, Consuetudinario, el Natural, etc. Sin embargo aquellas normas que no cumplan con los requisitos para pertenecer al sistema jurídico, serán nulas, absoluta o relativamente.

M) El Monopolio De La Coacción Física.

“... El Estado, como todas las asociaciones políticas, que históricamente lo han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima.¹⁸⁴

De esta manera, tenemos que para Weber el monopolio de la coacción física es atributo del Estado que reclama para sí; la legitimidad del uso de la violencia física contra otros hombres siendo, dicha violencia, no otra cosa más que la sanción.

184 Weber, Max, op. cit., p. 44-45

1. Teoría de Hans Kelsen

Sin la teoría de Weber, no sería posible entender la de Kelsen quien ha considerado al sociólogo alemán “autor egregio” y su trabajo como el más significativo desde la aparición de la obra de Simmel.¹⁸⁵

Como se señaló, anteriormente, se contrastarán los enfoques de ambos autores así como, las semejanzas en los seis puntos establecidos y cuyo desarrollo veremos a continuación.

1. El Derecho Entendido Como Orden Normativo.

Kelsen concibe al derecho como un orden. Este orden es entendido, por el jurista vienés, como la unidad de una pluralidad de normas fundamentado por la norma fundante básica.¹⁸⁶

El concepto de orden para Kelsen, implica tres conceptos: el de norma, su pluralidad y una relación entre ellas. Para Weber, la palabra “orden” significa algo distinto. El contenido de sentido de una relación social, es un orden si la acción se orienta por máximas que pueden ser señaladas. Aunque el uso de la palabra “orden” es distinto en ambos autores, sin duda alguna, el origen de la concepción Kelseniana se encuentra en lo aportado por Weber.

De igual manera, Kelsen utiliza los conceptos de sentido subjetivo y objetivo de la conducta, procedentes de la Sociología comprensiva

185 Kelsen, Hans, Teoría General Del Estado, (trad. de Luis Legaz y Lacambra), Barcelona, Labor, 1934

186 Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho, op cit. p. 201.

Weberiana para desarrollar las funciones de la norma, a la cual concibe como esquema de interpretación conceptual, y que son:

- a) El sentido subjetivo, que un sujeto liga, agrega u otorga a su conducta.
- b) El sentido objetivo, que tiene una conducta, el cual se origina en la existencia de una norma que se refiere a ella en su contenido. La norma es la base, el fundamento, para atribuir sentido objetivo a una conducta.¹⁸⁷

En consecuencia; estos sentidos subjetivos de actos que otorgan sentido objetivo a otros actos, son las normas, y éstas constituyen el objeto de estudio de la ciencia del Derecho. "... El conocimiento jurídico, está dirigido hacia normas que poseen las características de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a Derecho (o contrarios al mismo)..."¹⁸⁸

2. El Concepto De La Coactividad Específica.

Kelsen, a diferencia de Weber, al definir al derecho como un orden coactivo, considera a la fuerza física el objeto de la reglamentación jurídica con lo cual, está considerando a la coacción como característica intrínseca y propia de la esencia del derecho y lo que lo distingue de otros sistemas

187 Al respecto véanse los ejemplos que otorga el jurista vienés para diferenciar ambos sentidos en: Kelsen, Hans, Teoría Pura Del Derecho, op. cit. Pág. 16 y 17.

188 Kelsen, Hans, op. cit., p. 18.

normativos ejemplificando como se da el acto coactivo en la experiencia jurídica, esto es, como pena o como ejecución.¹⁸⁹

En cambio; para Weber, la coactividad es una garantía externa del orden jurídico que; se distingue de los demás sistemas normativos porque sus sanciones se encuentran institucionalizadas, habiendo un cuadro administrativo de hombres, facultados por máximas para aplicarlas. En este punto, me parece importante señalar que, con todo respeto se encuentra un error en la apreciación que hace el Maestro Ulises Schmill al considerar que la diferencia en ambos autores radica en que Kelsen atribuye al derecho una coactividad específica y Weber atribuye, al mismo, una coactividad difusa pues, si se lee atentamente la página 28 de la obra “Economía y Sociedad” de Max Weber, se advertirá que el sociólogo alemán, establece que no es en sí la coacción, las sanciones las que hacen al caso, esto es, las que distinguen al Derecho, de otros órdenes normativos con coactividad difusa (no codificada, no institucionalizada) sino el hecho de que existan instituciones encargadas de aplicar las sanciones habiendo un cuadro coactivo, facultado por máximas para realizar dicha función.¹⁹⁰

189 Véase Kelsen, Hans, op. cit., p. 123.

190 Cfr. Weber, Max, op. cit., p. 28.

De esta forma, se advierte claramente que para Weber la finalidad de todo orden jurídico estriba en organizar a la sociedad y no; a la fuerza como erróneamente pensaba Kelsen.

3. El Derecho Como Orden Coactivo.

Para Weber, la coactividad es una garantía del orden el cual apoya su legitimidad, entre otras cosas, en el principio de adhesión espontánea de los gobernados a efecto de que el sistema jurídico subsista al ser eficaz. Dicha garantía, es algo externo al orden mismo. Para Kelsen, la coactividad es elemento consubstancial al Derecho; el objeto de su reglamentación al definirlo como un sistema de normas coactivas.

En Kelsen la efectividad del Derecho se apoya exclusivamente en el empleo de la fuerza física, para Weber; en cambio; la fuerza física es sólo una medida empleada por ciertos órganos del Estado para garantizar al orden jurídico y su efectividad considerándose además; la adhesión espontánea de los gobernados.

4. El Cuadro Administrativo Como Órgano Jurídico: Identidad Del Derecho y El Estado.

Para Weber; la Institucionalización de las sanciones aplicadas por un

cuadro Administrativo como órgano del Estado es lo que diferencia a un sistema jurídico de otros órdenes normativos. El sociólogo alemán; considera al Estado como una asociación de dominación que detenta el monopolio de la coacción física de manera legítima al ser reguladas sus acciones por máximas.

En cambio; para Kelsen el Estado no tiene existencia propia y lo confunde con el mismo Derecho. De esta manera, mientras que para Weber, la actuación de un cuadro administrativo del Estado para aplicar las sanciones constituye una garantía exterior para la efectividad del orden jurídico, para Kelsen se convierte en algo interno o intrínseco al sistema jurídico. De esta manera, para el jurista vienés, el Estado como aparato coactivo se disuelve en el derecho, entendido como orden coactivo. Consustancial a este concepto, es el del cuadro administrativo integrado por sujetos, para imponer las sanciones. De esta forma, el jurista vienés convierte todo problema relacionado con el derecho, en algo intrínsecamente normativo.

5. La Unidad y La Unicidad Del Derecho.

Mientras que para Max Weber al lado de los sistemas jurídicos existen otros órdenes normativos, que pueden entrar en conflicto con aquél y no sólo conciliarse, para Kelsen, en cambio, ello es inadmisibles, al establecer que "... Los distintos agregados sociales, como las comunidades religiosas, nacionales

o de cualquiera otra índole, no pueden ser comprendidas en su legalidad autónoma más que como sistemas específicos de valor...”¹⁹¹

Lo anterior, es resultado de que Kelsen considera que exclusivamente el Derecho constituye una totalidad de normas coactivas unificadas para configurar un sistema jurídico sin referencia a otras normas.

De esta forma, el discípulo de Cohen, ante la perspectiva Weberiana de que el Derecho Estatal pudiera entrar en conflicto con otros sistemas normativos, establece que “... Una mera Teoría del Estado limitase al conocimiento de un sistema especial de normas que aspira a ser comprendido en sus leyes íntimas sin referencia a ningún otro sistema, puesto que surge con la pretensión de valer como un sistema supremo, autárquico, por así decirlo, excluyente. Por eso, desde el punto de vista de la Teoría del Estado -la cual ha de hacer honor a esta pretensión- no puede admitirse el problema de un conflicto entre el sistema normativo que constituye el Estado y los restantes sistemas, como el sistema de la moral o el de la Religión.”¹⁹²

Nuevamente, estimo en este punto como en otros, mucho más real la propuesta Weberiana que la de Kelsen, en el sentido de que en la sociedad el Derecho existe y es válido junto con otros órdenes normativos, de naturaleza diferente, y que, deben ser tomados en cuenta por las instancias de creación y

191 Kelsen, Hans, op. cit., p. 28, p. 20.

192 Kelsen, Hans, op. cit., p. 20, nota 28.

aplicación del Derecho porque, éstas normas, como las disposiciones jurídicas, orientan la acción de los individuos para pugnar por la creación de nuevas instituciones, proteger determinados bienes, valores, la recolección de costumbres determinadas, a través del reconocimiento del poder público que, no pocas veces, se ha enfrentado con problemas para legislar, en determinadas áreas, por entrar en conflicto el Derecho Estatal con los sistemas religiosos o morales por ejemplo; en México han habido varios tropiezos para legislar sobre el aborto y su permisión sin óbice alguno, lo mismo aconteció cuando la Suprema Corte De Justicia De La Nación pretendió legitimar el pacto de anatocismo en 1998, los movimientos en contra de la globalización no sólo en nuestro país sino en todo el mundo; etc. evidencian los choques entre el sistema jurídico, nacional o internacional, y otros órdenes normativos.

Por otro lado, me parece conveniente señalar que Norberto Bobbio es partidario -como Weber- de la concepción de la pluralidad de ordenamientos y por la cual se considera que existen relaciones entre los ordenamientos estatales y entre otros ordenamientos no estatales. En este sentido, el jurista italiano establece que el pluralismo jurídico, ha recorrido tres fases:

- 1) El historicismo jurídico en el que, se estima que hay tantos derechos como pueblos y naciones.

2) La concepción estatalista que, sostiene que hay tantos ordenamientos como naciones existentes.

3) La Fase institucional que, considera que hay diferentes tipos de ordenamientos donde quiera que se encuentren instituciones o grupos sociales organizados.¹⁹³

Kelsen en cambio; es partidario del Monismo jurídico universal por el cual se establece que sólo existe un ordenamiento jurídico universal, ignorándose los demás sistemas normativos siendo imposible que entren en conflicto con el Derecho positivo por ser intrascendentes.

De esta manera, Bobbio establece que así como el ordenamiento jurídico presenta problemas que nacen en su interior como el de la jerarquía de las normas, para saber si las mismas constituyen una unidad, el de las antinomias, para constatar si las mismas configuran un sistema coherente, o el de las lagunas para saber si las normas estructuran un sistema completo; de igual manera; los sistemas jurídicos presentan problemas, que nacen al exterior, con otros ordenamientos no estatales como serían los siguientes:

1. Los Supraestatales.- Como el internacional o el de la Iglesia Católica.

193 Bobbio, Norberto, Teoría General Del Derecho, op. cit. p. 253 a la 270.

2. Los Infraestatales.- Que son los ordenamientos sociales que el estado absorbe, reconoce o limita como los sindicatos, los partidos, las asociaciones, etc.
3. Los Colaterales al Estado.- Que serían, en la concepción dualista propia de ciertos sistemas jurídicos, la Iglesia Católica o el Ordenamiento Internacional.
4. Los Antiestatales.- Como las Asociaciones para delinquir; las sectas secretas, etc.

Con relación a dichos problemas que nacen al exterior de los ordenamientos jurídicos, que serán analizados en el presente capítulo, Bobbio aborda los siguientes temas:

- 1) Los Tipos de Relaciones Entre Los Ordenamientos Normativos.
- 2) El Estado y Los Ordenamientos Menores.
- 3) Las Relaciones Temporales, Espaciales y Materiales Entre los Ordenamientos Estatales y Los Ordenamientos Originarios.

1. Los Tipos de Relaciones Entre Los Ordenamientos Normativos.

En este punto, Bobbio va a considerar tres grados, para establecer los diversos tipos de relaciones que guardan entre sí, diferentes ordenamientos, y que son los siguientes:

A) Por el grado de validez que tienen en sus normas unos ordenamientos, respecto de otros, se presentan -en opinión del jurista italiano- dos tipos de relaciones:

- 1) Relaciones de coordinación.- Son las que se dan entre entes que están en el mismo plano y que dan lugar a reglas, cuya validez deriva de una autolimitación recíproca por ejemplo; el régimen de pactos que existe entre Estados soberanos ubicados en un mismo plano.
- 2) Relaciones de Subordinación.- Son las que existen entre el ordenamiento estatal superior y los ordenamientos sociales parciales inferiores como los sindicatos, la Iglesia, los partidos políticos, etc. que, tienen estatutos propios cuya validez deriva del reconocimiento del Estado.

B) Por el grado, en sus normas, de extensión recíproca en sus ámbitos de validez, que tienen unos ordenamientos respecto de otros; se presentan tres tipos de relaciones:

- 1) Relaciones de exclusión total.- Que existen cuando los ámbitos de validez, de los dos ordenamientos, están delimitados de modo tal que no se sobreponen mutuamente, en ninguna de sus partes, por ejemplo, la Iglesia y el Estado en lo relativo al ámbito material.

2) Relaciones de inclusión total.- Cuando uno de los ordenamientos tiene un ámbito de validez comprendido totalmente en el del otro, por ejemplo: el ámbito de validez espacial del ordenamiento de un Estado miembro de la federación está comprendido, de manera total, en el del ordenamiento del Estado Federal.

3) Relaciones de exclusión parcial e inclusión parcial.- Cuando dos ordenamientos tienen una parte en común y una parte o ámbito que no les es común, por ejemplo; cuando un ordenamiento estatal absorbe parcialmente un ordenamiento diferente como el ordenamiento de una asociación particular y así, como la acción de robar es prohibida tanto por el sistema jurídico como por el moral, tenemos que el pago de las deudas de juego es algo válido en cambio; sólo para el sistema moral así como, el que un acto deba satisfacer ciertas formalidades para ser válido es algo que sólo es trascendente para el sistema jurídico y no; para el moral.

C) Por el valor que un ordenamiento atribuye a las normas de otros ordenamientos, tenemos que se pueden presentar tres tipos de situaciones:

1) Situación de indiferencia.- Cuando un ordenamiento considera lícito lo que en otro ordenamiento es obligatorio, por ejemplo; en un ordenamiento jurídico, como el italiano, en el cual las deudas de

juego, son obligaciones naturales las contraídas recíprocamente por los jugadores.

2) Situación de rechazo.- Cuando un ordenamiento considera prohibido lo que en otro ordenamiento es obligatorio, o viceversa por ejemplo; las relaciones entre el Estado y una asociación para delinquir.

3) Situación de absorción.- La cual, asume dos formas:

a) Reenvío.- Cuando un ordenamiento renuncia a regular una materia y acoge la reglamentación proveniente de fuentes pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos.

b) Recepción.- Cuando un ordenamiento incorpora en su propio sistema, estratificaciones precedentes sobre una materia en la forma dada, de otro ordenamiento por ejemplo; la limitación externa del Poder Soberano de reconocer fuentes ya existentes como la costumbre, normas morales, religiosas, convencionales, etc., que son fuentes delegadas de limitación interna.

2. El Estado y Los Ordenamientos Menores.

Los ordenamientos menores, son los ordenamientos parciales por ejemplo; las reglas de comercio, de la navegación, del código de honor o caballeresco el Manual de Carreño, las normas morales, religiosas, etc. y, se

pueden relacionar con las normas del Estado o de un ordenamiento jurídico de manera indiferente, de rechazo, de absorción o remitiéndonos, al ordenamiento estatal de manera general, a las normas consuetudinarias, morales, religiosas, convencionales, etc., o bien; con relaciones de recepción, cuando un ordenamiento se apropia del contenido de otras normas.

3. Las Relaciones Temporales, Espaciales y Materiales Entre Los Ordenamientos Estatales y Los Ordenamientos Originarios.

Los ordenamientos originarios son la Iglesia y la Comunidad Internacional. Con relación a este tema, es menester señalar que Bobbio exclusivamente plantea los problemas que existen entre diversas clases de ordenamientos, sin ofrecer soluciones a los mismos.

Nos dice el jurista, catedrático de la Universidad de Turín, que cuando entre los ordenamientos estatales y los originarios hay relaciones de exclusión total no hay dificultad alguna porque están delimitados los ámbitos espaciales, materiales y temporales perfectamente y en consecuencia; no hay interferencia en ninguno de ellos.

Sin embargo; cuando entre dichos ordenamientos hay ámbitos comunes, y un ámbito por el que difieren existen problemas y, de esta forma, señala Bobbio, se pueden presentar tres situaciones:

1) Dos ordenamientos que tienen el mismo ámbito espacial y material pero diferente ámbito temporal.- Sería el caso, de la relación entre un ordenamiento viejo y un ordenamiento nuevo después de una revolución. En esta hipótesis, se buscará mediante la recepción, que no se excluyan recíprocamente el viejo ordenamiento y el nuevo. Así, por recepción, el nuevo ordenamiento acogerá y hará suyas las normas de otro ordenamiento, cuyas normas, a la vez; permanecerán materialmente iguales pero, diferentes en cuanto a la forma ya que, formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento que son válidas con base en la nueva norma fundamental, del nuevo ordenamiento, que se apoya en la fuerza, como medio para hacer cumplir nuevas normas, porque el Derecho nace de los hechos sociales.

Ese poder nacido a la vida jurídica es tan grande, que posee autoridad para la producción de normas, para regular a los miembros de una colectividad y también instancias, facultadas por normas, para la aplicación de las sanciones.

2) Dos Ordenamientos que tienen el mismo ámbito temporal y material pero, diferente ámbito espacial.- Sería el caso de las relaciones intersubjetivas con respecto a cosas, bienes y servicios que atañen a territorios diferentes al estatal o entre sujetos de nacionalidades diversas. En esta hipótesis, se buscará por reenvío que las normas de otro ordenamiento diferente al estatal,

tengan vigencia en éste y así; advertimos que el reenvío tendrá que ver no tanto con el modo como se regula una materia dada como con la fuente que la reglamenta determinándose, en primer término la norma conflictual, con base en los puntos de conexión (nacionalidad o territorio) para, posteriormente encontrar la norma de fondo que es la que resolverá la controversia internacional entre los particulares.

3) Dos ordenamientos tienen el mismo ámbito temporal y espacial, pero diferente ámbito material.- Sería el caso de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento de la Iglesia Católica, considerado este último como ordenamiento jurídico originario, en el que, como no se identifican, y, rara vez se superponen, teniendo una línea divisoria ambos ordenamientos que no puede dar lugar a un ordenamiento común; se han propuesto, básicamente cuatro soluciones:

- 1) Reducir el Estado a la Iglesia o viceversa.
- 2) Subordinar al estado a la Iglesia o viceversa.
- 3) La coordinación, mediante concordatos, como ocurre en Italia, bajo la fórmula de que cada cual, en su propio orden, sea independiente y soberano.
- 4) La Separación entre Iglesia y Estado, como acontece en Estados Unidos, y por la cual, las Iglesias son consideradas asociaciones

privada a las que el Estado reconoce libertad para desarrollar su misión; sin pasar los límites que les impongan las leyes.

Finalmente, Bobbio explica cómo son las relaciones entre el Estado Italiano y la Iglesia Católica, que emergen del Derecho positivo vigente y señala, que su correlación, no se debe a fenómenos de reenvío o recepción sino a dos factores:

- a) El presupuesto, y
- b) El reconocimiento a los efectos civiles.

a) Por el Presupuesto, el Estado asume un comportamiento regulado, por el Derecho de la Iglesia, como presupuesto de su propia reglamentación y así, por ejemplo; de la calidad de clérigo, que regulan las normas del derecho Canónico, el Derecho Italiano no le atribuye las mismas consecuencias pero sí, toma dicha figura como presupuesto para atribuirle consecuencias diferentes, relevantes para el ordenamiento estatal, por ejemplo; eximirlo del servicio militar.

b) Por el reconocimiento a efectos civiles, el ordenamientos estatal, renuncia a la reglamentación propia, para reconocer efectos civiles, a la reglamentación del ordenamiento canónico. Por ejemplo; el Derecho Canónico, en el artículo 31 del concordato, establece que "... la creación de

nuevos entes eclesiásticos, se hará por la autoridad eclesiástica, conforme a normas de Derecho Canónico pero; en cuanto sus efectos y reconocimiento civil, lo harán las autoridades civiles...¹⁹⁴

194 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 269.

5.4. Aspectos Sociológicos Que Fungen Como Presupuestos Importantes Para Dar Validez A Las Tesis Kelsenianas.

La modernidad de los Estados Burgueses, produjo una identificación, casi total entre las Instituciones jurídicas, el mercado y la ideología liberal. En esta tesitura, se diseña una ética de corte capitalista tuteladora de tres valores fundamentales: la persona, la libertad y la razón. De estos elementos, derivaron los conceptos ciudadano, voluntad y propiedad por los cuales se busca que el Derecho se encuentre al servicio de los mismos: Kelsen se percata de esta situación y arremete en contra del liberalismo económico con lo cual, se advierten, en la Teoría Pura del derecho, no sólo deslices empíricos, que dan validez a su pensamiento, por constituir magníficos aportes a la Teoría Social; sino además; la exposición de una ideología política que derrumba con acierto las tesis del capitalismo occidental. En este sentido, me parece más que provechoso dar a conocer la labor llevada a cabo por el jurista mexicano, Martín Díaz y Díaz quien, de manera detallada,¹⁹⁵ encuentra varios elementos metajurídicos, en la obra en comento, del jefe de la Escuela de Viena y que; se abordarán a continuación.

195 Díaz y, Díaz Martín, Derecho y Orden.... op. cit. p. 65 a la 120.

5.4.1. El Orden Jurídico Como Producto De Un “Compromiso” y No; De Un Contrato Social.

Contra la ficción de la voluntad general, como fuerza integradora de la vida social, Kelsen sostuvo la idea de que el orden jurídico y una situación de compromiso son los que permiten la organización de la vida social. En efecto, el gobernante debe, para favorecer su ejercicio, realizar pactos con las fuerzas políticas que representan a los agentes que tienen capacidad de influir sobre el sentido de la vida social. En la base de cualquier orden normativo, debe existir un arreglo de intereses cuya estabilidad sea garantizada por la aplicación de las normas jurídicas.

De esta manera, mientras los contractualistas y los liberales acrílicos fundamentan a la sociedad en el sometimiento a una voluntad ajena, a todas luces indeseable y por lo mismo se requiere un medio de control social, como lo es el Derecho, Kelsen; en lugar de centrarse en la libertad comienza su explicación del fenómeno jurídico atendiendo al sentido normativo del deber.¹⁹⁶

La concepción de un compromiso dinámico apoyado en un ordenamiento jurídico, legitima al estado Moderno y rompe con la ingenua concepción de la armonía pactista.

¹⁹⁶ Kelsen, Hans, op. cit., p. 18 y sigs.

5.4.2. El Derecho Como Resultado De Una Proyección Sistemática De Las Normas y No; Del “Dogma De la Voluntad”.

La voluntad desempeña -como atinadamente señala el Maestro Martín Díaz y Díaz- los siguientes roles:

- 1) Es la fórmula de legitimación del Estado y el eje de los negocios privados en la dogmática moderna del derecho.
- 2) Es la investidura del consumidor en la teoría neoclásica de la Economía.
- 3) Atributo esencial del ciudadano en la teoría política.
- 4) Elemento fundamental del sujeto en el Derecho.

Kelsen critica a los teóricos del Derecho Privado, por sostener que la autonomía de la voluntad determina la obligatoriedad de los negocios jurídicos, y establece que el carácter obligatorio del acuerdo de voluntades, deriva de las normas generales que establecen el régimen normativo de los contratos. Así, el Derecho contractual es obligatorio porque está compuesto de normas válidas y porque el derecho confiere competencia a los sujetos contratantes para desarrollar, a través de normas individuales, el sentido de una norma general en una relación específica. En consecuencia; contra la voluntad como poder, Kelsen propone el poder de la voluntad normativizada “... No es el hecho psicológico del consentimiento donde radica la

especificidad jurídica del fenómeno, sino en la atribución que hace el orden jurídico al sujeto...”¹⁹⁷

De esta manera queda claro que, para Kelsen, el Derecho no se explica como desarrollo de los atributos del sujeto, sino; como proyección sistemática de las normas. De igual manera para el jurista vienés, la validez del Derecho, no puede fundamentarse en un acuerdo como el Contrato Social; depende en cambio, del carácter prescriptivo de sus normas y de la coherencia interna del sistema. “... No se requiere ser marxista, para tener por fantasma una voluntad general que aúne anímicamente a todo el pueblo, habida cuenta de las profundas contradicciones de clase que segmentan al pueblo...”¹⁹⁸ La voluntad del Estado, para el discípulo de Cohen, no alcanza a ser otra cosa más que una metáfora a través de la cual se quiere significar el papel uniformador que juega el orden jurídico en el proceso social de integración. Así mismo, el profesor de la Universidad de Berkeley substituye el papel de la voluntad, por los conceptos de imputación y de obligación y establece que; “... Responsabilizar jurídicamente a un sujeto y hacer obligatoria su conducta, de tal forma que ésta quede descrita como contenido de una norma, es la verdadera esencia del derecho...”¹⁹⁹

197 Kelsen, Hans, op. cit., p. 264 a la 269.

198 Kelsen, Hans, “Acerca De Las Fronteras Entre El Método Jurídico y el Sociológico” en El Otro Kelsen, op. cit., p. 298.

199 Kelsen, Hans, “¿Qué es Justicia?”, op. cit., p. 152 y siguientes.

En este punto el Maestro Martín Díaz y Díaz, estima que el jurista vienés ha heredado a la teoría social contemporánea el análisis más serio sobre los sistemas jurídicos, en contraposición a las imágenes ideológicas ius-naturalistas o las visiones tautológicas de los dogmáticos ortodoxos, al colocar al Derecho en la dimensión de las técnicas de control social y no obscurecerlo, bajo los mitos del Estado y la autonomía de la voluntad.

5.4.3. La Relevancia del Deber Sobre La Libertad Como Método.

Kelsen estima que en el orden jurídico la libertad es sólo una referencia de la imputación, nunca un valor fundamental desde el punto de vista sistemático. La autodeterminación de la voluntad puede ser un valor positivizado, pero no una pieza operativa para la creación y la operación del derecho. "... El orden jurídico supone, desde el punto de vista de la eficacia, que la voluntad humana sea causalmente determinable. Por lo tanto, cualquier discurso que represente al hombre como sujeto independiente de las relaciones causales, es una ficción..."²⁰⁰

De esta manera, el orden jurídico es el resultado de una previsión que supone el distanciamiento relativo entre el querer de los individuos sometidos al Derecho y el contenido de las normas que lo componen y así; la libertad no

²⁰⁰ Kelsen, Hans, "Los Fundamentos De La Democracia" en "Escritos Sobre La Democracia y el socialismo", traducc. de J. Ruiz Manero, Madrid, Ed. Debate, Madrid 1988, p. 232 y sigs.

aparece como valor intangible -señala Martín Díaz y Díaz- sino como responsabilidad y como objeto posible de afectación a través de la aplicación de una norma válida. De esta forma, el hacedor de la Constitución de Weimar, considera, en la Teoría Pura del Derecho, eleva como máxima categoría la noción del deber jurídico ya que, la imputación se entiende mejor como influjo coactivo sobre la conducta que como atributo del sujeto, anterior al Derecho positivo. Así, el jurista vienés considera más importante, para efectos jurídico-dogmáticos, preguntarse qué debe suceder conforme a Derecho y no desviarse del enfoque normativo cuestionándose causalmente sobre el qué sucede de hecho.²⁰¹ La noción jurídica del deber no tiene una connotación ética, se trata de un vínculo lógico a través del cual, se enlazan ciertas condiciones a determinadas consecuencias.

Sin embargo; pese a que en la Teoría Pura resulta más importante para Kelsen el concepto del deber que el de autodeterminación; para criticar los dogmas valorativos del Derecho Burgués, en cambio; en sus obras políticas, de cara a la Democracia, no duda en otorgar prioridad a la libertad sobre la igualdad; aunque reconoce, eso sí, que se trata de un valor histórico y relativo. En consecuencia; como señala el Maestro Martín Díaz, Kelsen es un liberal

201 Kelsen, Hans, La Teoría Pura... op. cit., p. 122.

más por sus deseos de tolerancia que por sus convicciones acerca del individualismo y de la propiedad...²⁰²

5.4.4. El Derecho Subjetivo Como Reflejo de La Obligación.

Señala Martín Díaz y Díaz que, en la dogmática del Derecho Moderno, los juristas, concibieron a los agentes sociales como portadores naturales del sentido jurídico, esto es; fueron investidos de prerrogativas con validez general y ubicados como receptores de las garantías procesales. Lo anterior, provocó dos tipos de reacciones:

- a) Que los Ius-naturalistas, definieran los derechos de la persona al margen del derecho positivo, colocando encima de éste los derechos del individuo y las prerrogativas del mismo con el fin de proteger, por encima de otros derechos, el de propiedad.
- b) Que los dogmáticos de tipo exegético, definieran al Derecho subjetivo como una especie de desdoblamiento del sentido objetivo de la norma siendo en consecuencia; una facultad del sujeto que tiene como base una referencia normativa.

²⁰² Al respecto confróntese de Kelsen, Hans, La Teoría Pura Del Derecho, op. cit., p. 55-57 y; ¿Qué es la Justicia?, op. cit. p. 45.

A partir del auge de la sociología positivista se insistió en la desaparición individualista del derecho subjetivo y se miró más hacia los valores grupales como la cohesión y la solidaridad.

Ante las reacciones vistas, Kelsen pone en crisis el concepto de Derecho subjetivo y ataca las teorías que lo conciben como poder de la voluntad o como interés jurídicamente protegido, como se analizó en el Capítulo III (apartado 3.3.6) del presente trabajo, y establece que el Derecho subjetivo no puede explicarse al margen de la relación jurídica en que se produce y que como, el primer dato destacable de la norma es que fija obligaciones a cargo de los destinatarios; sea que consistan en una prestación o en una abstención a favor de otro, por lo tanto; lo que la Doctrina tradicional llama derecho Subjetivo no es más que el revés de la obligación; o bien; su reflejo.²⁰³ Y así, aunque el Maestro Martín Díaz y Díaz, defienda al jurista vienés estableciendo que Kelsen denunció el carácter interesado de la concepción ortodoxa y puso de manifiesto su carácter burgués con relación a la propiedad, lo cierto es que Kelsen confundió a la norma jurídica con la facultad. Así, la norma es toda prescripción regulatoria de conducta de carácter imperativo-atributivo y; la facultad en sentido positivo o negativo es;

203 Kelsen, Hans, op. Cit., p. 143 a 150 y 174 a 176 y véase también Díaz y, Díaz Martín, op. cit. p. 105.

al lado de la orden y la prohibición una modalidad de la norma como atinadamente lo señala Bobbio.²⁰⁴

así mismo, tampoco comparto con el jurista mexicano la opinión de que Kelsen al conducir el concepto de Derecho Subjetivo al plano de la relación jurídica y luego trasladarlo al ámbito procesal del derecho de acción, favorece tanto la visión integral del orden jurídico como la neutralidad de la descripción, en virtud de que por los motivos expuestos en el apartado 3.3.6. de este trabajo, el jurista viene esta confundiendo al derecho subjetivo con el derecho de acción al hacer depender aquél de la existencia jurídicamente garantizada de la acción.

5.4.5. El Derecho De Propiedad Como Herencia De Las Sociedades Capitalistas.

En la Teoría Pura Del Derecho, se establece que la propiedad no es un atributo jurídico que interese sólo al titular del derecho sino también; a los que no lo son porque se trata de una auténtica relación entre ambas partes. El vínculo jurídico, funciona en este caso como un mandato excluyente para todos aquellos que no se encuentran facultados por la norma para realizar acciones sobre un determinado bien.

p

204 Bobbio, Norberto, "Teoría General Del Derecho", op. cit., p. 55-113 y 146-147.

Así; Kelsen afirma que “... el dominio del propietario no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros...”²⁰⁵

El carácter ideológico que conlleva la doctrina tradicional de los llamados derechos reales que presenta el vínculo jurídico entre el sujeto y la cosa, descubre Kelsen, que tiene por objetivo dejar fuera del alcance de la regulación jurídica el carácter obligatorio de la relación que se establece entre el titular del derecho y los sujetos no propietarios y además, imponer dicha ideología; en el campo de todas las relaciones privadas siendo, en opinión del jurista vienés, una concepción “... no sustancial al derecho, ya que sólo ha existido en el marco específico del capitalismo...”²⁰⁶

De esta manera, opina Martín Díaz y Díaz, que Kelsen en este punto superó a los sociólogos “voluntarios” ya que como ninguno de ellos, caracterizó las relaciones de propiedad en las sociedades occidentales contemporáneas, evidenciando que el modelo de los derechos privados, tiene un claro valor político al establecer que “... El carácter político de los derechos privados revélase de manera mucho más patente cuando se advierte que el otorgamiento de tales derechos a los individuos, es la técnica jurídica específica del Derecho Civil, y que este último es la técnica jurídica

205 Kelsen, Hans, op. cit., p. 144.

206 Kelsen, Hans, op. cit., p. 148 y s. 181.

específica del capitalismo privado, que es, al mismo tiempo un sistema político ...²⁰⁷

Al aserto Kelseniano, estima el jurista mexicano, y que, vincula como fórmula ideológica al Derecho Natural, al Capitalismo y la democracia, es paralelo a la tesis Weberiana según la cual, el modelo de dominación racional o deviene en una técnica específica de control o bien; es producto de lo litigado jurídicamente por las relaciones de Mercado.²⁰⁸

5.4.6. El Sujeto De Derecho Para La dogmática Burguesa y Su Desplazamiento Por La Norma En Kelsen.

Kelsen denunció que la interconexión de las categorías modernas como la libertad, voluntad y persona tenía como meta utilizar al Derecho Positivo para que a través de éste se garantizara el derecho de propiedad. De esta manera; establece que no es la persona la que confiere sentido a la norma, sino ésta última la que define conductas relevantes, al imponer obligaciones a cargo de los sujetos a los que faculta para generar o aplicar el Derecho. El agente sólo cuenta en la medida en que su conducta se encuentra hipotéticamente descrita en el enunciado normativo. El sujeto así considerado,

207 Kelsen, Hans, Teoría General Del Derecho y Del Estado, Traducc. de E. García Máynez, México, Ed. U.N.A.M., 1979, p. 105.

208 Weber, Max, op. cit., p. 533.

resulta ser un ente de imputación, esto es, la personificación de la unidad de los derechos y obligaciones y nunca; algo distinto al propio derecho.²⁰⁹

De nueva cuenta; aunque justifico los motivos por los cuales Kelsen le quitó la categoría de persona a los sujetos de Derecho, no comparto con el Maestro Martín Díaz y Díaz dicha postura, en virtud de que a la persona no puede serle negada su existencia física y real por ser una entidad biológica del derecho, categoría real del mismo y porque; en última instancia estimo que todo sistema jurídico se diseña para armonizar los intereses de las personas y no, éstas hechas a la medida de los intereses de un ordenamiento jurídico y mucho menos a los de una Teoría que, sin ser el derecho Puro, pretende aquella el ideal de pureza, remitiéndome, para no incurrir en repeticiones ociosas, a lo expresado en el capítulo 3.4.6. del presente trabajo en lo relativo a las críticas que hago, sobre el particular, a la postura del profesor visitante de Oxford.

5.4.7. El Estado Como Sistema De Normas Regulatorias De La Fuerza y Como Motivador De Ciertos Sentidos De La Conducta.

En el pensamiento de Kelsen los conceptos de comunidad, sociedad y Estado corresponden todos al sentido de la categoría de orden regulado, o sistema de normas coactivas que es como define el jurista vienés al Derecho.

209 Kelsen, Hans, La Teoría Pura ... op. cit., p. 183.

De esta manera, el discípulo de Cohen, apunta lo siguiente: “Comunidad es el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos”,²¹⁰ “la sociedad es una convivencia ordenada, esto es, el orden de la convivencia de los individuos”.²¹¹ El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico ... Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca...²¹² En este sentido, aunque la Teoría Pura del Derecho constituye, entre otras cosas, un esfuerzo crítico de la doctrina jurídica tradicional, a fin de cuentas, nos señala acertadamente Martín Díaz y Díaz, en una visión dogmática que ofrece cauces para reconducir los hechos sociales a la dimensión normativa del Derecho.

Igualmente, Jesús Ignacio Martínez en su obra “La Imaginación Jurídica”, descubre en Kelsen esta forma de semantizar los conceptos al establecer que “... los hechos con los que trabaja el Derecho acaban por ser internos al mismo derecho, siendo hechos ya seleccionados, filtrados y tratados por el Derecho que, por tanto, forman parte de su mundo...”²¹³

Sin embargo; pese a que la Teoría Pura del Derecho juridiza la realidad en que se sustentan los sistemas jurídicos, el jurista vienés presentó

210 Kelsen, Hans, La Teoría Pura ... op. cit., p. 161.

211 Kelsen, Hans, ¿Qué es justicia?, op. cit., p. 152 y sigs.

212 Kelsen, Hans, Teoría General ..., op. cit., p. 217.

213 Martínez, J. Ignacio, La Imaginación Jurídica, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 91.

importantes deslices empíricos al fundamentar al estado normativizado en la concepción sociológica Weberiana del orden que garantiza que los pasajes de la Teoría Pura del Derecho puedan trasladarse fácilmente a la Teoría Social. Así, cuando Kelsen define al derecho como un orden coactivo y; a la coacción como aquella que consiste en la explicación de la “fuerza” a una determinada conducta, ligando a la consecuencia con el acto antijurídico, tenemos que desde una perspectiva sociológica, en el ámbito fáctico, estamos frente a una forma particular de ejercicio de la fuerza en la que la violencia se utiliza como recurso para la motivación de ciertos sentidos de la conducta con lo cual; se tienen magníficas aportaciones para los análisis que tengan los sociólogos al respecto. Así también, los políticos y los filósofos ante la perspectiva Kelseniana pueden canalizar las concepciones del profesor de Berkeley en torno a la relación entre Derecho y Poder, el fundamento último de éste, y también la de los valores al establecer el hacedor de la Constitución de Weimar lo siguiente “... la norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico...”, o “como sistema de calificación de la conducta, redondearía”” Bobbio.²¹⁴ En consecuencia, pese al error del jefe de la Escuela de Viena de confundir el Estado con el Derecho y de concebir a la fuerza el fundamento último del poder y el objeto de la

214 Kelsen, Hans, *La Teoría Pura...* op. cit., p. 30 y véase también, Bobbio, Norberto, *Contribución A La Teoría Del Derecho*, Ed. a cargo de Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Ed., Debate, 1990. p. 132.

reglamentación jurídica; no se negará que la concepción del jurista vienés de positivizar los lineamientos sociológicos, éticos y políticos constituyeron un valioso material para ser admitido o cuestionado por sociólogos, filósofos y politólogos que, antes de Kelsen, hacían observaciones inconsistentes de los fenómenos sociales sin tomar en cuenta al derecho o reduciéndolo a una super-estructura, una variable más, etc.

5.4.8. Los Órganos Especializados Del Orden Normativo Bajo Las Premisas Durkehimianas De La División Del Trabajo.

En relación con este apartado, se abordarán los siguientes temas:

A) Vida y obra de Emilio Durkeim.

B) El pensamiento de Emilio Durkeim, sus aportaciones a la Sociología.

1. La Escuela Sociologista.
2. El Objeto Propio de La Sociología.
3. Teoría Del Hecho Social.
4. El Método Sociológico.
5. Reglas Para la Explicación De Los Hechos Sociales.
6. La División Del Trabajo.
7. Formas De La División Del Trabajo.

8. Otras herencias valiosas.

C) Influencia del Pensamiento De Emilio Durkeim, en la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen.

A) Vida y obra de Emilio Durkeim.²¹⁵

La vida de Durkheim (1855-1917) transcurre en medio de los efectos de la guerra pues inicia en la segunda mitad del S. XIX y, su muerte se precipitó por el efecto que le produjo el deceso de su hijo en el frente de batalla.

Las disensiones de la vida civil, el industrialismo y; la Primera Guerra Mundial, fueron factores que evidenciaron el carácter crítico de sus observaciones sobre el orden y la Autoridad. El sociólogo francés, atacó los postulados del utilitarismo inglés, de la ética Kantiana, del marxismo, y de la sociología de Herbert Spencer y darwinista.

Durkheim, fue en general un estudioso que rechazó los extremos del desorden pero nunca, bajo un enfoque inmóvil o reaccionario. Vivió dentro de los parámetros democráticos de la Tercera República y como tal, fue un hombre de su tiempo sin, verse seducido por el pensamiento moderno, en cuanto éste se planteó preponderantemente como una apología del

²¹⁵ Díaz y, Díaz Martín, Derecho y Orden, op. cit., p. 12 y sigs; véanse también, Reale, Giovanni, et. al; Historia del Pensamiento Filosófico y Científico, op. cit., tomo III, p. 355-358 y Bottomore, T.B., Introducción a la Sociología, traducc. de Jordi Solé Torá, onceava edición, Editorial Península, Barcelona 1992, p. 45 y 259.

individualismo y del Mercado. A pesar de haber sido, hijo de un rabino prominente, a la vida de este gran sociólogo, transcurrió como la de cualquier académico reconocido de su época.

Gracias al resultado de sus cátedras, y al éxito de sus trabajos, pudo trascender al ámbito de la Universidad Provinciana y ocupar una plaza de profesor en la Universidad de París. De entre sus obras destacan las siguientes:²¹⁶

a) Las reglas del método sociológico (1985) en donde Durkheim hace entrar en crisis a la Sociología sistemática de Comte, Spencer, Proudhon y Marx. En opinión del sociólogo francés, la sociología no es ni debe ser una metafísica que determine la naturaleza de la sociedad ni tampoco; una ciencia confundida en su objeto de estudio con otras. De esta manera en “Las Reglas del Método Sociológico” Durkheim considera a la sociología como una ciencia autónoma cuyo objeto de estudio serán los hechos sociales que -en su opinión-, consisten en maneras de actuar, de pensar y de sentir, exteriores al individuo y dotadas de un poder coactivo. Tales hechos sociales, señala Durkheim, tienen como base a la sociedad (no, al individuo), y en consecuencia; no pueden confundirse con los fenómenos orgánicos (que

216 a) Durkheim Émile, Las Reglas Del Método Sociológico, trad. de L.E. Echeverría Rivera, 3a. ed., Madrid, Ed. Morata, 1982, Biblioteca de Política, Economía y Sociología. b) Durkheim, Émile, La División Del Trabajo Social, México. de. Colofón, sin año.

consisten en representaciones y acciones) ni con los fenómenos psíquicos, que sólo existen en la conciencia individual y por medio de ésta.

b) La Educación Moral, en donde se ofrece una idea de la moral basada en el deber y en la obediencia. La regla moral, quedó definida por Durkheim, como mandato y como motivo de prohibición. La moral, a su vez, deviene, para este autor, en factor de inhibición de las pasiones humanas y también de encuadramiento del individuo en la sociedad, a partir de un proceso de adaptación seriamente voluntario, comprimiéndose de esta forma su libertad. Bajo esta idea Durkheim, sentencia que no existe más autonomía de la conducta del sujeto que aquella proveniente directamente de las leyes.

En esta obra también; Durkheim critica a las teorías que celebran las ventajas de la libertad no reglamentada porque -en su opinión- hacen en realidad “una apología de un Estado mórbido”.²¹⁷ Así mismo, la autonomía personal, bajo esta concepción, aparece como una prerrogativa declinante, cuyo sacrificio a la idea de orden resulta justificable.

Finalmente; Durkheim alude a un tercer elemento de la moralidad y que se refiere, concretamente, al grado de comprensión que mantengan lo s sujetos sociales acerca de la superioridad axiológica que despliega sobre ellos la sociedad. En cuanto dicha comprensión se transforma en aceptación y

217 Durkheim, Émile, La Educación Moral... op. cit. p. 65.

consenso, la imposición del mandato moral, aparece como un hecho menos autoritario y más coherente con los criterios de la legitimidad democrática contemporánea. Sin embargo; el sociólogo francés nunca aclara cuando el consenso se produce por el concurso voluntario y, cuando es resultado de la imposición, dado que la voluntad individual, se desenvuelve siempre interferida por la presión social y por la educación. Con todo lo que pueda cuestionarse al respecto, es innegable que la relación dialéctica individuo-sociedad, planteada por el profesor de la Universidad de Burdeos, nos invita a plantear el desarrollo de la realidad social desde una perspectiva no dogmática e incluso constructivista o bien; a una interpretación rígida desde la perspectiva del orden. Así las cosas, tenemos que existe un equilibrio difícil a analizar por los juristas, politólogos y sociólogos, entre los extremos que acotan esta especie de tiranía grupal, por un lado, y la libertad irrestricta del individuo, por el otro.

c) Lecciones De Sociología Física De Las Costumbres y El Derecho; en la cual, Durkheim ataca las posturas del contractualismo por ser incongruente -dice- con su concepción de los hechos morales. Así, mientras que para Rousseau la idea de construcción avanza de la persona a la comunidad, en cambio para el sociólogo francés, avanza de la sociedad al individuo. Durkheim se opone a reconocer que el contrato social implique la secuencia

posterior de las prerrogativas que investían a los individuos en su etapa precivil y dice que es incoherente tal concepción porque ningún estado de aislamiento, puede ser considerado como fuente de prerrogativas jurídicas o morales. Sólo a través de la vida social, estima Durkheim, el hombre se sobrepone a la indigencia moral. Así mismo, en esta obra, el profesor de la Universidad De La Sorbona, se opone a la concepción Kantiana del hombre-fin por descubrir detrás del contractualismo la propuesta del individualismo ilustrado, en virtud de que -en su opinión- los derechos fundamentales del hombre, proclamados en plena cúspide jacobina, no hayan logrado convertirse en prácticas sociales efectivas siendo, para este sociólogo, más un mero discurso que un estado genuino de la vida social. De igual manera, Durkheim tampoco acepta la idea del contrato social en cuanto fórmula de legitimación política porque si la ley fuera en realidad obra de un acto voluntario, señala el sociólogo francés, cabría sustituirla en cualquier momento por otra voluntad igual. La crítica de Durkheim al individualismo, que hace en esta obra, tiene como causa la visión, que propone el sociólogo científico, del Estado como factor uniformador y organizador del orden moral en su máximo extremo de generalidad siendo en consecuencia; los órganos públicos quienes deben garantizar la integración moral. A Durkheim, nunca le agradó la idea del Estado-gendarme y por eso, rechazó la tesis de "su neutralidad moral". Tal

desconfianza del sociólogo, en estudio, débese a la inseguridad que le produce el hecho de que al Mercado se le atribuyan misiones como la codificación de las funciones sociales.

d) La División Del Trabajo Social (1893), obra en la que Durkheim, intenta ofrecer una explicación de la división del trabajo indagando acerca de la solidaridad social en la sociedad moderna. A este propósito, como se verá más adelante, Durkheim distingue entre sociedades simples (basadas en los vínculos consanguíneos), en las que opera la solidaridad mecánica y; sociedades secundarias, simbolizadas por la división y la especialización de las funciones, en las que opera la solidaridad orgánica.

c) El Suicidio (1897); toda vez que Durkheim, considera los beneficios de una sociedad moderna estructurada bajo los principios de la división del trabajo, sin embargo; considera que también hay elementos de insatisfacción que traen como consecuencia un aumento en el número de suicidios y, así escribe esta obra en la que, agotando los factores psicológicos y sociales que determinan al suicidio, distingue de éste 3 tipos que corresponden a su vez, a 3 tipos de solidaridad social. De esta manera, existen:

a) El suicidio altruista, provocado por motivos sociales (como el hombre que se mata para evitar el deshonor o bien; el anciano de una tribu nómada que se quita la vida para no convertirse en una carga para el

grupo), y; dicho suicidio, aparece en el interior de los grupos fuertemente cohesionados, donde los fines colectivos son vividos y considerados como superiores a los individuales y donde el individuo únicamente importa en función del grupo.

- b) El suicidio egoísta, que es el que se da en personas muy poco ligadas al grupo, esto es, dicho suicidio es el típico de aquellas sociedades en las que prevalecen la responsabilidad, la iniciativa personal y la libre elección y, en la que hay que afrontar la crisis con medios y recursos personales, más que con los institucionales.
- c) El suicidio anómico, que; toda vez definida por Durkheim la anomia como aquella situación en la que no existen normas, leyes, etc., o bien se encuentran contradictorias o ineficaces, señala que en circunstancias de esa clase, aunque continúe existiendo el grupo, no existe la menor solidaridad y el individuo deja de tener sistema de apoyo o puntos de referencia. La anomia es un estado de desorden y Durkheim se dio cuenta de que el porcentaje de suicidios aumenta en las épocas de grandes depresiones económicas y de conflictos sociales. Pero, también comprobó que dicha tasa se incrementa en los períodos de prosperidad inesperada y repentina. Según Durkheim, tanto la depresión como la prosperidad, llevarían al hundimiento de

las expectativas y al aumento de los suicidios. Por otra parte; en lo referente a los suicidios altruistas y egoístas, aduce que el número de los mismos es muy elevado entre los librepensadores, al igual que entre los protestantes, mientras que el porcentaje es reducido entre los católicos y todavía más bajo entre los judíos, debido a la integración social que producen sus respectivas creencias religiosas. Durkheim; también nos dice que se registran más suicidios entre los solteros, los divorciados y los viudos que entre los casados; y hay más suicidios entre los casados sin hijos que entre los casados con hijos.

Habiéndose hecho un somero análisis de las principales obras de Durkheim, sólo resta decir que, nacido en el seno de una influyente familia judía de Alsacia, fue profesor de la Universidad de Burdeos y, en 1902 de la Sorbona. Fue fundador de la Revista "Año Sociológico" que -como señala Tiryakian-, reunió en sus páginas a un grupo de jóvenes analistas, cuya generación, iba a ser, a la postre, la pléyade de la Sociología francesa del siglo XX.²¹⁸

218 Tiryakian, Edward, , en el libro de Bottomore, Tom y Nisbert, Robert, Historia del Análisis Sociológico, traducc. de Leandro Wolfson, Buenos Aires, de. Amorrortu, 1988 p. 235 a 247.

1. La Escuela Sociologista.

Durkheim, es el fundador de la denominada Escuela Sociologista. El mérito principal de Durkheim, consiste en haber independizado la explicación de los fenómenos sociales, proponiéndose y logrando explicarlos no por otra índole de fenómenos ajenos a lo social, sino puramente por los fenómenos sociales mismos. Los pensadores anteriores recurren a otras ciencias como la Física en Comte, la Biología en Spencer, la Psicología en Tarde, para explicar los fenómenos de la colectividad; pero no se había planteado la necesidad de la purificación de la Sociología explicando los fenómenos que estudia sin acudir a ciencias extrañas, sino a la misma Sociología.

Propónese el sociólogo citado, la elaboración de la Sociología planteándose, como lo hará posteriormente Kelsen con relación a la Dogmática jurídica, un objetivo de “pureza”, dando así con el método adecuado para las investigaciones sociológicas.²¹⁹ Es así, como su Doctrina constituye la Escuela Sociologista. No es mecanicista, ni organicista o psicologista; pues establece que los hechos sociales, no se deben explicar por otros hechos que no sean los típicamente sociales, sin recurrir a factores o zonas de fenómenos diversos a éstos.

219 Durkheim, Émile, *Las Reglas Del Método Sociológico*, op. cit., p. 8 y siguientes.

2. El Objeto Propio De La Sociología.

El pensamiento de Durkheim, representa la antítesis más radical a la Doctrina de Tarde. Tarde explica los fenómenos psíquicos individuales, por lo mismo, Tarde representa un individualismo psicológico. Durkheim, en cambio, elabora una teoría colectivista, sociologista para explicar los fenómenos inter-humanos.

Para Tarde, la base, el origen de todo fenómeno social, está en el acto psíquico individual. Para Durkheim, lo social no va a explicarse por lo individual, sino que el fenómeno social tiene una autonomía, una existencia propia, definida, que no puede explicarse por lo individual.

Los hechos sociales, establece Durkheim, están integrados por datos psíquicos que provienen de los individuos que en dichos hechos participan pero son algo más que la suma o yuxtaposición de los procesos psicológicos individuales; y en la medida en que sean independientes estos hechos sociales de esos datos psíquicos individuales podremos considerar a los hechos sociales como objetos privativos de una ciencia nueva.

3. Teoría del Hecho Social.

El hecho social, no es la suma de los procesos psicológicos individuales, sino que se encuentra fuera de la Psicología individual.

Los fenómenos sociales se nos aparecen como representaciones colectivas que son independientes de nuestras representaciones individuales, y que se imponen a nuestra voluntad, por la cual se presentan los fenómenos sociales como “externos”, “objetivos” y “coactivos”, susceptibles de una investigación directa basada en la observación; un dato con plenos caracteres de objetividad, exterioridad y coactividad.

El hecho social, objeto de la Sociología durkheimiana, es tan real que debe considerársele como una “cosa” o dato real. Este hecho social, tiene tres caracteres fundamentales “exterioridad”, “objetividad” y “coactividad” o compulsividad.

Su exterioridad, consiste en que el hecho social, se encuentra por encima de la individualidad que lo engendra y fuera de ella. En consecuencia; no es interno, sino externo.

Constituye el hecho social, un objeto, una objetividad, una realidad concreta, una “cosa”. No es subjetivo, sino objetivo. Y además; es tan objetivo y externo, que actúa compulsivamente, presionando sobre las conciencias individuales.

El hecho social, tiene una realidad tan objetiva que el comportamiento de las psiques individuales, cuando se encuentran en grupo, en sociedad, están influenciadas por el hecho social. Esto viene a comprobar que el hecho

social, es diferente al hecho individual. Cuando actúa el individuo en sociedad, lo hace bajo la presión de un fenómeno, de un hecho que se encuentra por encima y fuera de ese individuo. Las maneras de pensar, sentir, querer y actuar dependen y están condicionadas a la determinada y específica sociedad dentro de la cual el individuo se desenvuelve. Cada una de las maneras como los individuos se comportan, así como las formas del pensamiento, obedecen a la presión del grupo.

Durkheim concluye, pues, que la Sociología tiene como objeto propio el “hecho social”, consistente en las maneras de sentir, pensar, querer y actuar externas al individuo y que se imponen a él en forma coactiva o compulsiva.

Define a la Sociología, como la ciencia de las “instituciones sociales”, da su génesis y desarrollo; y, concluye que las mismas no son otra cosa más que hechos sociales.

4. El Método Sociológico.

En este punto, dado que el profesor de la Universidad de Sorbona, se inspira en el gran filósofo René Descartes, se analizará del mismo su gran obra “El Discurso del Método”,²²⁰ los siguientes temas:

220 Descartes, René, Discurso del Método, tomo 6, vigésimo-séptima edición, Editorial Espasa Calpe Mexicana, S.A.; México, 1997.

A) Las consideraciones cartesianas en torno a las ciencias.

B) Las reglas principales del Método Cartesiano.

C) Las reglas morales, deducidas De un particular Método: el científico.

D) Puntos De Contacto entre René Descartes y Emilio Durkheim.

A) Las Consideraciones Cartesianas En Torno A Las Ciencias.- En esta parte, de la obra citada anteriormente, Descartes nos describe sus experiencias como estudiante en el Colegio de la Flèche, con los Jesuitas y, critica la falta de veracidad y orden lógico en el mundo de las humanidades, en contraposición; con el rigor metodológico de las ciencias exactas como las Matemáticas que, eran de las disciplinas predilectas del filósofo escéptico, por la certeza y evidencia que poseen sus razones. Así pues, critica de manera muy irónica a quienes cultivaban las disciplinas teológicas por considerar, el célebre matemático, que las verdades reveladas que conducen a la salvación; escapan a la razón humana para comprobarlas y que; por lo mismo se necesitaría, para llegar a ellas, pedir ayuda del cielo y ser por lo tanto; algo más que hombre para descubrirlas.²²¹

B) Las Reglas Principales Del Método Cartesiano. En este capítulo del “Discurso del Método”, Descartes nos relata la situación en que se encontraba

221 Descartes, René; El Discurso Del Método, op. cit., págs. 30, 33 y 34.

Alemania, por la guerra de los treinta años, y como el 10 de noviembre de 1619, vislumbra su ideal de ciencia rigurosa, basada en las Matemáticas.

La idea central para Descartes, es crear un sistema filosófico avalado por un orden lógico y verdadero, similar al de las Matemáticas, a las que nuestro autor, concibe como un edificio mental sólidamente estructurado e inmune a las opiniones de cualquier profano en la materia. Este ideal cartesiano, es la bandera de todo pensador que se precie de la seriedad de sus intuiciones, afirmaciones y construcciones mentales.

Descartes considera que, para evitar el error, no basta la inteligencia, es necesario; saber cómo aplicarla adecuadamente con la ayuda de un método. El autor, en estudio, pone especial énfasis en la necesidad de un método racional, que por principio de cuentas, libere al hombre de la fácil caída en el error. De esta manera, Descartes describe sus famosas 4 reglas metódicas siguientes:²²²

- a) No aceptar como verdadera cosa alguna, como no se supiere con evidencia lo que es. (Regla de la evidencia).
- b) Dividir cada una de la dificultades que se van a examinar, en tantas partes como sea posible y necesario para resolverlas mejor. (Regla del análisis).

²²² Descartes, René, op. cit. p. 40.

c) Conducir por orden los pensamientos, empezando por los objetos más fáciles de conocer, para subir gradualmente hasta el conocimiento de los más complejos. (Regla de la síntesis).

d) Hacer enumeraciones tan completas, y revisiones tan generales; como para estar seguro de no omitir nada. (Regla de las enumeraciones y repeticiones).

C) Las Reglas Morales, deducidas De Un Particular Método: El Científico.

Las reglas morales que Descartes ha atribuido a su método son las siguientes:²²³

a) Seguir las leyes y costumbres del país en que se nació, conservando la religión en la que uno se instituya desde niño.

b) Someter a la razón, de manera constante, las más dudosas opiniones.

c) Vencer las tentaciones de la fortuna, los deseos y tener un auto-control orientado por la razón. (Nótese como se trasladó este pensamiento a las ideas sostenidas por Durkheim en su obra “La Educación Moral” donde pugna por la inhibición de las pasiones humanas.²²⁴

Dichas reglas, constituyen la moral provisional del autor referido, para evitar que el conocimiento se oriente por los sentidos, deseos, pasiones, etc., y

223 Descartes, René, op. cit., p. 43 a la 45.

224 Durkheim, Émile, op. cit., p. 51 a la 65.

no; por la razón.

D) Puntos de Contacto Entre René Descartes y Emilio Durkheim.

Desde luego, que tales puntos de contacto se analizarán exclusivamente atendiendo al aspecto metodológico.

Según Descartes, para llegar a una verdad más o menos pura, se debe principiar por desechar y dudar, de las ideas preconcebidas; se debe partir sin prejuicios de ninguna naturaleza. Así, el punto inicial de toda meditación debe ser la duda; dudar de todo, del mundo, de Dios en suma; de uno mismo.

Lo que se propone Descartes, es depurar el conocimiento, principiando por no dar crédito a lo que se ha dicho por otros; no importa que hayan sido Sócrates o Platón, Aristóteles, San Agustín o Santo Tomás de Aquino de quienes se trate; ni aún lo que nos proporcione el conocimiento o experiencia sensible; hay que caminar por el mundo del conocimiento sin ningún prejuicio. Parte de esta duda y, encontrándose ahí, descubre su primera afirmación, conduciéndose de la siguiente manera: Dice, "Dudo; pero este acto de dudar implica un sujeto que dude, entonces llego a la conclusión de que yo existo". De esta manera, el Padre de la Filosofía Moderna, formula las bases de su método de la siguiente forma: "Si yo dudo, pienso, y si pienso; existo". Esta fórmula la expresa primero en Latín, lengua universal de la ciencia y de gran elegancia en su época, de la siguiente manera: "Dubito,

ergo cogito, cogito ergo sum”.²²⁵ En este sentido, Descartes se comprenderá lógicamente el por qué es el fundador de la duda metódica.

Pues bien, hecho este recorrido sinóptico sobre la obra más importante de René Descartes como fuente de los dualismos que se encuentran en la Teoría del Derecho y, en la Sociología científica, tenemos que Durkheim, al igual que el autor de la Geometría Analítica, sostiene que en la investigación sociológica, debe evitarse todo prejuicio. En la investigación se debe proceder sin aceptar ninguna idea preconcebida.

Otro principio, apuntado por el fundador de la Revista “Año Sociológico” es el relativo a que debe evitarse toda preocupación teleológica o relativa a los fines, y que tratará, el investigador, de encontrar las causas de los fenómenos sociales dentro del medio social en que se produce el hecho de que se trata.

5. Reglas Para La Explicación De Los Hechos Sociales.

Serían, en opinión de Durkheim, las siguientes:

1. La causa determinante de un hecho social debe buscarse entre los hechos sociales anteriores o antecedentes, y no en los estados de conciencia individual.

225 Descartes, René, op. cit., p. 49-55.

Quiere decir esto que la explicación de cualquier fenómeno social no debe buscarse desde un punto de vista fuera de lo social o fuera de cualquiera otra situación que no sea la situación social precedente.

2. La función de un hecho social debe buscarse en la relación que sostiene con cualquier fin social. También, deben descubrirse las reglas de verificación o comprobación. A este respecto, el profesor de la Universidad de Burdeos, elabora el principio de las variaciones concomitantes, y del cual infirió lo siguiente: La observación de la presencia o ausencia de dos fenómenos en un momento dado, y la comprobación de las variaciones que se presenten en las distintas posibilidades de combinación de uno y otro fenómenos.

Esto es, que cuando se presenta un fenómeno, trae otro fenómeno como consecuencia.

6. La División Del Trabajo.

Una vez que Durkheim, ha encontrado un objeto a la Sociología y haberle dado a esta ciencia un método, elabora todo un sistema sociológico. Así pues, partiendo del descubrimiento fundamental de que el hecho o fenómeno social que es principio u origen de todos los demás es “la división del trabajo”. Todo fenómeno social, toda institución colectiva se explica básicamente por este fenómeno primario de la división del trabajo.

Así como Tarde lo explica todo por el fenómeno de la imitación; Spencer por los organismos biológicos y Comte por las correlaciones causales, Durkheim parte de la división del trabajo, que consiste en la distribución de las funciones, actividades o labores entre los integrantes de una colectividad. Este fenómeno es para Durkheim el eje de toda su Sociología Sistemática. No hay ninguna institución política, religiosa, artística, doméstica, etc., que no se origine y explique por este fenómeno.

Su obra principal se titula "La División Del Trabajo Social".

Este fenómeno de la División del Trabajo produce todas las formas de la solidaridad humana, esto es, todas las manifestaciones de la vinculación entre los hombres.

Cuanto fenómeno de relación interhumana existe, se produce por la división del trabajo. Es el factor socializante; es la causa que relaciona a los hombres.

7. Formas De La División Del Trabajo.

Durkheim divide su Sociología sistemática en dos partes: Estática y Dinámica. En la Estática Social se analizan dos formas principales de la División del Trabajo:

a) División del trabajo por similitud o semejanza.

b) División del trabajo por disimilitud o desemejanza.

La primera forma de división del trabajo produce la “solidaridad mecánica”; en cambio, la división del trabajo por disimilitud produce la “solidaridad orgánica”.

Durkheim relaciona los tipos de solidaridad con las formas de división del trabajo. A la división por similitud corresponde la solidaridad mecánica, y a la división por disimilitud corresponde la solidaridad orgánica.

La división del trabajo, significa la repartición de las actividades. Esta división puede ser correspondiendo a cada miembro funciones iguales, sólo que en menor cantidad; división del trabajo en que cada miembro o componente efectúa iguales funciones. Estamos ante un tipo de división por similitud; se ha dividido el trabajo, pero no se ha diferenciado, ya que todos tienen iguales funciones, produciendo la vinculación mecánica: todos son agricultores, comerciantes, pastores, guerreros, etc. A la vez. Esta primera forma corresponde a la sociedad primitiva, indiferenciada que tiene su expresión más propia y precisa en el Derecho Penal.

En cambio, existe otra forma de división del trabajo más profunda, más intensamente evolucionada, la que consiste en la distribución de las actividades o funciones entre los miembros del grupo, en cuya distribución cada componente efectúa funciones diferentes; unos son comerciantes, otros

agricultores, guerreros, pastores, industriales, sacerdotes, etc., actividades que, en suma, están diversificadas o especializadas. Esta es la división por desemejanza o disimilitud, que produce el segundo tipo de solidaridad o sea, la solidaridad orgánica, consistente en una mayor vinculación o interdependencia entre los individuos que componen el conglomerado de que se trata. Aquí, los individuos se encuentran más diferenciados por las funciones que cada uno desempeña dentro del grupo.

La dependencia, entre los miembros de la colectividad, es recíproca y ocurre como consecuencia de la diversidad funcional. La expresión más típica de esta solidaridad orgánica se encuentra objetivada en el Derecho Civil.

La Dinámica Social, estudia el tránsito de un tipo de división del trabajo al siguiente; o sea, el paso de la división del trabajo por semejanza a la de por desemejanza, con las formas sociales accesorias que le acompañan.

El paso de una sociedad de tipo segmentario a la de tipo orgánico, en la cual no sólo varía el volumen sino también la densidad social.

Quiere decir esto que aumenta el grado de interdependencia, o sea, aumenta el número y la intensidad de los vínculos entre los miembros del grupo.²²⁶

226 Véanse las obras de Senior, F. Alberto, *Sociología*, Duodécima edición, editorial Porrúa, México 1993, p. 129-138 y; López Rosado Felipe, *Introducción a la Sociología*, 39 edición, edit. Porrúa, México 1996, p. 275 y sigs.

8. Otras Herencias Valiosas.

Este sociólogo, además de encontrarle un objeto propio a la Sociología, darle un método y; estructurar el estudio de los fenómenos sociales, en su Estática y Dinámica, bajo los principios de la División del trabajo, realizó una serie de trabajos, como se vió anteriormente, en materia ética, religiosa, Pedagógica, etc.

En el campo de la ciencia jurídica resulta interesante el trabajo de Durkheim, por haber insistido, como nadie, en el carácter constructor del Derecho en relación con las formas específicas de organización social.

La sociología Durkheiminiana, al haber eludido al Estado como núcleo predominante en la gestación del orden, abrió perspectivas amplias para recuperar la importancia de los mecanismos integradores de origen estrictamente social. Su enfoque es invaluable cuando se proyecta hacia la explicación de los aspectos jurídicos, porque el Derecho Moderno normalmente se analiza como factor asociado de manera consubstancial al Estado. La Sociología, en cambio, coloca los fenómenos normativos en una dimensión más amplia, que corresponde a la convergencia de los elementos públicos y privados en el cauce común del proceso por el que se construye el orden dentro de las sociedades contemporáneas.

El análisis del Derecho, desde la perspectiva del orden, nos permite tener alternativas para analizar el fenómeno jurídico en conexión con los procesos de institucionalización de la vida social.

El punto de vista sociológico, permite aproximar el sentido de las disposiciones jurídicas al cauce histórico de las sociedades y aporta elementos para integrar una explicación alternativa a los habituales tratamientos dogmáticos, imperantes en la Doctrina jurídica tradicional.

Por otro lado, el estudio que hace, el sociólogo francés, sobre, el suicidio constituye una valiosa aportación a la Psicología Social para tener un reflejo inequívoco de la estructura y condiciones de una sociedad en una determinada época.

Ahora bien; por lo que toca al estudio que lleva a cabo Durkheim en materia religiosa, resulta interesante, la óptica del citado sociólogo, al concebir al fenómeno religioso como producto social y definirlo como un sistema solidario de creencias y prácticas; investigando los elementos fundamentales que integran las religiones: el Maná, el Tabú, el Tótem, etc.

Así mismo, en materia pedagógica, Durkheim inicia una verdadera Sociología del conocimiento al investigar sobre las formas del pensamiento condicionado o dependientes del desarrollo de la estructura social.

C) Influencia Del Pensamiento De Emilio Durkheim, En La Teoría Pura Del Derecho de Hans Kelsen.

Los argumentos con los que Kelsen atacó a los contractualistas, tienen su origen en las tesis Durkheimianas así como; los interesantes planteamientos que lleva a cabo sobre las funciones a desempeñar por el Estado bajo los principios de la división del trabajo de Emilio Durkheim; que también utilizó para sostener que el Derecho es unitario. En efecto, Kelsen al elaborar su explicación inicial de lo jurídico, no parte del concepto de libertad sino del deber.²²⁷

Al modo del sociólogo francés, reconoce la prioridad del fenómeno del orden sobre cualquier determinación de carácter idealista. La heteronomía que supone cualquier orden normativo causa malestar a los sujetos sociales que, han experimentado la conciencia del valor de la libertad, siendo en consecuencia; sumamente molesto para ellos el someterse a una voluntad ajena por ello; Kelsen introduce la idea de un orden coactivo que promueva ciertas medidas de control. Así Kelsen establece lo siguiente:

“... El acceso a la sociedad significa ruptura con las leyes naturales, pero el tránsito del estado natural a la vida civil no puede ser el resultado puntual de un acuerdo voluntario; se trata de un proceso histórico y de un

227 Kelsen, Hans, La Teoría Pura... op. cit., p. 18 y siguientes.

desarrollo parsimoniosos...”²²⁸ También expresa que “... la fundación del Estado, la génesis del orden jurídico o de la voluntad del Estado no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos nace situado dentro de un régimen ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena.

Queda, pues, solamente a su alcance el desenvolvimiento y las rectificaciones de aquel orden...”²²⁹

De esta manera, tenemos que para Kelsen, como para el sociólogo francés, la fuerza integradora de la vida social, no se sustenta en la voluntad de los miembros del grupo sino en los elementos normativos de un sistema jurídico. En esta tesitura, el control social, es por tanto, un proceso técnico que se manifiesta en medidas directas e indirectas de motivación de la conducta. La moral es retrato fiel de las primeras y, el Derecho corresponde a las segundas. Como se advierte, en este aspecto que el enfoque sociológico y el dogmático evidencian que la coincidencia es total entre el jurista vienés y el sociólogo, profesor de la Universidad de Burdeos. Para el sociólogo francés, Derecho y Moral comparten la función normativa; sin embargo; el orden

228 Kelsen, Hans, *La Teoría Pura...* op. cit. p. 74 y; Kelsen, Hans, *Esencia y valor de La Democracia*, traducc. de R. Luengo Tapia y Legaz y Lacambra, México, de. Nacional, 1974, p. 17.

229 Kelsen, Hans, *Esencia y Valor De La Democracia*, op. cit. p. 22.

jurídico ofrece un nivel de tecnificación que lo convierte en una Moral Especializada.²³⁰

De esta forma, puede concluirse que las tesis del sociólogo alsaciano en contra del voluntarismo contractualista sirven a Kelsen para criticar la noción del Derecho subjetivo tradicional de los juristas Jhering y Savigny.

Ahora bien; por lo que toca al tema del Estado, al cual equivocadamente Kelsen confunde con el Derecho, es menester señalar que sin las teorías de la División del trabajo de Durkheim y, del cuadro coactivo de Weber, no hubiera sido posible para Kelsen explicar las funciones normativizadas estatales.

En este sentido, resulta interesante toda vez que, el discípulo de Cohen considera que, el Derecho implica una determinada organización de la fuerza y que, el Estado no es una realidad ajena al derecho sino, un sistema de violencia juridizada, establezca lo siguiente: "... El Estado es una organización que no difiere del orden jurídico. Los órganos del orden normativo desarrollan y aplican el sistema ... En algunas circunstancias, se trata de órganos especializados que operan de acuerdo a una determinada división del trabajo, pero en todo caso juegan como núcleos reproductores que funcionan bajo la unidad y coherencia del sistema jurídico... Existe un

230 Durkheim, Émile, La Educación Moral, op. cit., p. 66 y sigs.

aparato burocrático que encuadra a los funcionarios del Estado, es decir, a los operadores de la función de gobierno en sentido estricto. A este aparato se atribuye la representación de la comunidad y la personificación del orden jurídico. Resalta también la presencia de un órgano legislativo y de otro judicial; en ambos casos, la función especializada que desarrollan es de creación y aplicación del Derecho... No hay en los tres tipos de órganos públicos alguna actividad que no corresponda a un rol jurídico... Lo que para la Doctrina jurídica tradicional, son formas de Estado, desde el punto de vista del orden jurídico resultan modos específicos de producción de normas..."²³¹

Así, la autocracia, señala Kelsen, "... se caracteriza por cerrar cualquier tipo de integración plural a la voluntad estatal; en este caso el contenido del orden jurídico es resuelto de manera vertical pro quien detenta el gobierno. Por el contrario; una democracia consiste en el procedimiento permanente de construcción del consenso social para definir el sentido del orden legal..."²³²

Según Kelsen, el interés de la teoría burguesa por mantener disociados Estado y Derecho obedece a un desideratum ideológico que tiene como finalidad justificar la existencia del Estado, en cuanto realidad política -desde la dimensión jurídica. Así, lo que Kelsen rechaza es el hecho de que se utilice

231 Kelsen, Hans, La Teoría Pura... op. cit., p. 46, 49, 57, 162 a 164, 285 y 299 a 303.

232 Kelsen, Hans, El Problema del Parlamentarismo, en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, trad. y selección de textos por J. Rufz Manero, Madrid, Ed. Debate, 1988 p. 234.

al Derecho como discurso político y que se relativicen los alcances técnicos. Sin embargo; a pesar de que para el Jefe de la Escuela de Viena el camino correcto para abordar al derecho es exclusivamente la perspectiva estructural y normativa, llama la atención el hecho de que el profesor de la Universidad de Berkeley haya utilizado conceptos Durkheimianos y Weberianos para explicar las funciones del Estado, para definir al Derecho, para atacar la ideología liberal, para detractor las tesis contractualistas, para tumbar los presupuestos del Ius-naturalismo y del capitalismo occidental, etc.

Ahora bien; por lo que toca a las relaciones entre poder y Derecho y las que se establecen entre la validez y la eficacia del sistema jurídico tenemos respuestas poco satisfactorias en la Teoría Pura del Derecho ya que el poder es analizado simplemente como un dato de la eficacia del Derecho y además, el jurista vienés, prohíbe hablar de un poder detrás del Derecho porque ello llevaría a establecer la existencia de dos realidades distintas y, como sentenció, “el dualismo de Derecho y Estado es una superstición animista”.²³³

Al respecto, conviene señalar que, a pesar de sus planteamientos en esta materia, Kelsen no logra esclarecer cómo un hecho, una categoría real, del Derecho y de la Sociología, como es la “fuerza”; se puede mantener, dentro de su Teoría Pura del Derecho, simplemente como una cualidad de las

233 Kelsen, Hans, La Teoría Pura... op. cit. p. 219 a 225.

normas. Si el poder es lo que el Derecho organiza -en opinión de Kelsen- necesariamente ello se materializará en una realidad distinta, a no ser que, como supone el hacedor de la Constitución de Weimar, al quedar regulado dicho poder, diluya el mismo, su naturaleza específica, en el carácter coactivo de las normas lo cual; como se expresó en el apartado 3.4.6., del presente trabajo, constituye un error superlativo pues el Estado no es, una normatividad normada sino una normalidad normada como atinadamente señaló Hermann Heller.²³⁴ De esta manera, el Estado es una organización jurídica, política y administrativa que ejerce un poder de dominación en un determinado territorio. Como organización, culmina en una instancia de decisión, porque el ordenamiento jurídico formulado, lo mismo como normatividad que como normalidad regular, efectiva, etc. resuelve todos los conflictos, tanto los previstos, como los no previstos, que se produzcan en el futuro.

Pero, la existencia del ordenamiento jurídico, como brillantemente expone; el Maestro Luis Recaséns Siches²³⁵, no es suficiente para determinar cuál deba ser la conducta ante el acontecimiento inesperado. Por esta razón, es menester que haya una instancia de poder, como rectora de la organización

234 Heller, Hermann, Teoría Del Estado, edición y Prólogo de Gerhart Niemayer, traducc. De Luis Toblo, 6ta. edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1971. p. 200 y sigs.

235 Recaséns, Siches Luis, op. cit., p. 263 y sigs.

social, para determinar e imponer la decisión pertinente.

Para que surja el Estado, es necesario que se produzca la unidad del ordenamiento jurídico, que se obtiene mediante la organización de las competencias estatales, según lo determinado por el sistema jurídico. Pero, a su vez, la base fundamental del orden jurídico positivo, se produce y se apoya- como señala el profesor Siches-, por un resultado de la voluntad social preponderante que establece una unidad de mando.

En consecuencia; apoyar la tesis de Kelsen implicaría negar el principio de adhesión espontánea, convertir a la fuerza en el objeto de la reglamentación jurídica y legitimar a la postre Estados transpersonalistas lo cual; es inaceptable para todo aquél que abogue por los principios que sustenten un Estado de Derecho.

De esta manera, se pueden considerar como hechos sociales, pertenecientes a la realidad del Estado, (y no; metajurídicos como opinaba Kelsen), todas las relaciones, todas las situaciones, todos los procesos sociales cuyo sentido intencional, se refiera a lo jurídico, a la creación de normas jurídicas, a su mantenimiento, a su modificación o a su derrocaión; y también, a toda acción política nacional o internacional del Estado en tanto que tal. Así, cualquier conducta que influya o tienda a influir sobre la opinión pública acerca del gobierno, acerca de la conveniencia o inconveniencia de

determinada institución jurídica, acerca del asentimiento o del rechazo a una cierta norma del Derecho; todo acto de cumplimiento o incumplimiento del Derecho; todo propósito de conservar o de procurar la substitución de unas normas jurídicas por otras, tienen, todos estos hechos en suma; una dimensión de realidad estatal precisamente en la medida en que apunten hacia lo jurídico. Ello es así; porque tales hechos, pueden influir en la creación, mantenimiento, cumplimiento, desarrollo, modificación y derogación del Derecho. Así pues, esos hechos calificados de metajurídicos por Kelsen, son elementos que, aunque no pertenezcan en sentido estricto al Derecho, están en contacto con él, sea engendrándolo, sea apoyándolo, sea cumpliéndolo, quebrantándolo, dinamizándolo, atacándolo, etc.

De igual manera, pertenecen a la realidad social del Estado, todas aquellas conductas humanas que apuntan a establecer al poder político y a orientar la acción y las decisiones de éste lo mismo en la esfera interna que en el campo Internacional.

Es entendible que Kelsen no haya ahondado en los problemas relativos a la validez y eficacia del orden jurídico pues ello es consecuencia, entre otras cosas, de que el jurista vienés no haya establecido cómo se da la relación entre el derecho y el poder político así; el Maestro español Gregorio Peces Barba establece que; "... Esta relación entre Derecho y Poder, que se produce

en la realidad del mundo moderno condicionará muchos elementos del análisis del derecho y del establecimiento de su concepto. Sólo así, podremos entender la conexión entre validez y eficacia a nivel de todo el ordenamiento, podremos trabajar en la teoría de la Justicia, parte esencial de la Filosofía del derecho, en una dirección realista tan separada del idealismo Ius-naturalista, confusión de la justicia con la validez, como de la teoría legalista de la justicia, confusión de la validez con la justicia. Naturalmente que el mandato que supone el Derecho no se explica solamente por esta relación entre derecho y Poder. Se explica por el contenido de las normas que regulan relaciones entre los hombres, y que están insertas en la realidad social y forman parte del mundo de la cultura y se explica finalmente por su forma como norma, o como conjunto de normas, es decir como ordenamiento jurídico...²³⁶

De esta forma, se puede concluir que la validez de las normas jurídicas no depende exclusivamente de la pertenencia de las mismas al orden jurídico sino también; de que las mismas, en su grosor, sean efectivamente cumplidas y acatadas, así como, la eficacia del orden jurídico, es producto de la garantía que le otorgue el mismo y del consenso de los destinatarios del derecho, existiendo como forma del poder político más generalizada, en la sociedad, la

236 Peces, Barba Gregorio, Introducción A La Filosofía Del. Derecho, Debate, Madrid, 1984, segunda edición, p. 52 y 53.

del Estado, dentro de la cual, coexisten y se relacionan los demás grupos sociales, quienes también, influyen en la conformación, mantenimiento, modificación, etc., de dicho poder estatal, normativizado por el Derecho pero, constituyendo, el mismo, una normalidad u organización suprema de una colectividad e instituida para beneficio de ésta.

5.4.9. El Derecho Como Orden y Fuera De La División Bipartita Tradicional.

Kelsen critica fuertemente a la Doctrina tradicional que asimila y fomenta la división del derecho en Público y Privado. Pues, en su opinión anima la construcción del Estado de Derecho con la intención de mantener el espacio privado exento de injerencias o controles públicos. La función ideológica de esta dicotomía, señala el profesor visitante de la Universidad de Oxford, estriba, en permitir el flujo político del interés del Estado que se proyecta por encima de los controles jurídicos estrictos.²³⁷

Dado que, para Kelsen, el orden jurídico se autoproduce de forma escalonada a través de un proceso que va de la constitución a las normas individuales; y en ese trayecto cualquier sujeto deviene órgano del sistema, al ser capacitado por una norma válida para emitir preceptos individualizados, y así mismo, conforme a los principios de la división del trabajo se especifica la

²³⁷ Kelsen, Hans, La Teoría Pura... op. cit., p. 287 a 289.

función del gobierno y coloca a los elementos de su cuadro administrativo como funcionarios, a los miembros del congreso como legisladores y, finalmente, a los integrantes del Poder Judicial como jueces; en consecuencia, señala el jurista vienés no hay razón para considerar dicha división bipartita en el derecho pues; el hecho de estimar que el espacio privado se encuentra dominado por la lógica del negocio y, el público por el de la ley; no nos habla de otra cosa más que de distintos procesos de producción del material jurídico. Así, opina el discípulo de Cohen, la función de todos estos sujetos no varía sustancialmente en relación con aquella que realizan los agentes privados, cuando actúan como protagonistas en la creación o en la aplicación de las normas individuales: unos y otros se identifican como órganos del orden jurídico.²³⁸

De esta forma, Kelsen, sin proponérselo, presenta el proceso de construcción de orden de una sociedad sin fracturar los espacios de acción de sus agentes, favoreciendo una visión acorde con las teorías sociológicas y además; ayuda a terminar de una vez, con el mito de una acción individual desgravada del interés general. En este sentido, Kelsen demuestra que el orden social, es unitario y que el trayecto que va desde las referencias más abstractas que se expresan en las Instituciones sociales, hasta las

238 Kelsen, Hans, *La Teoría Pura...*, op. cit., p. 161 a 168 y 232 a 234.

circunstancias peculiares que se presentan en la cotidianidad de la vida en común, es algo que se manifiesta sin cortes. Así, la división social del trabajo Durkheiminiana, sólo tiene, en Kelsen, un efecto relativo en las funciones de producción y aplicación del Derecho, ya que éstas pueden corresponder a los sujetos no comprometidos con los poderes públicos. Es el orden jurídico el que define la forma de participación de los órganos del Derecho en su autoproducción, y no los sujetos sociales los que determinan el proceso generativo de las normas.

Sin embargo; pese a los aciertos Kelsenianos, en este aspecto, estimo que Bobbio, a diferencia de Kelsen, al hablarnos de un poder negocial de los particulares para contratar, explica cómo la creación descentralizada de normas jurídicas supone también, una determinada distribución del poder entre los agentes sociales productores.²³⁹

5.5.0. La Norma Fundante Como Regulatoria del Hecho Instaurador Del Derecho.²⁴⁰

Al considerar el jurista vienés al Derecho como un sistema de normas, lógicamente el fundamento de validez del orden jurídico tiene que situarse, para este teórico del derecho, también en una norma. Así, en virtud de

²³⁹ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. cit., p. 178.

²⁴⁰ Al respecto confróntese de Kelsen, Hans, La Teoría Pura..., op. cit., las págs. 201 y sigs. y 230 a 232.

cualquier cadena de remisiones jerárquicas conduce a la Constitución, debe suponerse que en el fundamento de ésta existe una hipótesis básica o norma fundante, a partir de la cual el orden jurídico apoya su validez.

La norma fundante no tiene contenido arbitrario; se refiere específicamente a la constitución histórica que soporta. La norma fundante regula el hecho instaurador del Derecho; es decir, atribuye la presunción favorable a la Carta Constitucional de que sus artículos fueron promulgados de conformidad con una norma válida y emitidos por una autoridad debidamente facultada.

La norma fundante, aporta cohesión al orden jurídico, pues supone la pertenencia de las normas a un sistema unitario. La unidad del Derecho, por otra parte no se refiere a una secuencia de contenidos semánticos concordantes, sino a un modo específico de producción normativa. La norma básica, para Kelsen, no positiviza valores, sino que confiere legitimidad a los cauces de autoproducción del sistema.

Al no ser una norma impuesta y tratarse de un supuesto lógico trascendental, parecería que la misma se encuentra muy lejos de los hechos. Sin embargo Kelsen no reparó en que sociológicamente estaba demostrando que la norma fundante básica no sólo otorga coherencia sistemática al orden normativo sino que además; soporta la validez de los hechos productores o

instituciones de creación y de aplicación del Derecho, aspectos a desarrollar posteriormente por Hart y Joseph Raz, en sus teorías sobre el Derecho.²⁴¹ De esta manera, Kelsen está sustentando la legitimidad de los órganos que actúan en el proceso de creación y aplicación del Derecho, esto es, diseña un mecanismo conceptual que precisa fincar la legitimidad de cualquier poder constituido, cuyo producto mediato sea un orden jurídico. Con la tesis de la norma fundante, desde luego que, el jefe de la Escuela de Viena, no persigue atribuir virtudes morales a los gobiernos existentes, sino simplemente señalar que su legitimidad es un presupuesto necesario para explicar la eficacia del Derecho, y ésta a su vez, una condición del criterio de validez normativa.

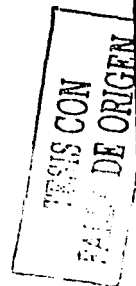
Fuera de la Teoría Pura Del Derecho, Kelsen reconoció que la Constitución en sentido positivo es antes que cualquier otra cosa, un pacto de fuerzas política así "... Cuando la norma fundante apoya la validez de la Constitución legitima su forma de creación; incluyendo al compromiso de fuerzas que le dan origen..."²⁴²

De lo anteriormente expuesto, queda claro que desde el punto de vista sociológico y no, normativo, se puede establecer que, a virtud de lo planteado

241 Al respecto, consúltese las obras de Hart, H.L.A., *El Concepto del Derecho*, 2da. Ed., traducc. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. XI y sigs., XII, 143 y 171 y; de Raz, Joseph, *La Autoridad del Derecho. Ensayos Sobre Derecho y Moral*, 2da. de., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. U.N.A.M., 1985, colecc. Estudios Doctrinales No. 62 p. 125, p. 8, 23 a 46, 55 a 73, 128 a 163, y 275 a 294; véase también de Raz, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, 2da. Ed., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, colecc. El Derecho y la Justicia, No. 13, 163 y sigs.

242 Kelsen, Hans, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", *La Justicia Constitucional*, en *Escritos sobre la Democracia*, op. cit. p. 115.

por Kelsen, con su norma fundante básica, como sustento no positivizado de un sistema jurídico, se puede establecer una conexión entre los aspectos de coherencia y de unidad del orden jurídico con las necesidades de legitimidad de un determinado régimen político.



Conclusiones Al Quinto Capítulo.

PRIMERA.- La promesa metodológica de Hans Kelsen, no fue respetada por su autor ya que; la Teoría Pura Del Derecho, se encuentra contaminada de conceptos sociológicos.

SEGUNDA.- Dos Sociólogos prominentes, influyeron en el pensamiento del Jefe de la Escuela de Viena: Max Weber y Emilio Durkheim.

TECERA.- El Profesor de la Universidad de Heidelberg, Kelsen adopta el sentido objetivo y subjetivo de la conducta, el concepto de orden, el cuadro administrativo, para la aplicación de las sanciones y, el del monopolio de la coacción física, por parte del Estado, así como el de Dominación para elaborar su definición del Derecho.

CUARTA.- Las diferencias que, guarda Kelsen con respecto de las tesis Weberianas, son que para el primero, la coactividad constituye el objeto de la reglamentación jurídica y para el segundo en cambio; una garantía externa del orden jurídico para mantener la eficacia del mismo. Además; para el discípulo de Cohen; no existe una pluralidad de órdenes normativos, a considerar en la rica gama de sistemas regulatorios del comportamiento mientras que, para el sociólogo alemán, como para el jurista italiano Norberto

Bobbio, existen una pluralidad de órdenes normativos que se relacionan y pueden incluso, entrar en conflicto con el orden jurídico.

QUINTA.- De Emilio Durkheim; Kelsen utiliza los conceptos de orden normativo, los argumentos del sociólogo francés, en contra del contractualismo, para explicar que el Estado no es producto de un pacto que, sin apoyo jurídico, se sostiene por la mera voluntad de los individuos, sino; el producto de un compromiso fundamentado por la aplicación de un orden jurídico coactivo en el que se diluye la naturaleza estatal y en el que, los individuos y sus libertades son intrascendentes frente a los deberes jurídicos a realizar no habiendo en consecuencia; derechos subjetivos, señoríos de la voluntad o intereses jurídicamente protegidos sino reverses o reflejos de las obligaciones jurídicas.

SEXTA.- Así mismo, el profesor de la Universidad de Berkeley, comulgando con la desconfianza que le inspira al sociólogo francés, el hecho de que el Mercado, codifique las funciones sociales y el Estado, asuma la postura de un mero vigilante, adopta la tesis Durkheiminiana de la División del Trabajo, para sostener que el Derecho no es ni público ni privado sino; uno dado que; en las actividades de los sujetos, sea que realicen unos, contratos y otros; elaboren leyes, en función de la División del trabajo, en realidad ambos se identifican como órganos del orden jurídico y en

consecuencia; no hay razón -señala Kelsen- para sostener la división bipartita del Derecho que tiene como intención diseñar un Estado de Derecho donde el espacio privado se mantenga libre de injerencias públicas.

SÉPTIMA.- Los llamados “deslices empíricos” de los que nos habla Martín Díaz y Díaz, en las tesis Kelsenianas, considero, en lo personal, que fungen como fundamento para sostenerse que no es posible elaborar una teoría del Derecho, fuera de la dimensión social en la que operan los sistemas jurídicos y así; al hacedor de la Constitución de Weimar, se le filtraron, en su enfoque formal y dogmático los hechos sociales como la fuerza y los actos e Instituciones de creación y aplicación del Derecho al explicar su concepto de norma básica fundante.

CAPÍTULO VI

DE LA CORROBORACIÓN DE LAS HIPÓTESIS ELABORADAS EN EL PRESENTE TRABAJO

Al inicio de esta investigación, sobre la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, se manejaron siete hipótesis cuya corroboración es la siguiente:

PRIMERA HIPÓTESIS.- “La Teoría Pura del Derecho presenta impurezas metodológicas, jurídicas y sociológicas”.

A) De lo expuesto en el Capítulo I se encontraron las siguientes impurezas metodológicas:

a) No liberó, el jurista vienés, a la ciencia jurídica de elementos extraños, al incorporar en su Teoría Pura del Derecho las tesis sociológicas Weberianas y Durkheiminianas para elaborar su concepto del Derecho, de la norma fundante básica, del sentido subjetivo y objetivo de la acción social, del cuadro administrativo para especificar las funciones estatales bajo los principios de la División del trabajo.

b) Así mismo, el jefe de la Escuela de Viena, vacía su ideología política al atacar los presupuestos del capitalismo occidental, del liberalismo económico y del Ius-naturalismo jurídico para desvanecer los conceptos de

persona, derecho subjetivo, derecho real y, los presupuestos del contractualismo reforzando un Estado normativizado por el Derecho hasta diluirlo en el orden jurídico coactivo mismo.

c) Al imponer al método, antes que preocuparse por el objeto de estudio en sí, no desentraña la naturaleza del Derecho.

B) Según lo analizado, en el Capítulo III, se extrajeron, desde el punto de vista jurídico, las siguientes impurezas técnicas:

a) Kelsen sostiene que las normas auténticamente jurídicas son las secundarias a las que él estima debiera considerárseles como primarias lo cual; es erróneo pues tanto las dirigidas a los sujetos de Derecho como, las orientadas a los órganos encargados de aplicar las sanciones, en caso de infracción a los preceptos jurídicos, tienen su razón de ser en todos los sistemas jurídicos que tienen como meta organizar a la sociedad garantizando la eficacia de los órdenes jurídicos con la institucionalización de las sanciones y, considerando también, la adhesión espontánea de los sujetos de Derecho. En consecuencia; si el orden jurídico, organiza a la sociedad (bajo los principios de eficacia reforzada y simple y no; a la fuerza; es equivocada la postura de Kelsen quien; además olvidó una clase más de normas: las terciarias que son las que atribuyen sanciones a los transgresores de las normas secundarias y cuyo olvido por parte del jurista vienés, daría lugar, ni

más ni menos, a que se pudiera infringir a la norma fundamental sin consecuencia jurídica alguna lo cual; sería inadmisibile no sólo para el hacedor de la Constitución de Weimar, sino para cualquier ciudadano.

b) Estimo que es incorrecto hablar de “acto antijurídico” como la acción u omisión, determinados por el orden jurídico, como condición para la aplicación del acto coactivo debiéndose utilizar la expresión “hecho ilícito” pues los actos son jurídicos, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales y en cambio; los hechos pueden ser de la naturaleza o del ser humano y estos últimos de carácter lícito o ilícito. Además, no siempre ante la realización de un hecho ilícito se aplica la coacción pues ésta es el último recurso empleado por los órganos del Estado cuando, el infractor de la norma no cumple voluntariamente en primer término con su deber o en segundo lugar, con la sanción que le es impuesta al infringir a la norma primaria. De esta manera y; tomando el concepto de mi Maestro de “Obligaciones Civiles” el hecho voluntario ilícito resulta ser aquella conducta humana que va en contra de una ley de orden público o las buenas costumbres, y en donde la voluntad del autor haya querido no, el hecho, y haya querido o no las consecuencias, éstas se generan independientemente de su voluntad.

c) Considero también; que Kelsen confunde a la sanción con la coacción lo cual; es inaceptable para un jurista como él, que se precia de ser

formalista en extremo pues la coacción es un concepto real entendido como la aplicación forzosa de la sanción y ésta un concepto formal que se definió como la consecuencia jurídica, favorable o desfavorable que se genera en relación con el obligado por el cumplimiento de un deber jurídico o bien; por la infracción al mismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De esta forma, se demuestra que el orden jurídico no sólo cuenta con medidas jurídicas represivas sino también, preventivas y premiales y como ejemplo de las últimas, tenemos los estímulos fiscales para los contribuyentes cumplidos.

d) Con relación al concepto del deber jurídico, que Kelsen define como la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción que se dirige en contra del infractor o de quienes con él se relacionen, opino que el jurista vienés no distingue a la obligación jurídica que es una especie del género deber jurídico motivo por el cual; expuse la teoría del deber jurídico del jurista mexicano Ernesto Gutiérrez y González en el apartado 3.4.5. del Capítulo III del presente trabajo y al cual remito para evitar repeticiones ociosas.

e) En lo referente al desvanecimiento del concepto de persona física, jurídica y la confusión del Estado con el Derecho, me parece que el jurista vienés incurre fundamentalmente en dos errores: la persona es la entidad

biológica del Derecho y no, la entificación del mismo y; a la manera de Hermann Heller, el Estado es una normalidad normada y no; una normatividad normada. Lo anterior quedó plenamente demostrado en el apartado 3.4.5 y 3.4.7. del Capítulo III de la presente investigación.

f) Otro concepto formal en el que Kelsen incurre en la falta de técnica de confundirlo, como en el caso del deber, con la norma jurídica misma es el del Derecho subjetivo al cual concibe como el reflejo de la obligación jurídica y establecer que tal derecho conlleva otro; el de acción lo cual es falso como se demostró en el apartado 3.3.6. del Capítulo III del presente estudio.

g) Por lo que toca a la imputación periférica Kelseniana, esto es, la que representa la relación por medio de la cual se enlaza a la sanción jurídica con el acto antijurídico realizado por el individuo, consideré atinado el incluir la teoría de Fritz Schreier para substituir tal concepto, por el de nexos normativo para que el enlace se diera no sólo entre la sanción y el acto antijurídico (hecho ilícito para mí) sino en otros dos niveles más: entre el supuesto y el acto jurídico o el hecho ilícito (siendo de carácter contingente) y; entre la sanción y su efectivo acatamiento por parte del obligado y su efectiva aplicación por parte de los órganos estatales (esto último es una aportación personal al considerar a las normas terciarias y no, de Fritz Schreier).

h) Al analizar la Dinámica jurídica Kelseniana, se evidenciaron en la Teoría Pura los siguientes problemas sin resolver por el jurista vienés:

1. Al considerar que la unidad del ordenamiento jurídico reposa en la norma fundante básica y sustentar la legitimidad de ésta en la obediencia al poder originario entendido éste como el conjunto de fuerzas políticas que, tomando ventaja en un momento histórico, instauran un nuevo ordenamiento jurídico; surgen los siguientes cuestionamientos:

- a) El legitimar los hechos sociales que tienen que ver con las instituciones encargadas de crear y aplicar el derecho (lo cual rompe con su promesa metodológica de pureza porque se incorporan dichas categorías sociológicas a su Teoría).
- b) Su concepto de Derecho como sistema de normas jurídicas coactivas (u Ordenamiento jurídico coactivo) en el que considera a la fuerza el objeto de la reglamentación jurídica siendo, además la “fuerza” un concepto propio de la Sociología y;
- c) Finalmente; el hecho de que Kelsen no da respuesta a la relación entre el Derecho y el Poder ni, a la que se da entre validez y eficacia del orden jurídico tocando exclusivamente el tema de aquélla con relación a la pertenencia de las normas al sistema jurídico. (Confróntese el apartado 4.2.1. de este trabajo).

2. Al diseñar la estructura escalonada del orden jurídico para tratar, entre otras cosas, de demostrar que el orden jurídico es coherente, comete el error de analizar tan sólo el aspecto formal de las normas jurídicas y desatender las modalidades normativas de las mismas, ignorando los problemas de antinomias jurídicas motivo por el cual, Norberto Bobbio, Alf Ross, y E. Bulygin desarrollan toda una teoría de las incompatibilidades normativas demostrando que tales cuestiones son realidades a las que se enfrenta el juez en la aplicación de las normas generales a casos concretos y que ello, no es óbice para considerar la coherencia de los sistemas jurídicos. Lo anterior quedó claramente demostrado en el Capítulo IV, apartado 4.2.2. de esta investigación.

3. Con relación a la óptica Kelseniana, de estimar cerrados los sistemas jurídicos y no concederle importancia a la existencia de lagunas normativas por considerar -bajo principio de plenitud Hermética del orden jurídico- que en caso de vacíos a colmar por el juez, los mismos son intrascendentes, porque bien puede condenar al demandado o rechazar la demanda, remito a los apartados 4.2.3. y 4.3. del Capítulo IV para que se entienda el por qué Hans Kelsen no previó los problemas de contradicción de sentencias por falta de criterios que orienten al juez para resolver con base en el principio de analogía legis o argumento a contrario, debido a que al lado de las normas

...SIS CON
FALLA DE ORIGEN

particulares inclusivas y las generales inclusivas, existen las generales inclusivas; habiendo no sólo lagunas en este caso sino; entre las diversas exigencias que tienen los órganos jurisdiccionales; dado que como del sistema primario no se infiere que la conducta del demandado consista en la obligación de realizar el acto o la permisón u omisión de la conducta (en el caso de vacío normativo) por lo tanto; tenemos una laguna normativa de 2 tipos:

- a) Laguna total, que implica la ausencia de normas obligatorias o permisivas negativas.
- b) Laguna parcial en el sentido de que, por un lado existe la norma permisiva positiva pero no, la permisiva negativa, en consecuencia; es falsa la postura del hacedor de la Constitución de Weimar en el sentido de estimar que no hay lagunas en los sistemas jurídicos porque el juez tiene la obligación "específica" de condenar al demandado o bien de rechazar la demanda ya que; tiene en realidad, la obligación genérica alternativa de juzgar de las dos maneras señaladas pero con la agravante para el discípulo de Cohen de que de la obligación de juzgar y de la ausencia de la obligación de condenar; no se inferirá jamás, en modo alguno; la obligación de rechazar la demanda y por lo tanto; ello le guste o no; a Kelsen es otro caso de laguna normativa que evidencia

que los sistemas jurídicos no son cerrados o completos sino completables.

C) Las impurezas sociológicas, encontradas en la Teoría Pura del Derecho son las siguientes:

a) El concepto de orden como sistema de normas jurídicas es tomado por Kelsen de los sociólogos Emilio Durkheim y Max Weber y, de los teóricos de la Institución (Santi Romano, Maurice Hauriou, Georges Renard, Georges Gurtvich, Guido Fassó, Cesarini Sforza, Giuseppe Grosso y Piero Calamandrei) quienes al considerar, estos últimos, al Derecho como un orden social organizado estudian al mismo como un sistema y ya no, desde la perspectiva de la norma jurídica como quedó demostrado en los capítulos II y IV apartados 3.2., 3.3 y 5.4.8. de este análisis.

b) Adopción de las tesis Durkheiminianas para atacar a los contractualistas, a la concepción tradicional sobre el derecho subjetivo, los derechos reales y la división bipartita del Derecho Público y Privado. Así mismo, incorpora los principios de la división del trabajo, expuestos por el sociólogo francés, para delimitar las funciones a desempeñar por el Estado.

c) Los conceptos Weberianos del sentido objetivo y subjetivo de la conducta, del cuadro administrativo, para la aplicación de las sanciones, del legítimo monopolio de la coacción física estatal y el de dominación, para

elaborar su definición del derecho, son fácilmente reconocibles en la obra de Kelsen.

d) La norma fundante básica la cual al ser concebida por el discípulo de Cohen como regulatoria del hecho instaurador del Derecho, otorga un tácito reconocimiento de que el origen del Derecho Positivo, no se explica por el mismo cauce, sino en el de las instituciones que crean y aplican el Derecho que concretizan, entre otras, cosas las aspiraciones de los miembros de una colectividad, los bienes y valores que, los mismos, demandan sean protegidos.

SEGUNDA HIPÓTESIS.- “El método científico no es el más adecuado para desentrañar la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica”.

Dicha variable quedó demostrada en el capítulo II con los siguientes argumentos:

1. Hans Kelsen elabora una teoría del Derecho bajo las influencias de la Filosofía neo-Kantiana que le fueron transmitidas por su Maestro, fundador de la Escuela de Marburgo, para quien la ciencia más importante -como lo fuera en el Modernismo para Descartes- es la Física-Matemática considerando además, que el fundamento de la objetividad de la ciencia reside en lo a-priori debiendo constituirse por la unificación de los hechos mediante hipótesis, leyes y teorías a las que se someten incondicionalmente en consecuencia;

opina Cohen; las leyes y teorías no se obtienen por los hechos, sino que; se les imponen a los mismos debiéndose imponer el método, como cuestión primordial a resolver, antes que ubicar al objeto de estudio en la realidad desordenada como caos de sensaciones y percepciones que precisa ser ordenada por las categorías analizadas por E. Kant.

2. El proceso constructivo del objeto a través del método científico, bajo un enfoque epistemológico subjetivista, provoca que el jurista vienes divida mentalmente a la realidad en dos sectores: el sein y el sollen, con lo cual, creyendo encontrar el espacio cognoscitivo adecuado, para englobar los atributos del concepto de ciencia (objetividad, rigor metodológico y neutralidad) para comprobar las capacidades autoreproductivas del derecho como fenómeno normativo, sin manoseos metafísicos o sociológicos, y acabar con un sinfín de dualismos; en realidad, dejó muy claro que para cualquier teórico se tornará imposible separar al Derecho de la realidad social en la cual se encuentra inmerso y en la que se desenvuelve, porque el fenómeno del orden, no se integra sólo a través de procesos de atribución de sentido; sino que tiene una vertiente fáctica que obliga siempre a regresar a su carácter histórico. Lo anterior quedó plenamente corroborado cuando el mismo Kelsen explica el origen de la norma fundante básica dentro del marco institucional y no; del Derecho Positivo.

3. Otro inconveniente que presenta la elección del método científico es el hecho de que en el campo de la ciencia jurídica no puede operar con relación a los enunciados jurídicos, el principio de verificación ya que; de los mismos sólo podremos constatar su validez o invalidez mas no; su verdad o falsedad. Tampoco se pueden prestar las premisas que se realicen; a la fase de experimentación por lo cual; estimo como el Maestro Fix Zamudio que en toda Teoría del Derecho se elijan todas las opciones metodológicas posibles y adecuadas para desentrañar la naturaleza del objeto de estudio sin que el jurista, asuma el papel de un mero espectador y en cambio; se involucre con su objeto de estudio. De esta manera sin exclusivismos como los propuestos por Kelsen; se podrá lograr la circularidad en el proceso gnoseológico a fin de que se acepte que así como el Derecho marca el carácter de ciertas realidades sociales, así mismo; la realidad social, determina el sentido de las instituciones normativas.

TERCERA HIPÓTESIS.- “La Teoría Pura del Derecho fractura los paradigmas base de la Modernidad”.

Las limitaciones epistemológicas planteadas por Renato Descartes en el “Discurso del Método” para abordar el objeto de estudio en el campo de las ciencias exactas, se tradujeron en una variedad de dualismos para el sector de

los fenómenos jurídicos en el ámbito metodológico, de la ciencia del derecho, de la Sociología jurídica y de la Filosofía del Derecho. Así; el enfrentamiento del Ius-naturalismo y el Ius-positivismo heredan dualismos sobre lo que debe ser prioritario para el jurista: la materia o la forma, lo funcional o lo estructural, lo intrínseco o lo extrínseco de la norma, el objetivismo o el subjetivismo, lo metafísico o la rigurosidad metodológica, etc. Se trata, en todos los casos; de opciones tajantes que no permiten, a la fecha, desentrañar la naturaleza del objeto de estudio de la ciencia jurídica, no siendo la excepción; la Teoría Pura del Derecho que, con su corte de la realidad en dos mundos; la del ser y la del deber ser; las pretensiones metodológicas cartesianas y el subjetivismo Kantiano lejos de remover los paradigmas base de la Modernidad los reforzó aún más dando por resultado, tal construcción metodológica de la realidad jurídica, un radicalismo formalista que impide recuperar los nexos del derecho con su génesis y efectos. (Véanse al respecto, los apartados 2.1. al 2.5. del Capítulo II de esta tesis).

CUARTA HIPÓTESIS.- “La Teoría Pura del Derecho se encuentra plagada de dualismos como consecuencia del erróneo enfoque metodológico que propone su autor”. Bajo la exigencia metodológica de no permitirse, por parte de Kelsen, otro enfoque más que el formal-normativo y apartarse de

consideraciones sociológicas o políticas que provoquen un sincretismo metodológico (lo cual no fue respetado por el jurista vienés); se advirtió que en la Teoría Pura del Derecho se hereden un buen número de dualismos propios del logocentrismo con el que se manejó el citado jurídico y que son; fundamentalmente los siguientes:

- 1) Lo formal sobre lo fáctico.
- 2) Lo estructural sobre lo funcional.
- 3) La razón del sujeto sobre el objeto de la ciencia jurídica.
- 4) La teoría sobre la realidad.
- 5) La ciencia sobre la ideología.
- 6) El sollen contrapuesto frente al sein.
- 7) El relativismo frente al universalismo.
- 8) Lo a-priori sobre lo a-posteriori.
- 9) La validez contra la eficacia en un orden jurídico.
- 10) El Estado normativizado sobre los individuos despersonalizados.
- 11) El Deber contra la libertad.
- 12) Socialismo contra liberalismo económico.

Confróntese el Capítulo II en todos sus apartados.

QUINTA HIPÓTESIS.- “Kelsen nunca liberó a la ciencia jurídica de elementos extraños al tomar categorías de la Sociología omnicompreensiva de Max Weber y al poner de manifiesto su personal ideología en materia política para atacar a los Ius-naturalistas”.

En virtud de que la realidad que pretendía describir Kelsen no es pura en consecuencia; su teoría tampoco lo fue. En este sentido el autor jamás logra preservar su inalterabilidad como sujeto cognoscente y ello es así porque Kelsen al filtrar en su obra las tesis Weberianas, (vistas con anterioridad en el Capítulo V del presente trabajo) las premisas de Emilio Durkheim y exponer su ideología personal en materia política, para atacar al liberalismo económico, defendido por algunos Ius-naturalistas, para detractar el pensamiento de los realistas norteamericanos, para impugnar a los contractualistas; nos demostró algo: que así como él no es soberano con relación al objeto, en consecuencia; no debe pretender que los demás juristas lo sean ya que; Kelsen al enfrentarse a una realidad ya ordenada, por un sinnúmero de procesos sociales y cognoscitivos; se le impusieron un buen número de referencias y fenómenos sociales establecidos con antelación

SEXTA HIPÓTESIS.- “La Estática jurídica Kelseniana, no presenta exclusivamente conceptos jurídicos fundamentales sino además conceptos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sociológicos y existe, en algunos de ellos, falta de pureza en el lenguaje para definirlos”.

En efecto, las definiciones que otorga Kelsen de sociedad, comunidad, fuerza, instituciones, orden, acción social, cuadro administrativo, división del trabajo, hechos sociales, etc. contaminan una y otra vez su pureza metodológica. (Véanse los apartados 3.4.7. y 5.4.7. de los capítulos II y V de esta investigación).

Así mismo, como se estudió en los apartados que van del punto 3.4.1. al 3.4.8. se cuestionaron desde la definición del Derecho, del acto antijurídico, la confusión del deber y el derecho subjetivo con la norma misma, la del Estado con el Derecho, hasta la imputación y su probable sustitución por el concepto de nexos normativos. En este sentido se propusieron las teorías del Maestro Ernesto Gutiérrez y González sobre el Deber jurídico, las de Boncasse en lo relativo a los Hechos y Actos jurídicos, las del Maestro García Máynez en cuanto a la sanción, coacción y coercibilidad y, las de Fritz Schreier sobre los nexos normativos contingentes y necesarios.

SÉPTIMA HIPÓTESIS.- “El Principio de Plenitud hermética del Orden jurídico, es más un ideal que una realidad de los sistemas jurídicos y provoca falta de seguridad jurídica en los gobernados”.

Dicha variable quedó plenamente demostrada, en el capítulo IV, apartado 4.3. y a cuya lectura remito, cuando de las lagunas normativas encontradas por Bobbio y Bulygin se dedujo que resolver, ante vacíos legales, condenando al demandado o bien; rechazándose la demanda, como propone Kelsen, sin fundamento normativo en el sistema por la sola pretensión de que “habrá lagunas en la ley pero nunca en el sistema jurídico” y, por la exigencia que tienen los jueces de dirimir las controversias y, de pronunciar sentencias o resoluciones administrativas, constituye en mi opinión no sólo la base para afirmar que, el ideal de plenitud hermética es tan solo racional como considera Bulygin, sino además el fundamento para sostener que los sistemas jurídicos son abiertos, son completables y no; completos y que; en aras de la seguridad jurídica, es perfectamente válido recurrir, a las fuentes heterointegrativas, cuando la dominante, no colme de forma alguna las lagunas normativas.

CAPÍTULO VII

PROPUESTAS TENDIENTES A ESTRUCTURAR LA TEORÍA PURA DEL DERECHO BAJO UN ENFOQUE SOCIO-JURIDICO REALISTA

La Teoría Pura del derecho ha dejado un esquema valiosísimo sobre los temas a abordar por todo teórico de la ciencia jurídica: la definición del Derecho, la diferencias entre los diferentes sistemas normativos, las fuentes del Derecho, los conceptos jurídicos fundamentales y los problemas que se presentan al juez, en la técnica jurídica. Este esquema no se ha movido, tan solo se ha desarrollado de manera diferente por teóricos contemporáneos como Hart, Raz, Robert Alexy; Georges Kalinowski, Alchourrón, Bulygin, Bobbio, Ross, Tamayo y Salmorán, García Máynez, etc.

Actualmente se advierte un retorno a las concepciones institucionalistas, con algunas reminiscencias del pensamiento de los realistas norteamericanos, en las tesis hartiano-razianas. La propuesta de diseñar una lógica deóntica propia de las normas jurídicas, dadas las incomodidades que generaron, en la clasificación de las normas y en la individualización de las

mismas, la lógica y metodología aristotélica; se pone de manifiesto, en las obras de Joseph Raz, Robert Alexy, Georges Kalinowski y von Wright.²⁴³

Los enfoques sociológicos del Derecho, como el realizado por Martín Díaz y Díaz, las contraposiciones entre el Derecho y la Moral trabajadas por Jorge Malem, Laporta, Gieger, etc. obligan a reconocer que de no haber existido un jurista vienes tan prolífico en su obra como polémico en su enfoque epistemológico, no se habría ahondado en tantos huecos de carácter metodológico, sociológico, ético, lógico y hasta político.

Sin embargo, estimo que sería recomendable, a efecto de estructurar la Teoría Pura del Derecho bajo un efecto integrador y, toda vez que se encontraron impurezas en la misma, proponer a quien por primera vez la lea que, se remita a la lectura de la obra "Derecho y Orden" de Martín Díaz y Díaz, para no creerse aquello de que Kelsen analizó al Derecho sin tomar en cuenta otro enfoque más que el normativo y; se adopte toda una federación de métodos frente al objeto de estudio. Un segundo paso, sería remover el sein y el sollen de la Teoría Pura del Derecho y ubicar a éste en el contexto que, finalmente y sin quererlo así; Kelsen lo colocó: dentro del marco institucional que opera en la realidad. Exclusivamente para estos efectos sería aconsejable

243 Kalinowski, Georges, *Lógica De Las Normas y Lógica Deóntica*, Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica* y Von Wright, Henrik Georg, *Normas, Verdad y Lógica*, (los 3 de Distribuciones Fontamara) números 22, 30 y 61 respectivamente.

hacer a un lado la dicotomía Kelseniana pero no; en lo que se refiere al deber que encierran las normas jurídicas.

En tercer lugar, cambiaría el concepto del Derecho, y lo definiría como el sistema de normas jurídicas que regulan la conducta tanto externa, como interna, de los individuos en sociedad, garantizadas por la coercibilidad, en aras de la consecución de la justicia, bien común y seguridad jurídica.

En cuarto lugar propondría la clasificación de las normas en primarias, secundarias y terciarias considerándolas a las tres auténticamente jurídicas.

Posteriormente; establecería la diferencia del sistema jurídico en relación con otros órdenes de la conducta, en función de la institucionalización de las sanciones.

Ahora bien; en lo referente a los conceptos jurídicos fundamentales; cambiaría en los términos que dejé señalados en el capítulo III las nociones de Acto antijurídico por la de hecho ilícito, la de imputación por la de nexo normativo, así mismo; distinguiría al deber jurídico de la obligación y del derecho subjetivo y al Derecho del Estado, ubicaría al concepto de persona como lo que es; un sujeto de deberes y derechos como entidad biológica del Derecho. Dejaría igualmente claro, en esta teoría, que la sanción, la coacción y la coercibilidad son conceptos diferentes y de naturaleza discímbola.

Respetaría; la estructura escalonada del orden jurídico pero pondría como fundamento de la norma fundante básica no sólo a las instancias de creación y aplicación del Derecho sino a los hechos sociales demostrando, al estilo del brasileño Miguel Reale que los hechos sociales (revoluciones, movimientos, levantamientos, etc.) los valores que inspiran tales hechos y el Derecho; se relacionan de una manera dialéctica en un marco de correlaciones causales.²⁴⁴

Así mismo, ahondaría sobre los problemas de las modalidades normativas aprovechando, como lo hizo Bobbio, el estudio formal de las mismas que hiciera tan brillantemente Kelsen.

También introduciría al lado de los conceptos formales; los reales o materiales (sociedad, hecho, acto jurídico, persona física y colectiva, coacción, etc.) y desde luego; los axiológicos como: la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

Sin miedo; sostendría que el Derecho es un producto cultural, social que se relaciona y enfrenta con otros sistemas normativos.

El ordenamiento, como producto humano que es, me obligaría a reconocer que los sistemas jurídicos constituyen una unidad coherente y completable que presenta incompatibilidades en varias de sus normas y vacíos

244 Reale, Miguel, *Filosofía Do Direito*; Edicao Saravia, Sao Paulo 1953, *Teoría Tridimensional do Direito*, Edicao Saraiva, Sao Paulo, 1968.

a colmar, para tender un eslabón entre el teórico del derecho y el Práctico del Derecho.

Para salvaguardar al objeto de estudio de nuestra ciencia, no intentaría como Kelsen; encontrar la verdad a partir de caminos exclusivos, tan sólo señalaría alternativas viables y no idóneas a los psicólogos, sociólogos, economistas, politólogos, etc, para lograr un enfoque interdisciplinario sin que se diluya ese objeto llamado Derecho, de la ciencia jurídica, en otras ciencias.

Resaltaría siempre, los deslices empíricos Kelsenianos, para que se buscara , con enfoques integrativos y no, excluyentes, desentrañar la naturaleza del objeto de estudio de la Jurisprudencia y se fracturen así, los paradigmas cartesianos en el campo epistemológico.

Finalmente; y por las circunstancias que a mí me tocaron vivir, no contrapondría el Derecho Estatal con el Internacional para otorgarle primacía a aquél, pues un enfoque multi-metodológico me permitiría dar con la génesis histórica de aquellos Estados que se han agrupado internacionalmente para defender sus Mercados, aquellos otros que dependen en sus debilitadas economías del comercio exterior y los que aprovechan, en calidad de potencias económicas los beneficios de la globalización. Desde luego; que tales propuestas contaminarían a la Teoría Pura del Derecho más de lo que lo

hizo su autor; pero, como señale anteriormente, dado que nadie es soberano frente a un objeto de estudio y hay referencias preestablecidas; mi mente tiene el derecho de estar o ser totalmente impura.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- Hans Kelsen, es el autor representante del positivismo lógico que mayor influencia ejerce en las doctrinas jurídicas contemporáneas.

SEGUNDA.- Las corrientes filosóficas que influyeron su pensamiento, son básicamente tres: a) el neo-kantianismo dentro del materialismo mecanicista de Hermann Cohen, que integró en un sistema las bases de un racionalismo puro; b) la versión debilitada del neopositivismo de Mach, modificada por Clifford Pearson y Hertz, heredada por el círculo de Viena, misma que la encauzó por los rígidos límites de la lógica matemática, y c) la concepción dogmática pura del Derecho Público, desarrollada por la doctrina publicista de la Alemania de la segunda mitad del siglo pasado, cuyo fin era depurar a la ciencia jurídica de todo elemento no jurídico, teniendo como representantes a Gerber, Zacharie, Bluntschli, Gierke, Jellineck, Laband, etc.

TERCERA.- El discípulo de Cohen; inicia su sistema; distinguiendo entre juicios del ser y juicios del deber ser, con las categorías mentales generales bajo las cuales -según él-, se comprenden todas las cosas en nosotros y fuera de nosotros, denominando a los juicios del deber ser; normativos.

CUARTA.- Con la anterior diferencia, Kelsen llega a la conclusión, de que la ciencia jurídica al ocuparse de lo mandado jurídicamente; es una ciencia normativa, la cual para mantenerse dentro de los límites científicos aspira a liberar a la ciencia jurídica de elementos extraños, o sea de juicios que no sean normativos.

QUINTA.- Dicha ciencia, con la que el profesor de la Universidad de Berkeley pretende satisfacer la exigencia de pureza metodológica no se ve exenta de “elementos extraños”.

SEXTA.- Las impurezas sociológicas aparecen una y otra vez en la Teoría Pura del Derecho en la que se filtran conceptos de la Sociología Durkeiminiana y de la omnicomprensiva de Weber.

SÉPTIMA.- Así mismo; desde el punto de vista técnico; el jefe de la Escuela de Viena presenta en su Estática jurídica graves errores en la definición de algunos conceptos jurídicos fundamentales, encontrándose el origen de los mismos en su equívoca concepción del Derecho.

OCTAVA.- La Dinámica jurídica Kelseniana, igualmente presenta varias inconsistencias como no atender los problemas de incompatibilidades normativas, de vacíos legales y la consideración de que los sistemas jurídicos son cerrados.

NOVENA.- Lo paradójico, en la Teoría Pura del Derecho, es que todo el sistema jurídico se hace depender de una norma fundante básica que, al regular el hecho instaurador del derecho evidencia claramente que el hacedor de la Constitución de Weimar, de manera inconsciente está reconociendo a las Instituciones sociales encargadas de crear y aplicar el Derecho.

DÉCIMA.- Sin embargo; a pesar del erróneo enfoque metodológico con el que Kelsen desde luego; jamás desentrañó la verdadera naturaleza del objeto de estudio de la ciencia jurídica, se hereda, hasta la fecha, un valioso esquema de los temas que debe abordar todo teórico del Derecho siendo deseable que, desde el punto de vista metodológico se atienda a un enfoque integrador en los términos, anteriormente expuesto, a efecto de que se detracten los dualismos y paradigmas base de la modernidad y; se ubique al Derecho en el contexto social en el que se desenvuelve teniendo delimitado su origen, efectos y relaciones con otros sistemas normativos.

BIBLIOGRAFÍA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- ALARCÓN, Olgúin Víctor, "Hans Kelsen: Bitácora De Un Itinerante", en El Otro Kelsen, editor y Compilador Oscar Correas, colecc. Estudios Doctrinales, No. 17, México, 1989.
- ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, Biblioteca De Ética, Filosofía Del Derecho y Política, No. 30, 1993.
- BOBBIO, Norberto, Contribución A La Teoría Del Derecho, Edición a cargo de Alfonso Ruíz Miguel, Editorial Debate, Madrid 1990.
- BOBBIO, Norberto, Teoría General Del Derecho, segunda reimpresión, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Editorial debate, Madrid 1990.
- BOTTOMORE, T. B., Historia Del Análisis Sociológico, traducción de Leandro Wolfson, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1988.
- BOTTOMORE, T.B., Introducción A La Sociología, traducción de Jordi Solé Turá, onceava edición, Editorial Península, Barcelona 1992.
- BULYGIN, Eugenio, Introducción A La Metodología De Las Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.
- CONTE, Amedeo, G. Logique Et Analyse, traducción de Jorge A. Bacqué, No. 33, 1986.

- COSSÍO, Carlos, La Plenitud Del Ordenamiento Jurídico, segunda edición, Buenos Aires, Argentina 1969.
- COUTURE, Eduardo, J., Fundamentos De Derecho Procesal, Editorial Porrúa, México 1962.
- CUEVA, Mario De La, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- DESCARTES, René, Discurso Del Método, tomo VI, vigésimo-séptima edición, Editorial Espasa Calpe Mexicana, S.A.; México 1997.
- DÍAZ, Díaz y Martín, Derecho y Orden, Ensayos Para El Análisis De Los Fenómenos Jurídicos, Primera edición, Distribuciones Fontamara, No. 63, México 1998.
- DURKHEIM, Émile, La División Del Trabajo Social, Editorial Colofón, México s/a.
- DURKHEIM, Émile, La Educación Moral, Editorial Colofón, México 1991.
- DURKHEIM, Émile, Las Reglas Del Método Sociológico, traducción de L.E. Echeverría Rivera, Biblioteca De Política, Economía y Sociología, tercera edición, editorial Morata, Madrid 1982.
- DURKHEIM, Émile, Lecciones De Sociología Física, De las Costumbres y El Derecho, Editorial Quinto Sol, México 1990.

- DWORKIN, M. Ronald, Los Derechos En Serio, Editorial Ariel, Barcelona 1984.
- GARCÍA, Máynez, Eduardo, Introducción Al Estudio del derecho, Editorial Porrúa, México 1990.
- GUTIÉRREZ, González y Ernesto, Derecho De Las Obligaciones, Séptima edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- HART, H.L.A., El Concepto del Derecho, segunda edición, traducción de Genaro Carrió, Editora Nacional, México 1980.
- HELLER, Hermann, Teoría del Estado, edición y prólogo de Gerhart Neimayer, traducción de Luis Tobío, sexta reimpression, Fondo De Cultura Económica, México 1971.
- HEMPEL, Carl, G., The Logic Of Explanation, en Philosophy of Science, 15, Nueva York, 1953.
- KALINOWSKI; Georges, Lógica De Las normas y Lógica Deóntica, Biblioteca De Ética, Filosofía Del derecho y Política, No. 22, Fontamara, 1993.
- KANT, Emanuelle, La Metafisica De Las Costumbres, traducción de Adela Cortina y Jesús Connill, Ed. Técnos, Clásicos Del Pensamiento, No. 59, Madrid, 1989.

- KELSEN, Hans, *Acerca De Las Fronteras Entre El Método Jurídico y El Sociológico*, en *El Otro Kelsen*, editor y compilador Óscar Correas, Ed. U.N.A.M., México, 1989.
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor De La Democracia*, traducción de R. Luengo Tapia y de Luis Legaz y Lacambra, de. Nacional, México, 1974.
- KELSEN, Hans, *El Problema Del Parlamentismo*, en *Escritos Sobre La Democracia y El Socialismo*, traducción De J. Ruíz Manero, Editorial Debate, Madrid 1988.
- KELSEN, Hans, *Los Fundamentos De La Democracia*, en *Escritos Sobre La Democracia y El Socialismo*, traducc. De J. Ruíz Manero, Editorial debate, Madrid 1988.
- KELSEN, Hans, *¿Qué Es Justicia?*, traducción de A. Casamiglia, Editorial Ariel. Barcelona, 1993.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura Del Derecho*, traducción De Roberto J. Vernengo, séptima edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- KELSEN, Hans, *Teoría General Del derecho y Del Estado*, traducción de E. García Máynez, Editorial U.N.A.M., México 1979.
- KELSEN, Hans, *La Teoría Pura Del Derecho*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, segunda edición, Editorial Colofón, México 1989.

- KELSEN, Hans, Teoría General Del Estado, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Editorial Labor, Madrid, 1934.
- KUHN, Thomas, Estructura De Las Revoluciones Científicas, traducción de Agustín Contin, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1983.
- LÓPEZ, Rosado, Felipe, Introducción A La Sociología, trigésimo-novena edición, Editorial Porrúa, México 1996.
- LOZANO, Mario, G., Teoría Pura Del derecho, Evolución y Puntos Cruciales, traducción De Jorge Guerrero, de. Thémis, Bogotá, Colombia 1992.
- LUHMANN, Niklas, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, traducción De Ignacio Otto Pardo, Editorial Centro De Estudios Constitucionales, Madrid 1983.
- MARTÍNEZ, J. Ignacio, La Imaginación Jurídica, Editorial debate, Madrid 1992.
- MERKL, Adolph, Estudios Sobre Teoría Pura Del derecho, Viena, 1931.
- PECES, Barba, Gregorio, Introducción A La Filosofía Del Derecho, segunda edición, Editorial Debate, Madrid 1984.
- RAZ, Joseph, La Autoridad Del Derecho, Ensayos sobre Derecho y Moral, segunda edición, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Editorial U.N.A.M., colección de Estudios Doctrinales, México 1985.

- RAZ, Joseph, Razón Práctica y Normas, segunda edición, traducción de Juan Ruíz Manero, editorial centro de Estudios Constitucionales, colección El Derecho y La Justicia, Madrid 1991.
- REALE, Giovanni e Antiseri, Darío, Historia Del Pensamiento Filosófico y Científico, tomo III, Editorial Herder, Barcelona 1992.
- REALE, Miguel, Filosofia Do Direito, Edico Saravia, Sao Paulo 1953, y; Teoría Tridimensional Do Direito, Edicao Saravia, Sao Paulo, 1968.
- RECASENS, Siches, Luis, Introducción Al Estudio del Derecho, novena edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- ROSS, Alf, Hacia Una Ciencia Realista Del Derecho, crítica Del Dualismo En El Derecho, traducción de Julio Barboza, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- SENIOR, F., Alberto, Sociología, Duodécima edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- SCHMILL, Ordoñez, Ulises, El Concepto Del Derecho En Las Teorías De Weber y Kelsen, en El Otro Kelsen, Editor y compilador Óscar Correas, Editorial U.N.A.M., México 1989.
- SCHMILL, Ordóñez, Ulises, Pureza Metódica y Racionalidad En La Teoría Pura Del Derecho, Instituto De Investigaciones Jurídica, Serie G, U.N.A.M., México 1984.

- TAMAYO, Salmorán y, Rolando, Elementos Para Una Teoría General Del Derecho, Editorial Themis, México 1996.
- VON, WRIGHT, Georg Henrik, Normas, Verdad y Lógica, Biblioteca De Ética, Filosofía Del Derecho y Política, No. 61, Fontamara, 1998.
- WALTER, Robert, Bibliografía Kelseniana, en El Otro Kelsen, Editor compilador Óscar Correas, Colección De Estudios Doctrinales, No. 215, México 1989.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad, segunda edición, traducción de Carlos Gerhard, octava reimpresión, Editorial Fondo De Cultura Económica, México 1987.

HEMEROGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y DICCIONARIOS CONSULTADOS

- Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 2001.
- Código Fiscal De La Federación, décimo-sexta edición, Editorial Legis, S.A. de C.V. , México 2002.
- Schmill, Ordóñez, Ulises, Derecho y Lógica, Revista Isonomía, No. 1, Distribuciones Fontamara, México, 1994.
- Abbagnano, Nicola, Diccionario De Filosofía, Traducción de Alfredo N. Galleti, segunda edición, Editorial Fondo De Cultura Económica, México 1970.
- Diccionario De La Real Academia De La Lengua Española, Tomos I y II, Editorial Calpe España, 1984.