



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“LOS FUNDAMENTOS DE VALIDEZ Y AUTORIDAD
DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS DE
HANS Kelsen Y H. L. A. HART.”**

TESIS DE POSGRADO

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRÍA EN DERECHO**

**PRESENTA:
ROBERTO VIDAL SÁNCHEZ**

**DIRECTOR DE TESIS:
DR. IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA**

UN/M
POSGRADO
Derecho 

CIUDAD UNIVERSITARIA

MÉXICO D.F., 2009



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.

**Los fundamentos de validez y autoridad del
Derecho en las teorías de Hans Kelsen y
H. L. A. Hart.**

Si lo verdadero es lo que tiene
fundamentos, el fundamento no es *verdadero*,
ni tampoco falso.

Ludwig Wittgenstein

A Fátima, mi camino y la razón de mi existir.

Agradecimientos

Quiero agradecer especialmente al Dr. Imer B. Flores Mendoza por dirigir esta tesis, por todo su apoyo durante mis estudios, por ser ejemplo de sabiduría, responsabilidad, esfuerzo y preparación. Gracias por su honestidad intelectual y el aliciente de su consejo, que en todo momento me dieron sus palabras y sus precisas observaciones, que son la causa de los humildes méritos que pueda tener este trabajo.

Agradezco a al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por haberme otorgado la beca que hizo posible la presente investigación y los estudios de posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México.

A la Facultad de Derecho y su División de Estudios de Posgrado de la máxima casa de estudios, por todo el esfuerzo que hacen para ofrecer un Programa de Maestría de excelencia mundial.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas y al Instituto de Investigaciones Filosóficas, de la Universidad Nacional Autónoma de México, por el acceso que me otorgaron al vasto material bibliográfico de sus respectivas bibliotecas.

Al profesor Alfonso Ochoa Hoffman, por todas sus observaciones y críticas, por facilitarme el acceso a material bibliográfico, así como por su valiosa ayuda en la corrección de imprecisiones y erratas.

Al Dr. Brian Bix, de la Universidad de Minnesota, por sus amables comentarios y los textos que me facilitó durante esta estimulante búsqueda intelectual.

A la Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo, al Mtro. Antonio Octavio Piccato Rodríguez y al Mtro. Jorge Robles Vázquez, por aceptar integrar el sínodo que valoró este trabajo de investigación.

Al Dr. Martín Hernández, por brindarme toda su confianza, honrarme con su amistad y abrirme las puertas de mi *alma mater*, la Universidad Anáhuac México Sur.

Dedicatorias

Dedico este trabajo a mis padres, quienes son ejemplo de superación, fortaleza, honestidad, inteligencia y espíritu libre, con los que siempre intentaré guiar mis acciones y pensamiento. Padre, tu brillo y tu genio son la mejor aula de clases, siempre tengo presente todos tus consejos y tus palabras llenas de sabiduría, aunque no siempre sea el mejor de tus alumnos. Madre, estoy profundamente agradecido contigo, por todo el empeño y la voluntad que pusiste en mí, en mi educación. Gracias por su amor incondicional, su entrega, sus enseñanzas, su apoyo, su paciencia y solidaridad. Sé que la mejor manera de retribuir todo su esfuerzo y dedicación conmigo, es intentando ser como ustedes, un buen padre.

A Fátima, mi adorada esposa, el amor de mi vida, que has sido constante aliada en toda acción que emprendo. Sin ti no hubiese hallado mi camino ni tendría inspiración; mi existencia, simplemente no tendría significado ni sentido. Gracias por tu apoyo incondicional, por la dulzura de tus palabras y toda tu paciencia. Has llenado de alegría y esplendor todo lo que hago, porque lo hago para ti. Amor mío, mi compañera de viaje, me has infundido la confianza para expresar y defender mis ideas, enseñándome a dialogar para poder aprender. Sabes que eres el artífice de todos mis logros, de lo bueno que hay en mí, como cuando cultivas mi esperanza. Mi tesoro de carne y hueso, estás en cada una de las palabras que aquí se imprimen, con el sello característico de tu reflexión. Gracias infinitas por hacerme tan feliz; mi mujer clara, que amo y me ama, sin pedir nada, o casi nada, que no es lo mismo, pero es igual. Gracias por ser aliento que palpita en mis venas, alianza vívida y primordial, auténtica en cada detalle, mi impulso vital, gracias por ser mirada infinita y absoluta que agita mi alma, en

la alborada de nuestro sempiterno amor que reclama futuro. Mil veces gracias, por lanzar el germen de la enseñanza, en el campo de mis sueños. ¡TE AMO CON TODO MI SER! Hoy más que ayer, pero menos que mañana.

A mis hermanas, Estela y Angélica, que hemos recorrido un camino largo y a veces estrecho, pero siempre juntos, ya sea como compañeros de juego o de batalla. Les agradezco todas sus enseñanzas. Estela, a ti te debo la férrea voluntad de fijarme metas y llevarlas a cabo con empeño, porque no hay imposibles si sobra el coraje y el valor. Angélica, tu nobleza de espíritu, cariño, sensibilidad y dadivosidad perenne, son una inspiración que día a día me enseña a ser mejor ser humano.

A mi abuelita querida, gracias por los bellos recuerdos de mi infancia, por tu paciencia y ternura. Eres el eje sobre el que giran mis más sólidos principios y mis mejores momentos de la infancia. Te dedico estas palabras con todo mi amor.

A mis tíos, quienes han forjado mi educación a través de su ejemplo y sus consejos. En especial para mi tía Lourdes, quien me ha cuidado y mimado como a su propio hijo, amor que es totalmente correspondido. Con todo mi cariño para todos ustedes.

A todos mis primos, de quienes tengo los más gratos momentos de mi vida bien grabados en mi memoria. Tengo la dicha de haber crecido con ustedes. En especial a Oscar, a quien admiro y es ejemplo de fortaleza, madurez e inteligencia.

A don Carlos y doña Dorotea, mis preciosos suegros, a quienes estoy eternamente agradecido por la maravillosa existencia de Fátima, que es producto de su amor, cuidados y entereza. Gracias por todo lo que han hecho por mí, por sus palabras de aliento y el impulso, por aceptar a su yerno con todas sus imperfecciones, tal cual es.

A mis hermanos por derecho propio, Sara y Carlos, que además de ser mis amigos son mis maestros; cuya bondad, sentido común, humor y júbilo, me han enseñado a reír aún en los peores momentos. Gracias por su solidaridad fraterna.

A todos ellos, y a quienes siempre me han considerado, les dedico las siguientes cavilaciones.

Índice

Índice	8
Introducción.	11
Capítulo I. El fundamento de validez del derecho en la teoría de Hans Kelsen.	16
1. La Teoría pura del derecho.	16
1.1. El método de la teoría pura y su telos.	17
1.2. Los problemas del método puro.	28
2. El concepto de Norma Jurídica en la teoría de Hans Kelsen.	31
2.1. Diferencias entre la teoría del mandato y la Grundnorm.	35
2.2. Decisión judicial y norma jurídica.	37
2.2.1. La tesis de completitud del derecho de Kelsen.	40
2.3. Validez normativa.	41
2.3.1. Jerarquía normativa como sistema y norma positiva válida.	46
2.4. Validez objetiva.	48
2.4.1. Genética de la norma positiva.	49
2.4.2. Mínimo de eficacia de las normas.	52
2.4.3. Coactividad.	54
3. Definición de Norma Fundante Básica (Grundnorm).	57
3.1. La Grundnorm como fundamento de validez del derecho.	57
3.2. Diferentes formulaciones de la Norma Fundante Básica.	58
3.3. Las inconsistencias de la Norma Fundante Básica.	63
3.3.1. La Norma Fundante Básica como caja de costurero (a).	67
3.3.2. Marco de interpretación abierto (b).	68
3.3.3. Inconsistencias y ambigüedades en la base de la teoría (i).	69
3.3.4. La validez de un orden jurídico como producto irracional del pensamiento (j)	70
Capítulo II. Los fundamentos de autoridad en la teoría de H. L. A. Hart.	72
1. El Concepto de derecho.	72
1.1. Distinción entre reglas y normas jurídicas.	82
1.2. Reglas primarias y reglas secundarias.	89
1.2.1. Reglas jurídicas de obligación (Reglas Primarias).	92
1.2.2. Regla de reconocimiento.	94
1.2.2.1. Dominio autoritativo de las reglas y el concepto de Validez.	97

1.2.3. Reglas de cambio.	100
1.2.4. Reglas de Adjudicación.	100
1.3. Diferencia entre poder ilimitado y arbitrariedad.	102
1.4. Punto de vista interno y punto de vista externo.	105
2. Textura abierta del derecho.	108
2.1. Borderline cases.	113
2.1.1. Casos marginales.	116
2.1.2. Casos dudosos.	117
2.1.3. Casos indeterminados.	117
2.1.4. Casos difíciles.	118
3. Diversas formulaciones de la regla de reconocimiento.	118
3.1. Reglas jurídicas como cláusulas.	122
3.1.1. Cláusula matriz.	124
3.1.2. Cláusulas subordinadas.	126
3.2. Funciones de la Regla de Reconocimiento.	127
Capítulo III. Ciencia Jurídica y reconstrucción del derecho desde las teorías de Hans Kelsen y H. L. A. Hart.	129
1. Ciencia del derecho.	129
1.1. La perspectiva científica.	133
1.1.1. Los fundamentos de las disciplinas científicas.	134
1.1.2. La ciencia jurídica sin fundamentos.	136
1.2. Teorías fundacionalistas <i>vis-à-vis</i> teorías coherentistas.	140
2. Análisis de las Reglas y Normas Jurídicas y sus categorías.	144
2.1. ¿Por qué las normas jurídicas positivas no pueden ser determinadas <i>a priori</i> ?	147
2.2. Significado extensivo e intensivo de las normas jurídicas.	148
2.2.1. Indeterminación Jurídica (Legal Indeterminacy).	150
3. Reconstrucción interna (pragmática) de las normas positivas.	152
4. Reconstrucción semántica del derecho.	155
4.1. La norma jurídica positiva.	158
4.1.1. La norma jurídica como regulación <i>intensional</i> de la conducta humana.	161
4.1.2. Norma jurídica como reflexividad.	163
4.2. Objetividad y validez.	168
4.2.1. Objetividad como consumación de un mínimo de eficacia.	170
4.2.2. Coactividad.	171
4.3. El lenguaje de las normas jurídicas.	174

4.4. Interpretación normativa	177
Capítulo IV. Validez de las normas jurídicas y del derecho.....	179
1. Sistema jurídico y orden normativo.....	179
1.1. Sistema Normativo y Sistema de Referencia.....	180
1.1.1. El significado, sentido, referencia y relación de las normas jurídicas.	183
1.1.1.1. Significado y Sentido de las normas y de un sistema de normas.....	187
2. Defectos semánticos de los conceptos utilizados en la creación de normas jurídicas.	188
2.1. La justicia como defecto semántico del concepto de derecho.	192
2.2. Casos claros Vs. casos difíciles.....	198
3. Las sentencias fundacionalistas de los jueces.....	199
3.1. La intuición judicial y la reconstrucción del orden jurídico.	206
4. La validez de las Normas Jurídicas Positivas y su relación con la validez del derecho, desde una postura fundacionalista.	217
4.1. La Moral y la cláusula matriz de exclusión.	222
CONCLUSIONES.....	225
BIBLIOGRAFÍA.....	230
RECURSOS HEMEROGRÁFICOS.....	240
LEXICÓGRAFOS.....	241
OTRAS FUENTES	242

Introducción.

La intención de este trabajo es la de poner al día algunos aspectos lógicos y epistemológicos de la teoría jurídica de Hans Kelsen y H. L. A. Hart, como se verá en los Capítulos III y IV, pero para ello es necesario partir de un examen sobre los puntos críticos de la teoría del derecho de dichos autores. Adicionalmente, mostramos algunas interpretaciones erróneas entre Hart y Kelsen, dado que ellos tenían más en común de lo que reconocían. A pesar de sus distintos métodos y marco conceptual, los resultados de sus teorías son más o menos similares. También revisamos el concepto de norma jurídica, pues consideramos que la distinción entre reglas y normas jurídicas ha sido soslayada y ésta es de suma importancia para comprender la concordancia entre las teorías positivistas de Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

Nuestra investigación no se desarrolla con adhesión a ninguna de estas teorías, sino con una intención crítica y analítica. Sin embargo, tratamos en lo posible de utilizar los términos y métodos de sus autores, con una aproximación a las mismas disciplinas que los autores tomaron en cuenta para el desarrollo de sus teorías, como son la lógica, la semántica, la lingüística, la epistemología y la filosofía del lenguaje.

En el desarrollo de nuestra investigación han sido de especial importancia los estudios y observaciones que Albert Calsamiglia arroja sobre el fundamento de validez, la “Grundnorm”, de la *Teoría pura del derecho*. Calsamiglia hace aportaciones muy pertinentes al respecto, que son válidas también en el análisis de la *Regla de Reconocimiento* de Hart, y sobre las cuales trataremos de dar respuesta en los últimos dos capítulos. También son de gran importancia las aportaciones críticas de Ronald

Dworkin, Mario Losano, Brian Bix y Stanley Paulson, en torno a los conceptos de validez, objetividad y fundamentos de validez del derecho.

El primer capítulo tiene la intención de abordar las diferentes definiciones y clases de normas que Kelsen ofrece en su teoría, destacar cuales son los aciertos más pertinentes respecto a los fundamentos de validez y autoridad en su teoría, así como la de complementar esta cuestión con elementos adicionales que profundicen en las diversas problemáticas de las normas jurídicas. La perspectiva que debe ser valorada desde la postura de Kelsen, corresponde a aquella que postula al derecho como una expresión de la autoridad teórica, dado que para él la autoridad es un concepto teórico con efectos prácticos, ya que el concepto de autoridad gira en torno a la certeza que puede proporcionar a aquellos a quienes se aplica el derecho, y dicha certeza sólo puede provenir de una técnica específica y exclusiva del derecho frente a otros tipos de normas. De modo que se analizan las diversas formulaciones de la Norma Fundante Básica, como presupuesto epistémico de su teoría que presupone *teóricamente* una justificación de la obligación hacia la autoridad y las normas positivas que se desprenden de la legislación originaria.

Otro aspecto que se destaca en la teoría de Kelsen en torno a la norma positiva, es que ésta contiene en su dinámica la técnica de la coactividad que, como se verá, dista de ser mera coacción. Esta técnica propia del derecho que evidencia Kelsen es diversa a la mera amenaza del castigo de John Austin, a pesar de la crítica de Hart, porque el castigo *per se* no es el fondo de la técnica del derecho, sino el conjunto de recursos, procedimientos y razones, cuantitativa y cuantitativamente más avanzados y dinámicos que otras técnicas para regular la conducta humana.

Destacamos asimismo, la desafortunada proyección de una técnica de ordenación jerárquica como una perspectiva fundacionalista del derecho, que debe ser redefinida para asentar que sólo afecta a una parte del análisis de las normas positivas y su validez, que incluso resulta innecesaria desde un punto de vista coherentista, ya que desde ésta última la jerarquía de las normas queda relegada a un mero instrumento de la sistematicidad y no de la *fundamentación* de la norma positiva.

El siguiente capítulo desarrolla la postura teórica de Hart en torno al concepto de derecho, entendido como la relación de reglas primarias y secundarias, y el uso y obediencia de los ciudadanos y de la autoridad a las mismas. Para ello resulta esencial realizar la distinción conceptual entre regla y norma jurídica. Abordamos el tema de la validez como reconocimiento interno de las reglas y el problema en torno a la indeterminación jurídica de las normas, como contribuciones significativas de su teoría en torno a la validez del derecho, y dejamos para los siguientes capítulos las propuestas para resolver algunos de los problemas que se desprenden de un análisis sobre la distinción de reglas y normas jurídicas, del lenguaje de las normas jurídicas y la interpretación en el derecho.

Así mismo, es primordial analizar la idea de punto de vista interno y externo desde una postura epistémica, dado que podemos observar que el punto de vista interno es una justificación de la validez por medio de la legitimidad de un orden jurídico, cosa que Kelsen destaca como un argumento sobre la eficacia del derecho que tiene pretensiones de justificar la validez, y toda vez que son aspectos diferentes de las normas positivas, por qué vale de si se cumple o no, el punto de vista interno basado en Waismann debe tener alguna otra connotación sobre la validez diversa a la de la legitimidad.

También en el segundo capítulo se desarrollan diversas concepciones de la Regla de Reconocimiento, lo que nos permitirá describir las diversas funciones que cumple cada formulación dentro de la teoría del derecho de Hart y rastrear el origen o la genealogía de las diversas razones standard que afectan al análisis del derecho, desde el punto de vista del positivismo jurídico.

En el tercer capítulo, desarrollamos un argumento en contra de la actual perspectiva epistemológica que se sostiene en torno a la validez del derecho. Se distingue a las teorías de Kelsen y Hart como fundacionalistas y se propone un giro epistémico, las teorías del derecho desde un punto de vista coherentista, donde la validez del derecho, y del conjunto de normas jurídicas positivas que forman parte de él, no están sustentadas desde un origen ni tienen fundamento de validez anterior a ellas, sino que es la coherencia interna de un sistema normativo lo que justifica su validez, de modo que las normas que lo integran son válidas en la medida que hay un conjunto coherente de la que son miembros. Adicionalmente, analizaremos como, en buena medida, dentro de un orden jurídico podemos encontrar un gran número de normas que establecen qué debe considerarse un procedimiento *correcto* o satisfactorio y, por oposición, uno que no lo es, y cómo es posible responder a la indeterminación normativa desde una postura *coherentista*.

El último capítulo describe la diferencia entre un sistema y un orden jurídico, lo que nos lleva a realizar una distinción, clave para nuestro estudio, entre sistema de referencia y sistema jurídico. Del mismo modo, describimos las prácticas jurisdiccionales a partir de su función de interpretación de las normas jurídicas, como un desarrollo continuo, dinámico y sostenible del concepto de validez del derecho.

A pesar de que nuestra investigación pretende aportar algunas modestas contribuciones a la teoría del derecho, consideramos que de su desarrollo en el presente y posteriores trabajos podrá desprenderse una interesante perspectiva sobre la validez del derecho, donde ésta no requiere de argumentos de justificación inferenciales sostenidos por conceptos de fundamentación epistémica, tales como son la Norma Fundante de Kelsen o la Regla de Reconocimiento de Hart, sino que la validez puede justificarse a partir del criterio epistémico de coherencia interna entre un sistema normativo y un sistema de referencia, es decir del orden jurídico, y la actividad argumentativa de primer y segundo orden en torno a lo que denominamos una cláusula matriz de exclusión. El razonamiento anterior trae consigo, implícitamente, un criterio de integración de normas que relaciona a las normas morales, las normas jurídicas, y cualquier otro tipo de normas y razonamientos normativos.

Capítulo I. El fundamento de validez del derecho en la teoría de Hans Kelsen.

1. La Teoría pura del derecho.

En el prólogo a la primera edición de su *Teoría pura del derecho*, Kelsen explica que ésta es el producto de una ardua labor conceptual y depuración metodológica, consecuencia del abuso que hasta principios del siglo XX se hacía de la teoría del derecho, confundiéndola con ciencias como la política, la sociología e inclusive con la economía. Los objetivos que se propone Kelsen son los de distinguir cuál es el objeto propio de estudio del derecho y cómo puede delimitarse un método de estudio y análisis del mismo, tanto en un aspecto general como en cada uno de los órdenes jurídicos nacionales. Se trata de una propuesta auténtica, aunque no definitiva, sobre lo que es el derecho positivo y los elementos conceptuales que lo componen.¹

Un primer análisis nos conduce a los elementos básicos de dicha teoría, donde es evidente que la norma jurídica tiene un inexorable y fundamental lugar. Toda la teoría de Kelsen está sustentada en un análisis de las normas en general y de la clase de normas que pueden ser identificadas y estudiadas como jurídicas, en lo particular. La coacción, sistematicidad, antijuridicidad, imputabilidad, jerarquía, validez, eficacia, legitimidad, autoridad y demás conceptos que Kelsen analiza en su teoría, son todos elementos que se desprenden del análisis de la norma jurídica. Es tan radical esta propuesta, sobre un orden jurídico como un ‘conjunto de normas de la clase jurídica’,

¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ‘Prólogo a la primera edición’, trad. Roberto J. Vernengo, editorial Porrúa, segunda edición, México, 1991. pp. 7-10.

que no resulta difícil convencernos por qué, como se verá a continuación, filósofos y teóricos del derecho no ven en ella más que un reduccionismo tardío del siglo XIX e inclusive un lusnaturalismo sofisticado.

Es también pertinente aclarar que los términos y las técnicas utilizadas por Kelsen en la elaboración de su *Teoría*, que se inaugura por cierto con los *Hauptprobleme* de 1923, terminaron por desfasarse y cayeron en la necesidad de ser actualizadas, dado a que les dio continuidad durante más de cincuenta años, sobre bases teóricas de finales del siglo XIX y principios de siglo XX, y que durante el transcurso de la segunda mitad del siglo pasado la lógica, la lingüística y la filosofía del lenguaje, produjeron grandes avances teóricos.

1.1. El método de la teoría pura y su telos.

Lo que desea alcanzar Kelsen a través de un método puro, es constituir una teoría descriptiva y no valorativa del Derecho. Recurre al método de exclusión de toda aquella doctrina que sea ajena a la ciencia jurídica, por razones de unidad y coherencia de la teoría. Kelsen desea que su *Teoría* explique por sí sola, y con sus propios conceptos y compromisos epistemológicos, qué es el derecho positivo en lo general y en lo particular. De no hacerlo así, dice Kelsen, se incurre en el sincretismo metódico que causa confusión entre el objeto de la ciencia jurídica y los objetos de otras ciencias y con ello se difuminan los límites trazados por el mismo derecho positivo. Para el vienés, el objeto de la ciencia jurídica son las normas jurídicas y el sistema normativo que forman, del cual son parte en un sistema *completo y coherente*.

Kelsen busca evitar el sincretismo metodológico porque *a falta de un método rigurosamente científico y de límites específicos ínsitos en el objeto mismo, se pasa involuntariamente de una ciencia a otra, aplicando a la ciencia invadida (que ya tiene un método propio y diverso) el método de la ciencia abandonada: de esto derivan pseudo-problemas, disputas sin objeto y soluciones en las que científicamente no se puede confiar.*²

Albert Calsamiglia critica el punto del método, pues asegura que Kelsen incurre en infidelidad metodológica, es decir, el mismo sincretismo metodológico que él denuncia:

[...] Kelsen emprendía el camino del idealismo al señalar el *deber ser* como objeto exclusivo de estudio. Pero para que su teoría sea realista y positivista ha necesitado ser infiel a su metodología introduciendo en la norma fundamental mucha ambigüedad, pues la *Grundnorm* convierte el *Ser* en *Deber Ser* y juridiza el poder político externo a la teoría pura del derecho. [...] si se *supone* el poder, ya no interviene éste en el proceso de creación y aplicación del derecho. Pero *no se puede ignorar* que el poder no sólo interviene como supuesto o hipótesis sino también en cada acto de creación y aplicación del derecho.³

Calsamiglia comenta que *la teoría kelseniana no justifica ningún poder político determinado pero introduce la categoría de poder político en abstracto a través del*

² Losano, Mario, *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992. p. 7.

³ Calsamiglia, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, 1977. p. 139.

*supuesto de la norma fundamental.*⁴ Pero una categoría, como la que hace mención, sólo es una forma de clasificación y no puede sostenerse una crítica en algo tan evidente, esto es, que todos los órdenes jurídicos tienen una carga ideológica sobre el poder. El hecho mismo de que la norma fundamental no justifique ningún poder político es ya una postura política y decir que ésta deba ser neutra, abstracta, porque no es una cuestión moral sino jurídica también lo es. Entonces, debe distinguirse claramente entre 'validez', como la *pertenencia objetiva de un elemento al orden jurídico*, y 'valor', como *una cualidad moral o política.*⁵

Es claro que para posturas positivistas como la de Kelsen, valor se refiere a una cualidad moral, más emotiva y estética que racional y objetiva. Se trata de argumentos sobre preferencias que están fundados en la subjetividad. Como puede apreciarse, esta postura es nominalista y describe a aquellas expresiones del tipo 'esto vale' o 'esto no vale' sólo como expresiones propias del agrado o desagrado subjetivo, de la preferencia o la repugnancia como actitudes necesariamente vinculadas al valor, en tanto que aquello considerado como valioso produce agrado y preferencia, y no que el agrado o preferencia sobrevenga a causa del carácter valioso de la cosa, ya que la cosa abstracta es inexistente. Esto, por supuesto, puede ser perfectamente confundido con una justificación según las preferencias políticas o morales de un grupo, sea mayoritario o minoritario. Por esto es que Kelsen refutó esta perspectiva y se adhirió a una más coherente con la neutralidad, la idea de la validez.

⁴ *Ibidem.* pp. 136-137.

⁵ *Infra*, n. 40.

La validez es en principio un concepto lógico, neutral en este sentido, y que en la teoría pura de Kelsen tiene una fuerte carga teórica, lo que no debe confundirse, como lo hace Calsamiglia, con una postura ideológica. Este principio se refiere a que un argumento es aceptado, o *reconocido* si se quiere, como racional.⁶ A diferencia del concepto de valor, la validez no puede estar sostenida por meras preferencias, no está relacionada necesariamente con el valor y depende únicamente de que el *sentido* que establece como *válido* sea así mismo *aplicable* y tenido como referencia de que la conducta humana es conforme a derecho o contraria a derecho, es decir la *norma como marco*. Todas las normas jurídicas tienen tan sólo una validez condicionada, toda vez que su el fundamento de esta validez es dependiente de otra norma jurídica válida.⁷

La *Grundnorm* o Norma Básica, puede considerarse en este punto como una reconstrucción semántica del orden jurídico, por tratarse de una descripción significativa de éste, con lo que es más atinado llamarle una *regla de derecho* que una *norma jurídica*. Cuando la autoridad legisladora establece que *tal y cual cosa* son derechos, obligaciones o la forma conforme o contraria a derecho de hacer las cosas, de pedir las cosas, en fin, cuando establece todo aquello que es *válido* en tanto ley, ciertamente no establece la norma jurídica positiva, pues varias frases que forman, por ejemplo, los artículos de un código, pueden señalar, y a menudo así lo hacen, sanciones en otros artículos, otros código e inclusive en las legislaciones de otros países. La norma jurídica positiva puede ser definida provisionalmente como el *sentido* establecido por una

⁶ Recordemos que Kelsen sostiene la postura que las normas jurídicas no pueden ser verdaderas ni falsas, pero las proposiciones sobre normas jurídicas sí.

⁷ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, editorial trillas, México D.F., 1994. pp. 7, 20-21, 45-46, 37-38, 107, 110, 251.

autoridad a *un estado de cosas* (*state of affairs*) y aplicable al menos a un caso concreto.⁸

Las normas jurídicas positivas que provienen de una interpretación auténtica, no deben ser confundidas con los juicios sobre estas normas jurídicas que son producto de una interpretación inauténtica.⁹ Las *normas jurídicas* son prescriptivas, mientras que las *reglas jurídicas* son descriptivas. La *norma jurídica* es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, es decir un argumento. Dicha relación no es causal sino, en términos de Kelsen, imputativa o racional, simplemente porque las reglas obligatorias pueden dejarse de cumplir, mientras que las reglas de causalidad no. La *regla jurídica* es un *criterio* que sirve como base para calificar la conducta como debida e indebida.¹⁰

Por lo anterior, sostenemos que la norma jurídica positiva es una reconstrucción de elementos jurídicos, y no los elementos jurídicos por sí mismos. De tal modo que los artículos que componen una ley, las disposiciones reglamentarias o decretos, las sentencias de los jueces, las jurisprudencias, entre otras disposiciones legales, no son normas jurídicas positivas, ni fragmentos de normas, son elementos constitutivos del orden jurídico positivo¹¹ que dotan de validez objetiva al juicio valorativo de una determinada autoridad jurídica facultada para ello.

⁸ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, editorial UNAM, segunda edición, México D.F., 1988. pp. 52-53.

⁹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, pp. 349 y ss

¹⁰ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TGDE, pp. 53-56. Hart retoma esta importante distinción sobre la cual desarrolla su teoría de la norma jurídica. *Infra n.* 90, 175 y 176.

¹¹ Sobre la distinción entre orden y sistema normativo *Vid. infra* Capítulo III, 5.

Si recordamos que la inconsistencia del sistema de normas de Kelsen radica en que se trata de un sistema cerrado que deriva su validez de la *Grundnorm*, es decir, que pretende derivar la validez de un deber ser (norma constitucional) por medio de otro deber ser (norma no positiva), al prescindir de una voluntad creadora del primer deber ser lógico, que es el fundamento de validez supremo, podemos constatar que el problema no es una cuestión terminológica o taxativa, sino del planteamiento del problema.¹²

Calsamiglia afirma que el problema de la *Grundnorm* como norma no positiva resulta imposible de resolverse, y tiene razón sólo si se plantea de este modo: la norma no positiva que es fundamento del derecho positivo es una voluntad subjetiva. Sin embargo, como ya se dijo, Kelsen se refiere a una voluntad abstracta y objetiva, según una lógica trascendental kantiana, derivada de un presupuesto que no es arbitrario, sino que puede ser deducido lógicamente de un orden jurídico positivo y constituido en términos mínimos de eficacia *ex post facto*. La Norma Básica es ulterior a la creación de un orden normativo, nunca anterior, con lo que la presuposición de ella se deriva del hecho que un orden jurídico regula la conducta humana con cierta eficacia. Sin embargo, estos son aspectos que sólo le interesan a Kelsen en la medida que pueden

¹² *Vid.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, pp. 219-225, en especial p. 223-224 “En el silogismo normativo fundante de la validez de un orden jurídico, el enunciado deóntico que formula la norma fundante básica (“uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente establecida y eficaz”), constituye la premisa mayor; la premisa menor está dada por la oración enunciativa que enuncia el hecho de que la constitución fue efectivamente establecida y es eficaz, es decir, que las normas implantadas conforme a ellas son, en términos generales, aplicadas y acatadas; mientras que la conclusión está dada por la oración deóntica “debes comportarte conforme al orden jurídico.”

ser objetivados en tipos de normas y procesos normativos, y solo con el objeto de posibilitar su conocimiento, no de posibilitar su validez.

La teoría del derecho kelseniana nos brinda los instrumentos para identificar al derecho a través de un aparato conceptual científico, por el grado de certidumbre que aporta, pero solo nos proporciona algunas herramientas conceptuales para el análisis práctico del mismo. Para el vienés, éste simplemente no es el fin de una teoría científica del derecho.

Entonces, tenemos que la *Teoría pura del derecho* de Kelsen se refiere al derecho formalmente válido, y Calsamiglia le critica por dejar fuera de su teoría los elementos casuísticos, políticos y sociológicos, porque son relevantes para explicar qué es el derecho en su totalidad. El excluir dichos elementos no es de ningún modo una prueba de la insuficiencia metodológica en la *Teoría*, pues Kelsen no se refiere a la totalidad del derecho sino sólo al derecho positivo. Aunque en términos del método *puro* el *derecho* es sólo derecho positivo, sólo se refiere que es derecho para los efectos de esa teoría. Es claro que en los diversos trabajos sociológicos, filosóficos y políticos de Kelsen, se revela que el derecho, entendido como un fenómeno social, se caracterice como más que derecho positivo. Pero este último debe ser entendido como una técnica cuantitativa y cualitativa, más avanzada y dinámica que otras técnicas, como la moral y la religión, de la conducta humana y no como una técnica de contenidos:

El grado de avance de la primitiva venganza, a la técnica social más avanzada de la retribución de la pena, es realmente grande. Consiste en que el hecho de la reacción contra el delito ya no tiene únicamente el carácter de auto-ayuda, y que no debe ser ejercido por la persona que directa o indirectamente ha sido lesionada, sino por una autoridad

imparcial. Sin embargo, la diferencia entre la mera reacción social primitiva de venganza y el castigo retributivo es puramente *cuantitativa*, mientras que la diferencia entre la venganza y el reflejo instintivo de defensa es *cualitativa*. Uno no debe pasar por alto el hecho de que aún hoy una rama muy importante del derecho, a saber, el derecho internacional, sigue siendo, para la mayoría de los casos, técnicamente un estado primitivo de auto-ayuda.¹³

En todo caso el contenido del derecho positivo puede ser cualquiera, porque es un acontecimiento de los hechos sociales, pero la técnica de estudio y el método de análisis del mismo es el objeto de la *teoría pura del derecho*. En otras palabras, pedir que la teoría pura resuelva todos los enigmas y los problemas que se suscitan en el seno de una sociedad, y que comúnmente se les denomina 'derecho', es tanto como pedirle a un químico o un biólogo que desentrañe la complejidad de lo que comúnmente se denomina 'vida'. Por tanto, está fuera del alcance de una técnica el que nos proporcione propósitos o fines como la 'justicia'. Esto último compete a otras disciplinas, como la filosofía, la ética o la política.

Calsamiglia pierde la línea que se ha descrito de Kelsen, es decir, descontextualiza la *teoría pura*, pues considera a ésta como un *ideal* irrealizable y

¹³ Kelsen, Hans, *Society and nature, a sociological inquiry*, editorial Lawbook exchange Ltd., Londres, 1949. p. 57. La traducción y el énfasis son nuestras. Hay traducción al español de la versión francesa en *Sociedad y naturaleza, una investigación sociológica*, editorial depalma, Buenos Aires, 1945, pero consideramos que la traducción no es del todo fidedigna en sus términos.

complejo, o un tipo ideal si se quiere en el sentido de Max Weber.¹⁴ Calsamiglia elige sutilmente sus palabras para criticar el formalismo kelseniano, con términos que Kelsen deja fuera de su teoría, pero que Calsamiglia pondera y juzga relevantes para criticar una función que no es propia de la *teoría pura* y su método.¹⁵

El Objetivo de Kelsen se enfoca en la *descripción* del derecho positivo, no en la realidad o la política jurídica. La descripción del derecho positivo no es en modo alguno un ideal, todo lo contrario. El método excluye los ideales y las ideologías, así como todos los elementos que le son extraños al derecho positivo.¹⁶

Kelsen no descuida en ningún momento el aspecto social, político o filosófico en su pensamiento,¹⁷ pero atiende a la necesidad de no conjuntarlos y tratarles de modo separado. No son perspectivas que se excluyan, sin embargo, el tratarlas en un mismo plano –el de la ciencia jurídica- introduce elementos extraños, y esto sí sería incurrir en una infidelidad metodológica, un sincretismo metodológico. Kelsen no hace esto. Lo anterior es reconocido tácitamente por Calsamiglia en un documento de trabajo, unos veinte años después.¹⁸

¹⁴ Vid. Bobbio, Norberto, "Kelsen y Max Weber", en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/5.pdf> , Schmill, Ordóñez Ulises, "El concepto de Derecho en las teorías de Weber y Kelsen" en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/9.pdf>

¹⁵ Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.*, KCCJ, p. 190-195.

¹⁶ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, p. 15.

¹⁷ Vid. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* en <http://www.usma.ac.pa/web/DI/images/Eticos/Hans%20Kelsen.%20La%20Juticia.pdf> ; *Esencia y valor de la democracia* en www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Hans_Kelsen.pdf; *Essays in legal and moral philosophy* <http://www.springerlink.com/content/2322745792h6223g/fulltext.pdf>

¹⁸ Vid. Calsamiglia, Albert, *En defensa de Kelsen*. p. 3-5. Working Paper en <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/KelsenCalsamiglia.pdf>

En el texto de *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, reconoce que la *Grundnorm* es lógicamente indispensable, aunque no en el sentido de un presupuesto lógico trascendental:

La *Grundnorm* no es, para Kelsen, algo que “quiera” la ciencia del derecho, sino que es *lógicamente indispensable* para fundamentar la validez de las normas jurídicas positivas. Esta norma (norma hipotética fundamental) permite distinguir el sentido subjetivo de un acto y su sentido objetivo y dota de validez al sentido objetivo de los actos humanos [...] en la norma fundamental siempre existe poder político y autoridad [...] la norma fundamental no es una norma de derecho positivo y por tanto la validez objetiva del derecho no está basada en este mismo derecho positivo.¹⁹

Cuestiona la noción de validez que es la Norma Fundante Básica, como norma no positiva que fundamenta a un orden de normas positivas, pero reconoce expresamente que la *Grundnorm* es una fundamentación lógica. Esto le conduce a la crítica de la *unidad* de la ciencia jurídica Kelseniana. Es cierto que la ciencia jurídica kelseniana parece no tener un fundamento unitario, pero no por las razones antes enunciadas, sino por la intromisión de otras justificaciones de sistematicidad en la Norma Fundante Básica, como se verá posteriormente.²⁰ Un poco más adelante concluye:

¹⁹ Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.*, KCCJ, p. 149.

²⁰ *Infra*, p. 57 y *ss*

[...] creo que se ha argumentado y demostrado suficientemente que la inconsistencia de la teoría pura del derecho se manifiesta en la interioridad cerrada de su pretendido sistema. La debilidad de la doctrina de la *Grundnorm* y su carácter normativo indemostrable, la ambigüedad de la noción de validez y su fundamento son razones suficientes para demostrar que la teoría pura del derecho es una teoría inconsistente, y en la medida en que es inconsistente es positivista, o bien la teoría pura es la forma más refinada del iusnaturalismo del siglo XX.²¹

Nos parece que esta misma opinión ha sido sobrepasada por una nueva, más estudiada, sobre el mismo tema y por el mismo autor, ya que ahí distingue a la *teoría pura* como método antes que como fundamentación:

Creo que el camino kelseniano es un camino riguroso, difícil y exitoso. La posibilidad de la ciencia jurídica reside en la invención por parte del científico del derecho de un método que permita seleccionar el objeto [...] Cuando preguntemos por el origen o el fundamento de la validez veremos que debemos utilizar, además, el criterio de la norma fundamental que es una *condición lógico-trascendental* de la experiencia jurídica [...] Pero dejaremos este problema para más adelante y no por ello dejaremos de admirar una construcción sencilla, elegante y convincente.²²

²¹ Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.* KCCJ, p. 152.

²² Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.* DK, p. 14. El énfasis es nuestro.

Que la *Grundnorm* sea una condición lógico trascendental quiere decir que es una condición necesaria, aunque no suficiente, para *conocer* qué es una norma jurídica positiva de aquello que no lo es. Posibilita el conocimiento objetivo de las normas positivas que son válidas en tanto pertenecen a un orden jurídico y se derivan de él.

1.2. Los problemas del método puro.

La gran mayoría de inconsistencias que pueden ser encontradas en la teoría pura y general del derecho de Kelsen, son producto de la descontextualización de las proposiciones. Esto no quiere decir que el método de Kelsen no tenga ninguna falla, al contrario, tiene varios problemas que identificaremos en este capítulo. El principal problema de dicho método radica en que no se trata de una teoría sobre lo que el derecho es, sino una teoría del derecho resultante como *una figura de abstracción*, esto es, una teoría no contaminada por ideologías e intereses personales, aplicable a cualquier orden jurídico positivo, que no se refiere a ningún orden jurídico particular. En otras palabras, Kelsen resta mucho del valor práctico que tiene el derecho. Esto afecta al análisis del derecho, porque todo derecho en lo particular es el esquema, en un sentido kantiano, de una ideología socio-política-moral y ciertos intereses de grupo, a veces muy extendidos dentro de una sociedad.

No obstante, el mismo Kelsen reconoció éste punto,²³ al cual no consideró como tal un problema, sino una demostración de la pureza de su teoría, la cual no tiene su origen en un orden jurídico específico, sino en el derecho positivo en general. Porque el derecho positivo puede tener, ciertamente, contenidos políticos e intereses personales

²³ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op Cit.*, TPD, pp. 8-15.

o de grupo, pero hablar de contenidos no es el propósito de la teoría pura, sino el de identificar y analizar a la *norma jurídica positiva* como el objeto propio del derecho, y explicar cómo funciona éste atendiendo a dicho objeto.

Las premisas de su teoría sólo son válidas en aquellas proposiciones sobre normas positivas, por lo tanto, aquello que pueda demostrarse que no es derecho positivo queda automáticamente invalidado y fuera del alcance la teoría pura. Como se sabe, el problema radica en que la base epistemológica de su teoría no es una norma positiva, lo cual en todo caso es un problema si se piensa que el principio de validez de toda norma positiva es una norma no positiva. *Prima facie* su *Norma Fundante Básica* no es parte del orden positivo, sino que intenta *justificar* la validez misma de este orden positivo sin justificar su propia existencia.²⁴ El obstáculo de la regresión *ad infinitum* no es salvado por el propio Kelsen, debido a que no pudo establecer una finísima postura epistémica: su teoría no tiene pretensiones *fundacionalistas* sino *coherentistas*.

Lo anterior da origen a ciertas confusiones y es causa de una problemática que dejó a la teoría pura desamparada de fundamentos epistémicos frente al escepticismo. Es decir, si el conjunto de normas positivas no tiene fundamentos en los mismos términos que exige Kelsen para cualquier norma que sea jurídica, entonces el derecho no tiene fundamentos. Como se recordará, en la teoría del jurista vienés la totalidad de las normas jurídicas positivas establecen un orden jurídico o Estado, y una norma es positiva si y sólo si ésta es válida. Una norma positiva es válida si y sólo si su proceso de creación está regulado por una norma jurídica positiva. La primera norma jurídica positiva establece necesariamente una *autorización* para crear normas jurídicas

²⁴ *Ibidem.* p. 201 y *ss*

positivas. Esta primera norma jurídica positiva no es una norma positiva, no puede ser formulada y es un tipo de intuición metodológica, es decir, una ficción.

Para entender por qué el no superar esta problemática define el fracaso de una teoría jurídica, se deben contextualizar las discusiones en su periodo histórico y político, cuidándonos de incurrir en la misma clase de crítica que aquí señalamos. Son cuatro los puntos obligados a tomarse en cuenta para comprender cabalmente la *Teoría pura del derecho*, sin mitificarla o malinterpretarla, a saber:

- 1) *su teleología*, comprender *por qué* su autor se dedicó a la construcción de esta doctrina;
- 2) *su contexto*, qué acontecimientos fueron relevantes para que Kelsen considerara describir al derecho, como lo hizo, sin ataduras ideológicas, filosóficas o gnoseológicas, ajenas a su propio objeto de estudio;
- 3) *su metodología*, qué corrientes teóricas influenciaron su teoría, a saber: neo-idealismo, positivismo lógico y pragmatismo, y
- 4) *su quid*, qué entiende Kelsen *por norma jurídica*, el cual es el tema que nos interesa.

En este punto abordaremos las críticas más comunes que se hacen a la *Teoría pura del derecho* y su teoría de la norma jurídica y dejemos las más específicas para el Capítulo III. Estas críticas recaen sobre los puntos 1, 2 y 3, y soslayan el peso del punto número 4, por considerarle superfluo y sobreentenderse el concepto de norma jurídica.

Albert Calsamiglia tiene dos textos que incluyen objeciones que Norberto Bobbio, Hermann Heller y Alf Ross, entre otros, han levantado al jurista vienés en *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica* y *En defensa de Kelsen*. En el primero se catalogan de

manera precisa las distintas objeciones que se han hecho a su teoría. El segundo se trata de un documento posterior, en el cual el mismo Calsamiglia responde a muchas de estas objeciones.²⁵

Una dificultad que entrañan varias de las críticas que examina Calsamiglia, es que no distingue entre los diferentes periodos de pensamiento de Kelsen ni entre las construcciones teóricas de la ciencia jurídica, la filosofía y la política kelseniana. De este modo, podemos observar como los argumentos y las críticas de Calsamiglia son enunciadas con fervor, pero desatendiendo el origen de las premisas, orden cronológico, temático y, hasta cierto punto, evolutivo del pensamiento kelseniano. Así, va de la *Teoría general del derecho* a los *Hauptprobleme*, o de la *Teoría pura* a la *Teoría general del derecho y del estado*, citando en el medio obras sociológicas, como *Sociedad y naturaleza*, o Filosóficas, como *¿Qué es la justicia?*,²⁶ muchas veces tomando lo dicho por el Kelsen en un sentido errado. De este modo Calsamiglia descontextualiza a Kelsen, crea un hombre de paja y le es fácil generar algunas críticas erróneas. Estas críticas se pueden desvirtuar al darle seguimiento a las objeciones y percatarse que se trata de reconstrucciones teóricas al margen del sentido de las obras citadas.

2. El concepto de Norma Jurídica en la teoría de Hans Kelsen.

Kelsen define a la norma como *esquema* en un sentido kantiano, esto es *una significación particular, la significación del acto de un ser humano o sobrehumano,*

²⁵ Calsamiglia, Albert, DK. pp. 25.

²⁶ *Vid.* Calsamiglia, Albert, KCCJ, pp. 16-29.

*como representación que captura las propiedades esenciales del concepto.*²⁷ Se tiene que hacer una distinción que generalmente nos lleva a problemas de interpretación normativa: una norma no es lo que se dice con palabras, no son las palabras en sí mismas, sino el significado y el sentido de dichas palabras. Una norma jurídica, para Kelsen, es aquel significado que tiene un acto subjetivo en el marco de una representación conceptual, que la explica como un acto conforme a derecho o contrario a derecho, i.e. una norma define en sus propios términos, por sí y por su relación con otras normas jurídicas o sistema de normas jurídicas, qué es el derecho por medio de su contenido o sentido, esto es la *norma como marco*.²⁸

Si demostramos la existencia y validez de una norma previa al acto calificador de la conducta humana juzgada, podemos referirnos a este juicio o presuposición como *objetivo* en tanto congruente con la norma de la que deduce su significado, es decir una condición necesaria del acto calificador como fundamento de validez. Una condición de la existencia y validez de la norma, es el uso reiterativo y eficaz de la misma norma en cuestión o, en su defecto, la falta de interés en la misma.

Lo que tiene carácter de un juicio de valor es únicamente la proposición que una determinada conducta está de acuerdo o no con una norma presupuesta; pero no la proposición que *una conducta en particular* entra o no en el dominio de la definición. Es por esto que *la norma no es*—como a veces se pretende— *una definición, la definición de una conducta correcta o incorrecta*. La norma forma parte del contenido de una definición, de la

²⁷ Kelsen, Hans *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho*, trad. Carlos Cossio, editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1952. P. 14.

²⁸ *Vid.* infra Capítulo III, 5.1.

definición de una conducta correcta o incorrecta. Definir es la *significación* de un acto de conocimiento. *Los actos que tienen a una norma como significación no son actos de conocimiento; son actos de voluntad.* La función de las autoridades jurídicas que emiten normas no es la de conocer y describir el Derecho, sino la de crear el Derecho. Conocer y describir el Derecho es la función de la ciencia del Derecho.²⁹

Detengámonos por un momento en aquello que es materia de las normas: la conducta humana. Uno de los más claros mal entendidos de la teoría del derecho de Kelsen, radica en creer que él sostiene que la norma jurídica imputa una sanción o consecuencia de derecho a una determinada conducta. Sostenemos la misma postura que Paulson al decir que la imputación es *la atribución de un acto a un "constructo" formado por un complejo de normas jurídicas.*³⁰ Por ende, el acto no es lo imputado sino lo imputable. Lo que está imputado es un "constructo" o sujeto de derecho, humano o transhumano, a la sanción normativa, no una conducta humana a la sanción, simplemente porque la conducta humana es siempre atribuible, directa o indirectamente, a seres humanos. De ahí que, si regresamos a la definición del *vienés*, la imputación no es un acto de cognoscibilidad sino un acto de voluntad.

Kelsen afirma que la idea de naturaleza (principio de causalidad) es mucho más moderna que la del derecho (principio de imputación). Por ejemplo, *significa a la*

²⁹ Kelsen, Hans *Op. Cit.* PETPD, pp. 15-16. Las cursivas son nuestras.

³⁰ *Cfr.* Paulson, Stanley *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000. p. 48.

vez culpa, imputación, causa, necesidad.³¹ Sin embargo, cabe agregar que diversos estudios hacen énfasis sobre la indiferencia del nombre, puesto que es un asunto de modalidad de la relación y no de relación en sí. El mismo Hart reconoce que la culpa, como responsabilidad respecto de una obligación, reside en el aspecto negativo de lo voluntario.³² Esto es, la culpa sólo puede recaer en un agente cuando *depende* de él que actúe o no de un modo particular, sin que se presenten ciertos factores exculpantes. Lo realmente interesante radica en reconocer si estos factores *exculpantes* son o no convencionales. Por supuesto, tanto Kelsen como Hart afirman que sí, al menos en la generalidad de los casos, porque en lo particular entra en juego el elemento de la interpretación judicial o autoritativa.

Por lo anterior, tenemos que partir desde el punto de vista donde la sociedad es un orden normativo, porque está constituida con base en normas y las respectivas relaciones o nexos entre normas y conducta humana, que son las obligaciones sujetas a diversas modalidades de la conducta humana. Y si esta obligación se estatuye como un *deber de obedecer* a una voluntad positiva o norma jurídica positiva, entonces el orden normativo es jurídico.

Una de las consecuencias más importantes de lo anterior, es que una norma jurídica tiene su fundamento de validez en otra norma jurídica y así sucesivamente, aunque no hasta el infinito, porque en última instancia la norma jurídica es convencional. Es decir, la norma es potencialmente válida porque es un acto de voluntad, y aunque su obediencia o deber no puedan ser atribuibles a un hábito de

³¹ *Vid.* Kelsen, Hans *Op. Cit.* PETPD, pp. 19-42.

³² *Vid.* Sorabji, Richard, *Necesidad, causa y culpa*, editorial UNAM.IIF, México D.F., 2003. Pp. 363 y *ss*

obediencia, la una norma de tipo jurídica es obedecida cuando el agente actúa de un modo particular o bien, ve ciertamente afectada su conducta por la norma, recordemos, siempre y cuando no exista un factor *exculpante* dentro del mismo orden normativo y haya una voluntad que así lo exija.

Como se puede observar, el derecho encuentra uno de sus extremos de validez en su propia aplicación, el problema, como es evidente, es que nos remite a la pregunta por el otro extremo de validez normativa. La contestación de Kelsen es que el fundamento de validez no responde a una realidad lineal del derecho sino sistemática, es decir, su teoría no estaba pensada como una teoría *fundacionalista*, aunque haya sido calificada como tal.

Esto centra la cuestión de la validez del derecho positivo en la existencia de un mínimo de eficacia del mismo, y no en la validez de una norma particular. Esto deriva en la exigencia de justificar cómo es posible que en algún momento una primera norma funja como presupuesto calificador de un hecho concreto, y cómo es que la validez de un orden normativo está condicionada por su eficacia y que el nexo imputativo entre norma y hecho concluya con la aplicación de una consecuencia normativa.³³

2.1. Diferencias entre la teoría del mandato y la Grundnorm.

Kelsen separa la voluntad que crea la norma de su contenido y significación, porque la validez de la norma jurídica no puede estar sujeta a la voluntad de un sujeto, llámese legislador o soberano. De esto se desprende también que todas las normas jurídicas positivas son *prima facie* imparciales y ajenas a cualquier voluntad particular, ya que

³³ KELSEN, Hans *Op. Cit.* PETPD, p. 23.

incluso la voluntad creadora de la norma está sujeta a la aplicación de las mismas. Entonces, la diferencia entre la teoría del mandato de Austin y la teoría de las normas coactivas de Kelsen radica en que:

- 1) el sujeto del cual se emite la voluntad es, en el caso de Austin, restringida, ya que se requiere la persistencia de tal voluntad y la creencia real de una amenaza; mientras que, para Kelsen, dicha voluntad se cristaliza como contenido normativo, donde no es necesario que persista la voluntad del legislador, pero sí que persista la continuidad de las instituciones y que la amenaza sea desplazada a un mero elemento psicológico, al remplazarle con la coactividad, como un elemento objetivo determinable por una voluntad aplicadora facultada para ello.
- 2) Que la coacción sea determinable permite que la consecuencia normativa o sanción no sea considerada por la comunidad, que está sujeta a un orden normativo, como un acto arbitrario y parcial, es decir, al capricho de la autoridad o gobernante, sino que es una reacción estipulada y perfectamente previsible.
- 3) Para Austin el concepto de mandato está ligado esencialmente al concepto de poder, lo cual no diferencia los términos 'tener la obligación de' de 'estar obligado a' o el mandato de una autoridad jurídica del mandato de una banda de ladrones; mientras que, para Kelsen, el poder es un elemento no relevante dentro de la teoría del derecho, ya que el poder es un factor externo del cuál no depende la prevalencia del derecho, por el contrario, el poder depende de la prevalencia del derecho.

4) No toda norma es un mandato y no todo mandato es una norma, debido a que la norma no sólo ordena, y que el sentido mismo de la norma no es el de un mandato, sino la calificación de lo debido,

“Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, *como sentido específico* de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye es un ser.³⁴

De este *sentido específico*, Kelsen fundamenta la validez de la norma, como obligación o *deber ser* objetivo por un lado, y como proceso de creación y aplicación autorizada por una norma jurídica por el otro, lo que le permite disociar la *voluntad creadora* de una norma, de la norma misma como un objeto.

2.2. Decisión judicial y norma jurídica.

En las resoluciones judiciales podemos observar que los jueces, como el órgano de adjudicación por excelencia del derecho, aplican normas jurídicas a casos concretos. Sin embargo, no sé ha podido dar una respuesta definitiva sobre en qué consiste esta función de aplicación o esta aplicación de las normas al caso concreto.

En el caso de la decisión judicial, el juez debe esclarecer el nexo imputativo entre sujeto y consecuencia normativa, y no quién es el sujeto, porque esto último es una

³⁴ Kelsen, Hans *Op. Cit.* TPD, p. 19. El énfasis es nuestro.

cuestión de hecho y no de derecho.³⁵ Esto no quiere decir que no existan juicios imputativos donde la autoridad establezca que los hechos 1, 2, 3, *n...* como *sujetos transhumanos*, modélicos, abstractos o, usando la terminología de Max Weber, tipos ideales, ligados a un individuo o más, estén vinculados imputativamente con una sanción.

Ejemplo: *El robo es un delito que debe ser castigado con prisión*

Norma que prescribe una conducta como prohibida y sancionada.

Alguien robó una cantidad de dinero

Hecho concreto, verificable en la realidad.

'X' es ese Alguien que debe ser sancionado con prisión

Consecuencia normativa.

Quién es “X” se trata de una cuestión fáctica y por tanto causal y no imputativa. Sin embargo, sí es una cuestión imputativa que el juez sancione la conducta del robo, independientemente del autor material o sujeto activo, la cual debe ser castigada con la declaratoria de reconocimiento de culpa o responsabilidad de *Alguien*. En este punto podemos afirmar que el juez reconstruye racionalmente el derecho de lo general a lo particular, y su conclusión es necesariamente una norma particularizada, que constituye el punto final de una cadena de imputaciones jurídicas. Paralelamente, la actividad del juez constituye un nexo imputativo entre sujeto, que es el mismo juez dotado de autoridad, y la sanción, como su actividad o conducta, lo que explica situaciones tales como la responsabilidad judicial, la competencia o la apelación.

³⁵ *Cf.*: KELSEN, Hans, *Op. Cit.* PETPD, p. 24-25.

En primer lugar, parece ser que la interpretación jurisdiccional sólo consiste en la adecuación, o subsunción si se prefiere, de la norma general, en el o los supuestos prescriptivos que prevé la norma, al hecho concreto que encuadra más o menos bien dentro de dicho esquema de presuposición legislativa. Esto *prima facie* no parece originar mayores problemas, porque cuando la norma general es clara o autoevidente y completa, los hechos no están controvertidos y son limitados al espectro de posibilidades prescriptivas que supone la norma, entonces tenemos que el juez no tendrá duda respecto de lo que tiene que decidir. Pero, como sucede frecuentemente en la realidad, los asuntos no son sencillos, las normas no son claras ni mucho menos autoevidentes y, por supuesto, muchas veces parece que ni siquiera existe una norma que se adecue al caso que se pretende juzgar.

Tenemos que si un caso que se encuentra dentro del supuesto de una norma y se encuentra rodeado de circunstancias no previstas por la norma pero de relevancia para el juzgador que lo hacen dudar, o al menos desconfiar de la convicción jurídica de su decisión, entonces el caso que a primera vista parecía fácil se ha tornado en algo difícil o inclusive imposible de resolver, una aporía. Kelsen responde a esta problemática con la idea de la discrecionalidad judicial, la cual hallamos bastante oscura. Pero tenemos que decir que esta desafortunada explicación de Kelsen se debe únicamente a que no hizo la distinción entre términos vagos y normas vagas, como se verá en el siguiente apartado.

En la *teoría pura* toda conducta humana está regulada, ya sea de manera positiva o negativa, y por tanto toda problemática que se suscite a interpretación judicial puede ser resuelta conforme a derecho. La cuestión que queda abierta recae sobre cómo se suscita la interpretación y la aplicación de una norma jurídica a un caso

concreto. La problemática parece obedecer a una cuestión metodológica, pues no es posible analizar dicha interpretación y aplicación si antes no se dilucida la cuestión sobre qué es una norma jurídica, lo cual está lejos de ser resuelto.

2.2.1. La tesis de completitud del derecho de Kelsen.

La teoría de Hans Kelsen no contempla los casos marginales, como sí lo hace H. L. A. Hart. Kelsen simplemente considera que todos los casos posibles pueden ser resueltos conforme a derecho. Ya que el orden jurídico establece derechos sustantivos y provee a sus órganos aplicadores de procedimientos precisos y objetivos, toda la conducta humana puede ser regulada conforme a derecho, y en última instancia se puede dirimir cualquier controversia por medio de una norma individual y la discrecionalidad judicial.

Kelsen, incluso afirma la imposibilidad de una laguna absoluta del derecho, debido a que todo aquello que no está regulado de manera positiva lo está de manera negativa.³⁶ Acepta la existencia necesaria de lagunas técnicas del derecho, y esto generalmente es confundido con algún tipo de indeterminación jurídica, pero es un tipo de vacío conceptual que se presenta en las normas generales en la teoría de Kelsen, debido a que todas las lagunas técnicas que se presentan en las normas generales son siempre resueltas por medio de normas individuales.

Para este teórico, todos los órganos aplicadores del derecho son legisladores en la medida que crean normas individualizadas. Recordemos que para él, dicha creación de normas individualizadas se encuentra establecida por normas generales que delimitan el marco de aplicación o aplicabilidad de las normas generales. De este modo

³⁶ Kelsen, Hans, *Op Cit.* TPD, p. 176-177, 255.

la resolución de los casos "indeterminados" o lagunas técnicas, no se resuelve "fuera" del derecho, sino "dentro" de las posibilidades de interpretación de la norma general, es decir *dentro* del orden jurídico.

Sin embargo, como se dijo al principio, Kelsen no contempla los casos marginales, por lo cual no se le pueden atribuir interpretaciones de vaguedad normativa o sentido específico de una norma ni sobre términos vagos o el sentido de cada uno de los elementos que constituyen a la norma jurídica y le dotan de significado. De ahí que él no pueda justificar la intromisión de elementos extrínsecos a la norma jurídica, lo cual de hecho es tomado en cuenta en la valoración de la conducta humana regulada por la norma, y por ello reconoce un cierto grado de *discrecionalidad* de los órganos aplicadores del derecho. Es por esto que la teoría de la interpretación jurídica de Kelsen se convierte en una teoría taxativa de la coacción.

2.3. Validez normativa.

La validez de una norma es para un espacio y un tiempo determinado, lo que se conoce como ámbito espacial y temporal de validez. Puede valer para un espacio y un tiempo determinado o indeterminado, o bien valer para todo lugar y siempre. La norma se puede referir a comportamientos futuros, pero también lo hace respecto a comportamientos pasados (retroactividad). Junto al espacio y el tiempo, cabe distinguir un ámbito de validez personal y uno objetivo o material. El primero se refiere al sujeto a quién va dirigida la norma, mientras que el segundo se refiere a la forma y manera en cómo debe hacerlo. El ámbito personal puede estar o no limitado, sin embargo *El dominio objetivo de validez de un orden jurídico total (léase Estado) es, sin embargo,*

*siempre ilimitado, en cuanto semejante orden jurídico, por su propia índole, puede regular en cualquier sentido la conducta de los hombres sujetos a él.*³⁷ Esto es, el contenido del derecho puede ser cualquiera, como dominio de validez objetivo.

Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta un cierto grado. [...] Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez. [...] Validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz [...] La eficacia es condición de validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez.³⁸

Este es uno de los principales problemas de las teorías jurídicas contemporáneas, cuando sostienen la validez del derecho en un hecho socialmente inmanente. Si se toma en serio la pregunta por la validez del derecho no se puede contestar en términos generales que el ‘hábito de obediencia’, el reconocimiento de las reglas por parte de la autoridad, una constitución en sentido material o cualquier fuente social del derecho, sean la fuente de validez del orden jurídico, pues con ello sólo se

³⁷ *Cfr. Ibídem.* p. 28 y *ss.*

³⁸ *Ibídem.* p. 24-25.

responde por el fundamento de la eficacia del derecho positivo; es decir, que se cumple fácticamente, pero no por qué vale o por qué obliga a la conducta humana. La pregunta por la validez del derecho positivo sólo surge cuando se pregunta por la validez de una primera constitución positiva. Kelsen afirma que

[...] la positividad de orden jurídico no reposa en la norma básica, ni es derivada de ella. De la norma fundante básica sólo se deriva la validez objetiva de un orden coactivo positivo, es decir, fácticamente implantado y eficaz en grandes términos. La positividad consiste en la implantación y eficacia fácticas de las normas.³⁹

Con lo cual sostenemos que para el *vienés*: 1) la norma básica no es positiva, pero es norma jurídica de algún otro tipo, 2) la norma básica es fundamento de la validez y no de la eficacia de un orden positivo, 3) que un orden positivo es fácticamente implantado, es decir, que no ha sido constituido con base en ningún arreglo normativo o ningún fundamento positivo, 4) que el orden jurídico tiene que ser eficaz en grandes términos para ser positivo, ya que es condición necesaria, aunque no suficiente, para su validez objetiva y que el orden sea obedecido, y opere con arreglo a sus propios términos positivos, 5) que la norma básica es ulterior a la implementación y eficacia fáctica de las normas, y 6) que positividad y validez objetiva pertenecen a dos ámbitos diferentes.

Kelsen se refiere a la positividad de una norma como la implementación y eficacia fáctica de una norma, mientras que la validez objetiva se refiere a la

³⁹ *Ibidem.* p. 212.

pertenencia de una norma a un orden jurídico positivo determinado. Es decir, la positividad responde a la eficacia de un orden jurídico, mientras que la validez responde a la pregunta por la obligación o el deber ser, es decir qué obliga a un hombre a comportarse del modo establecido por un orden jurídico. La distinción, dice Kelsen, entre estas dos cuestiones es que la pregunta por la eficacia es de orden político, mientras que la pregunta por la validez es de orden epistemológico. Por tanto, el contenido de la norma fundante no es positivo, i.e. ésta no se puede conocer sino sólo presuponer.⁴⁰

Para dicho autor, en un sistema de normas estático sólo aparecen normas que valen⁴¹ por su contenido, el cual puede ser derivado por un procedimiento lógico o por deducción de una norma cuyo contenido es universal, es inmediatamente evidente, esta dado en la razón o mediante la razón y de ella se derivan todas las normas del sistema, que es el mismo sentido que tiene un orden pre-jurídico para Hart, es decir, donde sólo

⁴⁰ *Cf.*: Kelsen, *Op. Cit.* TPD, pp. 201-208.

⁴¹ Es necesario recordar una distinción que Kelsen hace claramente, así como precisar una distinción que no hace: Las normas (de cualquier tipo) que valen por su contenido, son aquellas que imponen una obligación con arreglo a la razón práctica, es decir la voluntad, mientras que las normas (jurídicas) ‘formalmente’ válidas o normas positivas son aquellas que independientemente de su contenido son parte del orden (jurídico) e imponen una obligación con independencia del acto volitivo que las creó y, como dice Kelsen, aún en contra de ella. Por otro lado, valor y validez son dos conceptos clave que se tienen que distinguir si se quiere evitar confusiones entre sistemas de normas diferentes. El valor es una cualidad de estimación o ponderación sobre la utilidad o importancia de una cosa de modo subjetivo, mientras que la validez se constituye como la aceptación ‘objetiva’ o reconocimiento, en el sentido kantiano, de dicha cualidad.

operan reglas primarias.⁴² Es el caso, por ejemplo, de la Moral, que en esto se distingue principalmente del derecho.⁴³ Pero el derecho no puede ser considerado como un sistema de normas estático, porque *el concepto de una norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora; y este concepto, como se verá, es insostenible, dado que la función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de normas es un acto de la voluntad.*⁴⁴

El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una Norma Fundante Básica presupuesta, sino por haber sido producida de la manera determinada por una Norma Fundante Básica presupuesta. Por ello, y sólo

⁴² *Cf.*: Kelsen, *Op. Cit.* TPD, pp. 203-204; Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1963, p. 117-119.

⁴³ Como se verá más adelante en el Capítulo IV, el Derecho y la Moral son ordenes normativos, y aunque ésta última puede constituir una fuente formal del Derecho, esto sólo quiere decir que para Kelsen se reconocen algunas normas de la moral como parte del orden normativo, pero que por sí mismas no conllevan el elemento de coactividad ni son jurídicas. El derecho puede reconocer normas de otros órdenes como la moral o un tipo de moral, pero ello no conlleva el reconocimiento de estos órdenes en general o suponer que son órdenes que prevalecen o que son superiores (juicio subjetivo) o que por ser anteriores en el tiempo tiene que considerárseles como fundamento de validez objetiva. Justamente es el Derecho el que valida objetivamente a las normas morales específicas reconocidas como parte del orden jurídico. La Moral sólo puede constituir normas de obligación, si una norma positiva las reconoce como válidas objetivamente.

⁴⁴ Kelsen, *Op. Cit.* TPD, p. 203.

por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa Norma Fundante Básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser Derecho.⁴⁵

Esta es una de las afirmaciones más polémicas de Kelsen, pero de ninguna manera resulta exagerada o radical. Es, en todo caso, precisa al reconocer que absolutamente ningún contenido está excluido de ser una norma jurídica. Esto por dos razones: 1) suponer que algún contenido está excluido, presupone la existencia de una norma que excluya dicho contenido, lo cual es una regulación propia del derecho, y no establecer normativamente dicha exclusión puede recaer en cualquier sentido, discrecionalmente, y 2) la norma como acto de voluntad sólo puede limitarse por las posibilidades de la conducta humana.

2.3.1. Jerarquía normativa como sistema y norma positiva válida.

Sobre la jerarquía de las normas jurídicas, Kelsen nos dice que es una característica de un sistema normativo dinámico, que es consecuencia de una peculiaridad del derecho, a saber, que éste regula su propio *movimiento* en cuanto otras normas jurídicas determinan la forma en que se modifica o crea. Este modelo de jerarquía sirve para 1) interpretar el derecho 2) sistematizar las normas jurídicas 3) resolver conflictos normativos.⁴⁶

⁴⁵ *Ibidem.* p. 205.

⁴⁶ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TGDE, p. 146-148.

Según este esquema, Kelsen supone que una relación de supra a sub-ordinación determina la unidad de todas las normas que conforman a un orden jurídico. Por un lado, Kelsen no puede aceptar que las normas jurídicas sean elementos aislados que pueden ser interpretados y aplicados arbitrariamente, y por ende debe aceptar que hay un sistema que las organiza y condiciona en su aplicación. Este sistema tiene que provenir del mismo orden, de modo que no intervenga ningún otro, como la moral o la política, en la interpretación de las normas. Por el otro, tiene que sustentar el fundamento de las normas jurídicas positivas en otras normas jurídicas positivas.

Sin embargo, las normas jurídicas no tienen un orden preestablecido ni determinado, pues su ordenación sólo atiende al criterio de validez que las reconoce como parte del ordenamiento jurídico: temporal, espacial, personal o material. La idea de normas superiores y normas inferiores, se trata de un intento de ordenar lineal y estáticamente a la totalidad de normas jurídicas válidas de un determinado derecho positivo. Pero aún la norma que no tiene prelación de jerarquía vertical, es decir inferior-superior, sino horizontal, de 'igualdad' de jerarquía, demuestra su desigualdad y su relación con otras normas, inferiores o superiores, cuando se pondera su significado. Entonces, entre normas del mismo peso jerárquico parece operar un criterio de ordenación e interpretación, distinto al ya mencionado criterio de supra a sub-ordinación, interviene un criterio de objetividad y pertenencia.

2.4. Validez objetiva.

Kelsen sigue a Kant cuando dice que la Norma Fundante Básica es un presupuesto lógico trascendental.⁴⁷ Esto quiere decir que la Grundnorm es una norma que presupone la validez objetiva del orden jurídico, esto es, de la pertenencia de normas a dicho orden. Para poder comprender a qué se refiere Kelsen, se tiene que analizar a qué se refiere Kant con validez objetiva.

Kant distingue claramente entre el tipo de conocimiento sensible del tipo de conocimiento inteligible, como partes de la conciencia, donde el primero se refiere al fenómeno y es subjetivo, mientras que el segundo es objetivo, porque es capaz de **determinar** el modo de ser de las cosas en sí mismas, aunque esto no quiere decir que se conozca a las cosas en sí mismas, sino sólo que hay una representación de las cosas como se nos aparecen en la inteligencia, los objetos.

La innovación kantiana en epistemología, su giro copernicano, radica en que distinguió la 'perspectiva del conocimiento'; es decir, esclareció que las cosas no tienen una esencia, sino que esa 'esencia' está presente como fenómeno, en la representación que tenemos del fenómeno según ciertas categorías. En otras palabras, al conocer el sujeto determina al objeto, pues le impone ciertas formas y principios que le permiten conocerlo. Los objetos son ya sólo las representaciones de objetos, los fenómenos. Entonces, estas representaciones son objetivas no porque concuerden con lo que la cosa es en sí, sino porque se ajustan a las estructuras que el sujeto les impone, es decir los conceptos.

⁴⁷ *Cf.*: Kelsen, *Op. Cit.* TPD, pp. 208-214.

Esta subjetividad trasciende, según Kant, porque no se opone a lo objetivo sino que funda lo objetivo. Lo objetivo, conlleva la necesidad de que algo sea de un modo y no de otro, pero esta necesidad, según Kant, es una tendencia de nuestra mente a enlazar fenómenos que habitualmente se nos han dado juntos en la experiencia. Por ello dicha subjetividad trasciende, porque nos es dado por los sentidos (algo que percibimos) como representación (algo que determinamos) y se piensa en relación con esta representación como una 'necesidad'.

La validez es para Kant un término lógico y epistemológico, y se distingue del valor, que es un término ético o moral y axiológico. Validez objetiva se refiere a la adecuación del concepto al fenómeno, es decir, a la experiencia. Sólo se puede demostrar la validez epistemológica si el concepto se ajusta a la representación subjetiva trascendental.

2.4.1. Genética de la norma positiva.

Derecho positivo sólo quiere decir que no existe norma jurídica si no existe un acto que lo establezca, aunque independientemente de tal voluntad creadora. Las normas positivas son creadas por actos humanos determinados o determinables, donde el contenido de una norma es la expresión de una intención condicionada. Dicha condición consiste en una conducta que es conforme a dicha voluntad o contraria a ella, objetiva en cuanto a la adecuación de la conducta a dicha voluntad.

Como ya se dijo, la inviabilidad teórica de la Norma Fundante radica en que no se trata de una norma jurídica positiva, lo cual hace cuestionable su lugar como origen de validez de un orden jurídico. Esto se debe a que la estructura lógica de la Norma

Básica, como una norma presupuesta, es inferencial y no deductiva, contrario a lo que sucede en el sistema de normas que explica Kelsen, donde la validez de una norma se sustenta en la validez de otra, la Grundnorm adquiere su validez como premisa pensada:

Argumento Ontológico

1. P .
2. P si y sólo si Q .
3. Entonces, Q .

Argumento Epistemológico

1. P entonces Q .
2. No es el caso que Q .
3. Entonces no es el caso que P .

Donde P expresa que las normas jurídicas positivas son enunciados de *deber ser*, y Q es la presuposición de la Norma Básica. Q sólo puede ser una condición epistemológica de P , no de validez en tanto existencia específica, lo cual constituye un argumento **ontológico**. El argumento ontológico conlleva la suposición de que las normas jurídicas positivas existen, sea como fuere su existencia es un hecho del mundo, mientras que el argumento epistemológico establece que la relación entre las normas jurídicas positivas y la Norma Fundante Básica es indisoluble, condicional.

Kelsen creía férreamente en la distinción de Hume de que un *deber ser* no puede ser derivado de un *ser*, porque en todo caso las expresiones normativas ni tienen una realidad empírica ni son el resultado de un acontecimiento en la realidad, sino que son una significación de los mismos, su sentido objetivo, i.e. 'deber ser' siempre deviene como una *explicitación conceptual*.⁴⁸ Sin embargo, la interpretación que se le

⁴⁸ Cfr. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Marmor, Andrei, "The Pure Theory of Law", Stanford, 2002 <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory> Consultada el 11 de Julio de 2008.

dio a este pasaje del *Tratado de la naturaleza humana* de Hume, libro 3, es algo discutible.

No hay una distinción muy clara sobre lo que quiera decir el pasaje de Hume, pero actualmente no se sostiene que sea imposible que de un ser pueda derivarse un juicio de deber ser, pues tal vez esta distinción de Hume sobre los juicios del *ser* y los juicios de *deber ser* sólo provee de un sustento para el argumento extensivo de Hume de que las propiedades morales no son discernibles por razones demostrativas, que deja abierta la posibilidad para que las evaluaciones éticas *puedan ser* conclusiones para argumentos probablemente válidos. En todo caso, es cierto que de un *ser* no puede deducirse *necesariamente* un deber ser, lo cual no quiere decir que no exista una relación profunda⁴⁹ entre un hecho o una práctica social y la *aceptación* consensuada de dicha práctica como una pauta de conducta reprochable dentro del seno de una sociedad.⁵⁰

El precio que Kelsen tuvo que pagar para que su Norma Hipotética Fundamental constituyera el fundamento ontológico de su teoría, es la afirmación de que los órdenes jurídicos nacionales derivan su validez del derecho Internacional, por lo que, en última instancia hay sólo una Norma Fundante Básica para todo el mundo, lo que llamó la *Norma Básica del Derecho Internacional Público*.⁵¹ Sin embargo, esto se debe simplemente a que la estructura que adopta la pregunta por la *validez* del derecho,

⁴⁹ Sobre la “profundidad semántica”, *Vid.* Stavropoulos, Nicos, *Objectivity in Law*, editorial Clarendon Press, Nueva York, 1996. pp. 34-38, 44-46.

⁵⁰ Hart intuye este argumento y desarrolla su propia explicación sobre el punto de vista interno, como un argumento sobre el grado de aceptación que tiene una pauta de conducta para ser tenida como válida.

⁵¹ *Cf.*: Kelsen, Hans *Op. Cit.* TPD, pp. 334-348.

como un sistema de normas positivas, no se distingue de la pregunta por la *identidad* de lo que es el derecho. Es decir, hay una confusión entre la pregunta por qué vale cualquier derecho positivo y por qué vale *este* derecho.

No obstante lo anterior, Kelsen hace una importantísima distinción, pues afirma que la simple convención social no puede determinar la validez del *deber ser*, que es inherente al derecho como un sistema de normas jurídicas positivas, porque las convenciones sólo pueden establecer cuáles son las prácticas sociales aceptables o no aceptables conforme a derecho, pero no por qué éstas son tenidas por válidas y son fundamento de actos autorizados, como por ejemplo la promulgación de leyes.⁵²

2.4.2. Mínimo de eficacia de las normas.

Las normas jurídicas positivas, como ya se mencionó, son válidas en tanto un acto de voluntad las establece, la NFB no puede ser fundamento de validez de ninguna norma positiva, por el simple hecho de no ser un acto de voluntad sino una presuposición del pensamiento. La NFB es producto de la razón, consecuencia de un orden jurídico previamente establecido, por lo que no puede ser más que una explicitación del orden previamente constituido y nada más. El establecimiento de este orden normativo es válido en tanto acto de voluntad respaldado por la aceptación de obediencia entre aquellos a quienes obliga y aquellos que la aplican, esto es, un mínimo de eficacia como condición de validez. Por ello no es extraño que el 'punto de vista interno' de Hart sea una condición necesaria de validez del derecho para su teoría.

⁵² *Vid.* Marmor, Andrei, *Positive Law & Objective Values*, editorial Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 25-33.

Kelsen ofrece una serie de construcciones jurídicas conceptuales en los *Hauptprobleme*, pero ningún fundamento para la tesis de la normatividad y, por lo tanto, ninguna justificación para el status normativo de sus construcciones jurídicas. Sólo puede observarse como su teoría de la imputación reemplaza en el siglo XX la teoría de la persona jurídica del siglo XIX. Sin embargo, en esa misma obra, Kelsen intenta purificar las corrientes de pensamiento entonces predominantes de Jellinek, Gerber, Windscheid, Radbruch, Von Gierke, entre otros, y atendió a su propio programa de separación ser/deber ser, que dio por resultado la reinvención de ciertos modelos teóricos, sobre todo voluntaristas, psicologistas, políticos y sociológicos. En la búsqueda de la 'pureza' (separación de la teoría de elementos empíricos) de la teoría del derecho, Kelsen abre la posibilidad de nuevas perspectivas sobre los temas que desea separar del derecho y así considera irrelevante la relación de otras disciplinas.

Para Kelsen, la validez de un orden jurídico, como un todo, se encuentra condicionado por la eficacia de ese orden. Esto es, que la obediencia y *aceptación* de un orden jurídico sea común y generalizada en un lugar y tiempo determinado. La aproximación de su teoría a tal *aceptación* se hace evidente si se compara con la opinión dominante de su época que decía "X es válido porque es querido", mientras Kelsen sostuvo que "X es jurídicamente válido, en consecuencia también es querido". Es decir, la voluntad no es fundamento de validez de la norma positiva, sino que la validez de la norma positiva supone una voluntad.

Una de las afirmaciones más desafortunadas sobre el fundamento de validez de Kelsen, es que él afirma que la norma básica de un orden jurídico nacional es positiva desde un punto de vista del derecho internacional, donde se desvía la cuestión sobre la validez al orden jurídico internacional. Entonces, todas las normas básicas están

subordinadas a un orden jurídico de mayor jerarquía, el orden internacional, y de él se deriva su validez. Desde el orden internacional se condiciona la general eficacia de un orden para reconocer su validez. Sin embargo, no explica en qué radica la validez de la norma básica internacional, lo cual destina esta perspectiva al fracaso.

2.4.3. Coactividad.

Si la general obediencia no es un elemento suficiente para dar cuenta de la validez del derecho, Kelsen da cuenta de un elemento que distingue al derecho de otros órdenes normativos, la coactividad. Sin embargo, Kelsen nos muestra otro argumento contra la parte de su teoría que afirma que la coacción es una parte esencial al derecho y que las sanciones forman un elemento necesario de la estructura jurídica, es que no todas las normas son coactivas o contienen una sanción y que siendo el caso que una norma contenga una sanción es inevitable una serie infinita de sanciones para garantizar el 'verdadero' cumplimiento de la sanción.⁵³ Estas objeciones no escapan del estudio de Kelsen, inclusive, son retomadas por Hart, como veremos, aunque con una terminología diferente.

Ahora bien, el jurista vienés responde que si bien no todas las normas son coactivas también es cierto que las normas de un orden jurídico no son infinitas, y al estar limitado el número de normas está, de igual modo, limitado el número de sanciones. Además, una sola sanción puede estar vinculada con muchas disposiciones normativas e inclusive puede ser el caso que no lo esté con ninguna. Todas las normas están dirigidas a la conducta humana, y establecen las pautas de organización que

⁵³ *Cf.*: Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TGDE, pp. 28-34, 172-174.

constituye una comunidad, cualquiera que ésta sea, que asigna a todos y cada uno de los miembros su posición o status, así como sus deberes u obligaciones, por medio de una técnica específica, establecen un acto coactivo, una sanción, a aquél que no cumple con deberes u obligaciones.⁵⁴

En todo caso la coacción es una técnica específica, donde el castigo o las penas privativas son sólo algunas de sus modalidades, pero no las únicas. Si bien, generalmente se toma como sinónimos a los conceptos de coacción y sanción, lo cierto es que Kelsen delimita perfectamente dichos conceptos así como los alcances de cada uno de ellos. Las posturas que hacen caso omiso o restan importancia a esta importante distinción generalmente generan críticas sobre algo que Kelsen no afirma.

Kelsen, siguiendo una tradición venerable, caracteriza el derecho como el conjunto de aquellas normas que regulan el uso de la fuerza en la sociedad. Esto parece ser muy razonable. Pero luego intenta trasladar esta caracterización del derecho a cada una de sus normas, y define así la norma jurídica como una norma que establece una sanción normativa.⁵⁵

Nos parece que esta afirmación es desafortunada, porque si bien es cierto que Kelsen dice que la coacción es el elemento que caracteriza a las normas jurídicas de las demás clases de normas, como las morales, no afirma que todas las normas puedan ser caracterizadas con un elemento de sanción, sino con una consecuencia normativa. Efectivamente, una consecuencia normativa puede ser la sanción, aunque

⁵⁴ *Cf.*: Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, pp. 56-59.

⁵⁵ Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Norma jurídica*, en *El derecho y la justicia*, Vol. 2, editorial Trotta, Madrid, 1996. pp. 135.

no todas las sanciones son coacciones, pues puede ser que la consecuencia normativa sea el reconocimiento o declaración de validez de un acto jurídico, la extinción de un contrato, el ejercicio de un derecho subjetivo o la iniciación de vigencia de una ley. Más adelante Alchourrón y Bulygin aclaran que:

Al final de su vida, Kelsen introdujo la teoría de norma no independiente, según la cual las normas que no establecen sanciones no son parte de otras normas; son normas completas, pero su carácter jurídico depende del hecho de que estén en conexión esencial con normas sancionadoras. No parece claro en qué consiste esta conexión, pero la interpretación más sensata que recoge una sugerencia de Hart parece ser ésta: el derecho regula el ejercicio de la fuerza en la sociedad; por lo tanto, debe contener (al menos algunas) normas que establecen sanciones.⁵⁶

Esa sugerencia de Hart, a la cual hacen referencia, sostenemos que es la postura que Kelsen defendió, aunque de modo no tan claro como Hart. El vienes distinguue perfectamente que la **sanción** es una consecuencia **sólo posible** de la norma jurídica. Y, por otro lado, aclara que **toda norma que sea jurídica es coactiva**, en tanto **contiene una técnica específica** para establecer sanciones que regulan la conducta humana, que no se refiere a la conducta efectiva de los individuos respecto de la norma jurídica, sino a la conducta tenida por debida jurídicamente.⁵⁷

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 136.

⁵⁷ *Cfr.*: Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TGDE, Pp. 29-30, 33-35.

Lo más importante que cabe destacar de la coacción como técnica específica, es que la coactividad como una característica indisociable del derecho, consiste en establecer el monopolio de la fuerza común, y los individuos ya no ejercen la fuerza como sanción, cuando inclusive ésta es sancionada por el orden jurídico. Se desmotiva el uso de cualquier *poderno* centralizado por el orden jurídico.⁵⁸

3. Definición de Norma Fundante Básica (Grundnorm).

La Norma Fundante Básica es aquella presuposición de la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, sobre la validez de ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando –en última instancia- el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. En este sentido, la Norma Fundante Básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo.

3.1. La Grundnorm como fundamento de validez del derecho.

Para Hans Kelsen, la *Grundnorm* 1) no tiene contenido inmediatamente evidente; 2) es fundamento de validez objetiva de un orden jurídico positivo; 3) no es una norma positiva; 4) sólo la presuponen los órganos normadores, cuando interpretan el sentido

⁵⁸ Cfr: Kelsen, Hans, *La paz por medio del Derecho*, editorial losada, Buenos Aires, 1946. P. 28.

subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos cumplidos con base en la constitución, 5) hace de la eficacia una condición, pero no un fundamento de validez, 6) distingue que la causa de eficacia de un orden jurídico y el fundamento de validez objetivo de un orden jurídico son dos argumentos diferentes, donde la eficacia tiene una función volitiva mientras que la validez objetiva tiene una función de conocimiento 7) no determina el contenido de las normas de un orden jurídico positivo, y 8) es una proposición de tipo verdadera o falsa, mientras que las normas jurídicas positivas son proposiciones de tipo válida o inválida.

Es falsa la apreciación que afirma que para Kelsen la Grundnorm es el fundamento de validez del derecho. El derecho vale porque expresa un acto de voluntad sobre la conducta humana y, aunque ésta no se acata en su totalidad, hay una determinación de aplicarlo y obedecerlo normativamente, es decir, por un sistema de normas al que hace referencia. La Grundnorm es un estratagema lógico y un argumento ontológico y no epistémico, que intenta reconstruir esta dinámica normativa, diseñada *ad hoc* para explicar al derecho independientemente de los hechos, cosa que no logra.

3.2. Diferentes formulaciones de la Norma Fundante Básica.

La siguiente clasificación atiende especialmente al catálogo de las diferentes formulaciones de la norma fundamental de Kelsen que Stanley Paulson⁵⁹ clasifica, así como a nuestro estudio de la *Teoría Pura* de Kelsen, y a las liminares formulaciones de Kelsen en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* y su *Teoría General del Derecho y del*

⁵⁹ Paulson, Stanley, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. pp. 145-176.

Estado. Las formulaciones no son conceptos independientes entre sí, sino que están intrínsecamente asociadas.

Kelsen ha sido, sin lugar a duda, quien mejor ha comprendido la problemática que entraña tratar de dar una explicación completa a la pregunta *¿Qué es el derecho?*, así como de las diversas complicaciones que conlleva la pregunta *¿Por qué es válido el derecho?* y *¿qué diferencia al derecho de otros órdenes de normas?* Visto con más generalidad, Kelsen pone en evidencia que tratar de dar una explicación coherente del derecho lleva a preguntarse por el sentido mismo del derecho y su unidad más básica, la norma jurídica. Pero sabe que dicha explicación tiene que responder a diversas cuestiones que confluyen en el primero de todos los argumentos, el argumento sobre la validez del derecho. Por ello, y como dice Stanley Paulson,

Tan pronto como se reconocen las posibilidades que ofrece un concepto pluridimensional de la norma fundamental –un concepto que permite las más diversas formulaciones y se asocia con diferentes puntos de vista– nos volverá escépticos frente a uno unidimensional, es decir, un concepto limitado a una sola función.⁶⁰

El concepto pluridimensional al que alude Paulson es objetable, porque ciertamente Kelsen no lo formuló así; sin embargo, puede asentirse que cada una de las siguientes formulaciones fue defendida por Kelsen a lo largo de su obra teórica del derecho:

⁶⁰ *Ibidem*, p. 144.

1) Como fundamento último de validez objetiva de las normas jurídicas positivas. Se debe entender la validez como una justificación argumentativa sobre la pertenencia de las normas a un orden.

2) Como fuente común de la unidad de todas las normas configuradoras de un orden comprendido dinámicamente. Como ya se dijo, las normas pertenecen a un sistema que configura a las normas jurídicas de un mismo orden jurídico con base a una supra a subordinación.

3) Como autorización de la facultad normativa a la autoridad productora de normas. Como una norma que autoriza al legislador a producir normas jurídicas válidas.

4) Como constitución en un sentido lógico-jurídico. Dado que es una norma que antecede lógicamente a las normas constitucionales y les dota de validez formal.

5) Como autorización al órgano de la imposición sancionatoria. Delega el monopolio del uso de la fuerza a ciertos órganos aplicadores del derecho, y establece la técnica específica de la coacción.

6) Como sentido del deber ser, en tanto norma que comprende la relación originaria entre condición jurídica y consecuencia jurídica. A diferencia de la clasificación que hace Paulson, nos parece importante agregar que se trata de una relación originaria, constitutiva también de la validez objetiva, pues se trata de una norma que deslinda la voluntad particular del legislador de la expresión de dicha voluntad.

7) Como definición presupuesta del derecho como norma coactiva. A propósito de esta formulación, y como respuesta a las críticas lanzadas a Kelsen por

Gerardo Caffera y Andrés Mariño,⁶¹ sobre la inviabilidad de las normas como coactivas, esta formulación de la Norma Fundante Básica es de especial importancia. Si bien Kelsen expresó que todas las normas jurídicas no son partes de otras normas sino normas completas, y que a pesar de que son pocas las normas que, como ya se dijo, contienen una sanción en un orden jurídico, se tiene que tomar en cuenta que todas las normas del sistema son coactivas en tanto guardan una conexión esencial con la norma fundante como norma coactiva, simplemente porque comparten la misma técnica específica de regulación de la conducta humana. No hacen esta capital diferenciación entre coacción como sanción y como técnica específica, en consecuencia, se elimina la objeción de definición impredicativa, pues 1) es cierto que se hace referencia al objeto definido de dicha clase universal, norma positiva como norma jurídica, también hace referencia a un objeto que no pertenece a dicha clase universal, que determina su límite de validez, porque la norma fundante no es positiva, pero 2) Kelsen no afirma que una propiedad de un conjunto, el de las normas coactivas, defina a la clase universal de normas (jurídicas) sancionadoras, sino que hay una relación de pertenencia al conjunto, en una serie no infinita de conjuntos, de normas coactivas que son condición de validez de normas sancionadoras. Adicionalmente, podemos agregar que la impredicación sobre

⁶¹ *Vid.* Caffera, Gerardo y Mariño, Andrés, “La Definición del Concepto de Norma Jurídica por Referencia al Sistema de Pertenencia. Objeciones a Partir del Problema de las Definiciones Impredicativas en Russell y Goëdel” en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVI, Montevideo: FCU, 1996.

conjuntos finitos es absolutamente necesaria, como afirma Frank P. Ramsey,⁶² porque algunos elementos de un conjunto son dependientes de un conjunto, al cual pertenecen y son un elemento. Por ejemplo, si decimos “la norma suprema depende de la existencia específica de un conjunto de normas finito”, y este conjunto de normas finito es el conjunto de las normas jurídicas positivas, entonces la expresión “la norma suprema” tiene sentido si esta hace referencia a un conjunto de normas jurídicas cualquiera (un orden jurídico nacional) siempre que éstas sean positivas, sin perjuicio sobre si ella misma es o no una norma positiva, porque necesariamente pertenece a otro conjunto, el de aquéllas que dependen de la existencia específica de un conjunto de normas finito.

8) Como el fundamento final de validez, donde validez se entiende como obligatoriedad. Es decir, como obligación primigenia, de la cual derivan todas las demás obligaciones.

9) Como un medio constituyente de un orden jurídico unificado o sin contradicciones. Deroga cualquier otra disposición constitucional anterior que entre en conflicto o no reconozca el orden jurídico recién establecido.

10) Como garantía de un orden pleno de sentido, es decir, que pueda interpretarse como generalmente razonable. La Norma Fundante Básica no es una norma positiva en tanto que no es producto de ninguna autoridad humana o sobre humana, sino reconstruida por el pensamiento. Es una reconstrucción de aquellos elementos que permiten al derecho ser considerado como

⁶² *Vid.* Feferman, Solomon, ‘Predicativity’, en *The Oxford Handbook of Philosophy of Mathematics and Logic*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Pp. 590-624.

objetivamente válido, donde la objetividad puede ser caracterizada no sólo como una eficacia en términos generales, es decir, que las normas establecidas por el constituyente son aplicadas y acatadas u obedecidas en términos generales, sino también constitutivas del sentido del deber ser.

11) Como proposición jurídica. Toda vez que es una norma no positiva, y por lo tanto no prescriptiva sino descriptiva. Dado que la NFB tiene un carácter de criterio determinante sobre el orden jurídico, sobre lo que es parte de éste y lo que no, creemos que la NFB es más afín a una regla del derecho que a una norma jurídica.

12) Como delimitación del ámbito temporal de validez de un orden jurídico o criterio de legitimidad. La norma fundante también presupone, con relación a (3) y (5), *el principio de que las normas de un orden jurídico valen durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico.*⁶³ De este modo tenemos que el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad, toda vez que no puede haber validez en un orden jurídico que no se cumpla en términos generales.

3.3. Las inconsistencias de la Norma Fundante Básica.

Albert Calsamiglia señala diversas inconsistencias respecto de la Norma Fundante Básica de Kelsen, de las cuales nos interesa retomar las siguientes:

⁶³ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, pp. 217-218.

- a) que es razón argumentativa y dota de validez al orden jurídico, pero que desempeña además otras funciones con el objeto de subsanar las deficiencias de su teoría;
- b) justifica a las decisiones irregulares ya sean políticas o de los tribunales;
- c) juridiza a los principios generales del derecho (como el principio de cosa juzgada y el de la norma general exclusiva), con base en el 'como sí' kantiano;
- d) da cabida a la costumbre negativa y al desuso como razones de ineficacia del sistema que conlleva la invalidez de las normas;
- e) convierte al derecho en un sistema consistente y concluso, a través de una ficción;⁶⁴
- f) elimina las lagunas ideológicas o sustantivas y justifica las lagunas técnicas del derecho, para que todas sean resueltas intrasistemáticamente;
- g) la Norma Fundante Básica no es en realidad una norma positiva y pretende justificar con ella al orden positivo, aunque Kelsen insiste en que la Norma Fundante Básica es una norma y no un hecho, y lo hace para evitar la infidelidad metodológica al convertir, deliberadamente, a la Norma Fundante Básica en un supuesto normativo;
- h) puede pensarse que la Norma Fundante Básica está viciada de iusnaturalismo, ya que es posible que la noción de validez objetiva de la Norma Fundante Básica ejerza una función parecida al derecho natural o a la justicia absoluta en relación a la reflexión iusnaturalista,⁶⁵

⁶⁴ Kelsen, Hans, *Op Cit.*, TGN, pp. 151 y .ss

⁶⁵ *Cit.*: Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.*, KCCJ, p.149.

- i) la Norma Fundante Básica introduce inconsistencias y ambigüedades en la base de la teoría, que generan nuevos problemas como el de antinomias o la actividad irregular de los jueces o el marco abierto de determinación de las normas jurídicas (discrecionalidad judicial).

De especial importancia es la crítica que hace Alf Ross sobre la Norma Fundante y la respectiva respuesta que Kelsen da al autor danés, por lo cual consideramos conveniente su transcripción:

- j) El presupuesto de que la norma fundamental proporciona validez al sistema fáctico es atribuido por Kelsen al llamado “pensamiento jurídico”... se refiere, supongo, a las ideas y creencias comúnmente sustentadas por los juristas. El “pensamiento jurídico”, sin embargo, no es una guía digna de confianza para el análisis lógico. Puede ser, y es muy probable en el campo del derecho y la moral, que la manera corriente de “pensar” esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan experiencias emocionales pero que carecen de toda función en la descripción de la realidad, que es la misión de la ciencia jurídica. **En tal caso, la tarea del analista es rechazar, no aceptar, la idea de validez.**⁶⁶

Si bien es cierto que la Norma Fundante Básica no es norma positiva, también es cierto que, al igual que éstas, es norma inmanente, es decir, atribuible a la voluntad humana, mientras que la norma atribuible al derecho natural es ajena a la voluntad

⁶⁶ Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Pacheco, editorial fontamara, tercera edición 1997, México D.F., 1997. p. 26. Las negrillas son nuestras.

humana. La Norma Fundante es una reconstrucción cuyo significado adquiere un carácter obligatorio del orden jurídico de normas positivas y no de normas de derecho natural.

Se nos permitirá soslayar las críticas **d** y **h**, ya que el propio Kelsen dedica gran parte de su literatura a explicar esto. Por otra parte, consideramos que dichas críticas son poco o nada relevantes al tema del fundamento de validez del derecho, pues son críticas dirigidas más hacia la función de los órganos jurídicos y aspectos sociológicos relacionados directamente con la eficacia del derecho. En lo que hace a la noción de validez objetiva, ya dijimos que se trata de un aspecto meramente epistémico y no ontológico. La validez objetiva es un argumento sobre creencia y justificación.

En seguida, señalaremos que no se comparte las críticas **c**, **e**, **f** y **g**, por encontrarse descontextualizadas. Al respecto, Kelsen aclara que la naturaleza de la Norma Fundante Básica es la de una norma pensada y no positiva, y como tal su función consiste, como en cualquier sistema que sea normativo (no sólo el jurídico), en presuponer la validez de una primera norma positiva, al representar la validez de un acto que nunca se formula semánticamente. Se trata pues de una norma presupuesta, suprema y última, que no es susceptible de ser particularizada ni aplicada por su naturaleza lógica y que es, en última instancia, la formulación de una técnica específica: la coactividad.⁶⁷ Si los principios generales del derecho son tenidos por norma es consecuencia del contenido específico de un orden jurídico determinado, y si este es o no consistente depende sólo de la legislación y no puede atribuirse este hecho a la NFB.

⁶⁷ Cfr. Kelsen, *Op. Cit.*, TPD, pp. 201-209.

Por último, nos parecen relevantes las críticas a, b, i, j, y se las tratará con detenimiento en los siguientes apartados.

3.3.1. La Norma Fundante Básica como caja de costurero (a)

La Norma Fundante Básica cumple perfectamente el rol de presupuesto lógico trascendental, al ser fundamento de todo sentido objetivo de validez del orden jurídico. Esta sirve también para justificar problemas tanto de adjudicación como de creación o dinámica del derecho. De ahí que aparezcan ciertas inconsistencias no subsanables. Esta es la objeción que Calsamiglia lanza en contra de la Norma Fundante Básica, de una norma multidimensional que sirve para justificar las fallas del sistema, para subsanar sus deficiencias.

Para dicho autor, Kelsen ha contaminado su presupuesto lógico trascendental (su razón pura) con la experiencia o razones prácticas. Por ello le resulta necesario remitir todos aquellos aspectos que crean problemas de unidad, sistematicidad y completitud, al fundamento de validez del orden jurídico. La Norma Fundante Básica se convierte no sólo en fundamento de validez, sino además en contenido diverso que justifica a la teoría. Parece ser que no sólo no es una sola NFB sino varias y que algunas de ellas son incompatibles entre sí. Al respecto comenta Calsamiglia:

La teoría de la norma fundamental es hoy una teoría insostenible pero la búsqueda de un criterio de identificación del sistema jurídico pasa por el análisis de normas claves o reglas claves -de reconocimiento- o reglas conceptuales -en el caso Bulygin- en algunas de las teorías contemporáneas del derecho. Creo que la solución, hoy, no es la correcta

pero el problema estuvo muy bien planteado en su época y muy bien solucionado con los arsenales conceptuales de su época. Si Kelsen es un clásico es porque tiene valor permanente y su modo de plantear los problemas todavía son ilustrativos aunque afortunadamente otras propuestas mejores han sido formuladas por la teoría general del derecho, lo cual significa que está viva, que se mueve y que progresa.⁶⁸

En el capítulo III daremos una explicación más extensa sobre la razón de una norma del tipo de la *Grundnorm*. Por el momento sólo diremos que la observación, sobre un criterio de identificación del sistema jurídico es muy afortunada, porque justamente un criterio sobre el cual se sustenta la validez formal del derecho positivo es el conocimiento (la conciencia) de un orden jurídico como tal y su diferencia respecto de otros órdenes.

3.3.2. Marco de interpretación abierto (b)

La Norma Fundante Básica justifica las decisiones irregulares tanto políticas como judiciales. Autoconfigura la estructura misma del sistema según sea el caso irregular y con ello deja abierta la posibilidad de plantear nuevas preguntas a la teoría pura, tales como ¿qué es una decisión o un caso irregular de validez?, ¿es el presupuesto lógico trascendental el único fundamento de validez legal?, ¿la Norma Fundante Básica además de presuponer la validez del orden jurídico ‘prescribe’ que las normas contradictorias y los actos irregulares son ‘como si’ fueran no contradictorias y

⁶⁸ Calsamiglia, Albert, *Op. Cit.*, DK, p. 19. Las negrillas son nuestras.

regulares?, ¿es la decisión de un órgano jurídico una decisión objetiva, una subsunción normativa o una decisión moral? En fin, todos estos son problemas que Kelsen no respondió en su teoría jurídica y que agregan inconsistencias a su fundamento de validez objetivo.

Sin embargo, el problema no es del todo como se plantea. Si bien la Norma Fundante Básica tiene un aparente contenido diverso, esto se debe a que Kelsen intentó reducir una serie de problemas al fundamento de validez de un orden jurídico y confundió, en términos de Hart, una Regla de Reconocimiento Última con una Regla de Reconocimiento imperfecta, como se verá en el capítulo II.

3.3.3. Inconsistencias y ambigüedades en la base de la teoría (i)

La Norma Fundante Básica introduce inconsistencias y ambigüedades en la base de la teoría, generando problemas nuevos como los ya mencionados. Primeramente recordaremos que Kelsen no trató los *borderline cases*, era un tema avanzado a su tiempo, oculto en la indeterminación jurídica. Por otro lado, Kelsen no se ocupa de la justicia de un orden jurídico, pero sí lo hace de su validez y legalidad.

Esta es una crítica a la legalidad de los actos y casos límite, que introducen contradicciones lógicas al sistema Kelseniano. Esto es lo que separa al derecho y a la lógica, un aspecto sobre lo que *es* en la realidad y lo que *debería ser*. Una norma establece un presupuesto y una consecuencia normativa, de cumplirse con el supuesto el 'deber ser' será la consecuencia lógica. La realidad nos muestra que en muchos casos se cumple con el supuesto normativo y la consecuencia es un deber ser contradictorio con otro presupuesto del que también es condición.

3.3.4. La validez de un orden jurídico como producto irracional del pensamiento (j)

Kelsen atribuye el reconocimiento de la NFB a cualquiera que se pregunte por el fundamento de validez del derecho, entendido como el sentido objetivo del acto constituyente y de los actos cumplidos conforma a la constitución. Llama a esto el *pensamiento jurídico*, y asume que no hay discrepancia en las diferentes concepciones que se tienen de derecho. Incurre en lo que se ha denominado el *aguijón semántico*, es decir, supone que los juristas utilizan los mismos criterios objetivos para dilucidar el carácter objetivo del orden jurídico.

Sin embargo, si seguimos la crítica de Ronald Dworkin a esta clase de problema del positivismo jurídico, cuando Kelsen asume que todos comparten los mismos criterios de valoración, también afirma que la forma corriente de pensar guarda una similitud en sus conceptos, ideologías y experiencias, lo cual es falso. Sin embargo, también podremos observar que toda interpretación, en este caso sobre la validez de un orden normativo, tiene un aire intencional o informa un propósito, aún si no atiende a nadie en particular.⁶⁹ Estos propósitos, a diferencia de los criterios de interpretación, sí pueden ser compartidos, aunque sólo en términos no racionales. Dado que una interpretación *racional* requiere de una estructura formal para la interpretación,

⁶⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, editorial gedisa, Barcelona, 2005. pp. 43-53.

inferimos que esta estructura no puede ser previa a la creación del orden normativo y, por ende, es necesariamente ulterior.

Entonces, la intención de imponer las condiciones generales para compartir dichas estructuras formales, ya sea para la interpretación o para la obligación, es *fundamental* para describir la validez de un orden jurídico. Kelsen estaría de acuerdo con nosotros en esta afirmación, debido a que no es incompatible con su teoría y es una descripción de la teoría de Lotze, toda vez que la intención que se tiene en algo no es un hecho, sino algo pensado, y que la voluntad general contenida en una norma tiene un carácter irracional en tanto *estado interno* de dicha voluntad.⁷⁰

⁷⁰ *Vid. Infra* pp. 161 y *ss*.

Capítulo II. Los fundamentos de autoridad en la teoría de H.

L. A. Hart.

1. El Concepto de derecho.

La teoría que expone H. L. A. Hart en su *Concepto del Derecho*, está sostenido por el concepto de *regla jurídica*, que a su vez se divide en dos clases: 1) reglas primarias y 2) reglas secundarias. Estas le permiten construir una teoría del derecho fundamentada en hechos sociales y en el estudio pragmático del derecho, como el estudio analítico de: 1) reglas jurídicas incompletas e indeterminadas y 2) el uso de estas reglas por parte de las autoridades y los individuos que conforman una sociedad.

[...] los **puntos importantes de semejanza entre los diferentes sistemas jurídicos** [...] comprenden (i) **reglas** que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena; (ii) **reglas** que exigen que indemnicemos a quienes hemos dañado de cierta manera; (iii) **reglas** que especifiquen qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (iv) tribunales que determinan cuáles son las **reglas** y cuando han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (v) una legislatura que hace nuevas **reglas** y deroga las anteriores.⁷¹

⁷¹ Hart, H. L. A., *Op. Cit.*, CD, p. 4. Las negrillas son nuestras.

Estos esquemas regulatorios, dependen del elemento común del lenguaje. Hart reconoce que en todos los casos, en todas las teorías, al menos en lo que son semejantes, el derecho ha sido analizado como un tipo de lenguaje, una clase especializada de lenguaje natural, al cual denomina lenguaje normativo.⁷² Esto resulta especialmente relevante, si consideramos que la única manera de comunicar las reglas y saber qué reglas deben ser obedecidas es por medio de lenguaje, y que no todo el lenguaje produce el efecto de ser obedecido o de autorizar algo.⁷³

H. L. A. Hart desarrolla la perspectiva de una jurisprudencia que en su parte esencial es un análisis del lenguaje y, de modo más preciso, de ese específico lenguaje incompleto e indeterminado expresado por el legislador, que a través de proposiciones normativas se dirige a las autoridades y a los individuos, los cuales hacen uso de éstas. De lo anterior surgen problemas sobre el significado “correcto” de tales reglas y la validez de dichas determinaciones “correctas”. No obstante que Hart habla del uso que los individuos dan a las reglas, lo cierto es que, cuando se trata de la validez o invalidez de las mismas, para él sólo puede tomarse en cuenta el uso que las autoridades dan a éstas por medio de:

1.- **Interpretación.** Como la determinación del significado de las palabras que entran a formar parte de la proposición normativa o del grupo de proposiciones normativas que constituyen su objeto de análisis. No se trata sólo del concepto correspondiente a esa palabra dado por el conjunto de las reglas que establecen el uso de la palabra, sino que está también determinado por las diversas formulaciones

⁷² *Vid. Ibidem*. pp. XI-XII, 75, 107, 146, 155-161.

⁷³ Al respecto puede consultarse Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, editorial fontamara, México DF, 2004.

sistémicas que entran en el orden de los casos aplicables y de las situaciones posibles, porque la simple determinación de significado sólo sirve para un orden de reglas primarias, pero se tiene que observar que el derecho se constituye también como un orden dinámico de reglas primarias y secundarias. La determinación del significado normativo se haya coaligado a una argumentación sobre la justificación de dicha decisión del siguiente modo,

1. **Justificación interna:** el paso de las premisas a la conclusión, por la mera aceptación de las premisas.
2. **Justificación externa:** en los casos difíciles, donde se ponen en duda las premisas y por lo tanto, para que se acepte la conclusión es necesario presentar argumentaciones adicionales que defiendan la aceptación de las premisas.

2.- Integración. Es la creación de una obligación o derecho, no establecida por la norma ni por una justificación interna ni por una justificación externa, sino por vía de otras normas jurídicas dentro de un sistema jurídico válido. Las normas jurídicas tienen una ordenación que atiende al criterio de validez que las reconoce como parte del ordenamiento jurídico. La idea de jerarquía normativa, no es suficiente para justificar el uso y la validez de la totalidad de normas jurídicas válidas. Porque la jerarquía normativa es sólo un criterio limitado a la sistematicidad jurídica, no a la validez normativa, dado que no nos dice qué es y qué no es parte del sistema jurídico. De ahí que un 'nuevo' derecho u obligación derivado de la interpretación jurídica no es el mero producto de una relación jerárquica, sino el producto de una reconstrucción de las normas jurídicas. La interpretación de este tipo opera como,

1. **Integración Intensiva:** destaca las propiedades de una proposición normativa que no están determinadas exhaustivamente. Analiza los conceptos asociados con las palabras de la proposición jurídica. De modo general la intensión determina a la extensión.
2. **Integración Extensiva:** se aplica a la determinación parcial de la extensión del concepto. Extensión es el conjunto de situaciones, sobre personas y cosas, a las cuales se aplica una norma jurídica.
3. **Integración Analógica:** consiste en destacar la relevancia de una o varias relaciones *cualitativas* de dos o más proposiciones jurídicas que guardan similitud con un caso específico, siempre que se compruebe en los hechos que en cada caso los mismos efectos o consecuencias normativas son pertinentes.

La interpretación de cuál es la norma y en qué sentido debe aplicarse o no, puede realizarse, como un ejercicio de reflexión, por cualquiera. Sin embargo, un orden jurídico generalmente establece normativamente quienes son los únicos autorizados para que este ejercicio de reflexión sea considerado obligatorio. La discusión sobre si una interpretación oficial es justa o no, si obedece a la opinión de la mayoría o es el resultado de las preferencias personales de los jueces trasciende el objetivo de este apartado, que es el de describir y explicar una parte de la teoría de Hart, por lo que la postergaremos para el último capítulo.

El derecho para Hart tiene dos aristas que convergen en una singular anatomía política de una determinada sociedad. El derecho es, por un lado, un conjunto de reglas primarias de obligación y reglas secundarias autoritativas, y por otro, los usos y los

conceptos que modela una sociedad respecto a esas reglas, o como diría Dworkin la *actitud interpretativa*.⁷⁴ Pero algo que sólo deja entrever Hart sobre el derecho, es que se trata sobre todo de una interpretación como *reconstrucción* del ámbito público mediada por los jueces.⁷⁵

Con el concepto de *reconstrucción* nos referimos aquí a un pragmatismo implícito en el lenguaje, en este caso de las llamadas reglas jurídicas, y las circunstancias de comunicación de las mismas como hechos sociales. Son hechos sociales debido a que acontecen siempre desde el punto de vista de aquellos que las usan y ven su utilidad en ello, desde un sentido estrictamente interno de la conducta entendida como obligatoria.

El derecho para Hart no es sólo el conjunto de *reglas jurídicas* y su significado, sino también la conducta humana relacionada directamente con estas *reglas*, su interpretación y la necesidad de ellas como necesidad de la regulación de la conducta humana. Este es un aspecto sumamente debatible y se presta a múltiples confusiones, porque todas las *reglas* de la conducta humana, sean jurídicas o morales, parecen responder a dicha necesidad, pero ninguna norma puede ser necesaria en relación con los hechos sociales, en todo caso sólo puede ser 'aplicable' o 'no aplicable' a dicha realidad. Por cierto, esta es exactamente la misma problemática sobre la que se pronunció Kelsen, como ya se mencionó,⁷⁶ sobre la relación *ser-deber ser*.

Una sociedad no puede tener nunca necesidad de una norma, porque aun sin la existencia de las normas la conducta humana acontece. De ahí que surjan

⁷⁴ Vid. Dworkin, Ronald *Op. Cit.*, II, pp. 44-46.

⁷⁵ *Infra* p. 195 y *ss*.

⁷⁶ *Supra* pp. 44 y *ss*.

interminables discusiones sobre lo que sucede cuando las normas jurídicas ‘se acaban’, ‘se equivocan’ o ‘son insuficientes’. El mismo Hart no hace del todo esta distinción que hacemos ahora, y somos de la opinión que de haberlo hecho habría evitado algunas críticas, como las de Dworkin sobre la teoría de reglas como una teoría semántica con criterios de aplicación.⁷⁷

Parece que Hart reconoce que hay **necesidad** de ciertas reglas jurídicas, porque *Es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas (enacted), ni todas son la expresión del deseo de alguien...*⁷⁸ y que hay, por tanto, reglas que son anteriores a una legislación o en las que no participa ninguna voluntad particular, como es el caso de la costumbre. Pero esta confusión se deriva de una sutil distinción entre lo que es *necesario* para tener por válido al derecho y la *necesidad* como una cuestión de hecho.

El mismo Hart aclara esta distinción sobre el status jurídico que adquiere una regla de costumbre, o su reconocimiento: *Cuando los tribunales las usan y, con arreglo a ellas, dictan órdenes que son aplicadas, entonces por primera vez esas reglas reciben reconocimiento jurídico.*⁷⁹ La diferencia de las reglas legisladas o creadas con base en otras reglas y las reglas preexistentes de la moral, es que las legisladas conforme al derecho existente son válidas aún antes que un juez diga o reconozca qué es derecho, mientras que las preexistentes pueden ser reglas, pero dependen de su reconocimiento jurídico por medio de un acto *autoritativo* para que sean tenidas por derecho.

⁷⁷ Vid. Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, editorial UNAM-IIF, México D.F., 1977. p. 24 y *ss*; *Taking Rights Seriously*, editorial Harvard University Press, Cambridge, 1997. Capítulo IV.

⁷⁸ Hart, H. L. A. *Op. Cit.*, CD, p. 33.

⁷⁹ *Ibidem.* p. 58.

Esta distinción, en realidad no es del todo auténtica. Como ya se trató en el capítulo anterior, la afirmación de que la teoría de Kelsen es una manera simple de reducir el elemento característico del derecho a la *sanción* o *acto punitivo*, sólo se debe a la ausencia de una distinción clave en el concepto de coactividad, ya que ésta es una técnica específica de las normas jurídicas, y que la desviación de una conducta requerida por la norma jurídica y su correspondiente sanción es sólo una de sus posibilidades.⁸⁰

La concepción del derecho como órdenes coercitivas enfrenta desde el comienzo mismo la objeción de que hay variedades de normas jurídicas, que aparecen en todos los sistemas, que no responden a aquella descripción en tres aspectos principales [...] [una norma X] puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás [...] [una norma X] puede no requerir que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho [...] algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben sus status jurídico a ningún acto **consciente** de creación de derecho.⁸¹

⁸⁰ *Supra*. pp. 52 y *ss*.

⁸¹ Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 61. Hay que recordar que ningún acto de volición puede ser separado de la conciencia, por lo que en este caso específico Hart tiene razón, la costumbre no puede ser señalada como un acto de voluntad. Las negrillas son nuestras.

Hart tiene razón en destacar que en el derecho no todas las normas jurídicas establecen un acto coactivo, sin embargo se equivoca al objetarle a la teoría de Kelsen la coacción como un elemento necesario a todas las normas. Kelsen afirma que la coacción es un elemento necesario del orden jurídico, pero no de cada una de las normas que integran dicho orden. Si bien no todas las normas jurídicas son coactivas necesariamente algunas de ellas lo serán y garantizan el acatamiento de las normas que integran dicho orden, y el mismo Hart reconoce esto con su clasificación de reglas secundarias de adjudicación. Por supuesto que Kelsen reconoce este aspecto de la crítica de Hart y destaca que el elemento de la coacción si bien es necesario para reconocer la validez del derecho no es un elemento suficiente. Recordemos también que para Kelsen la coactividad no es sólo sanción, es sobre todo una técnica específica que declara la validez tanto de una norma en lo particular, en el caso de incumplimiento, como de un orden de normas en lo general, en el caso de la permanencia de dicho orden.

Si bien Hart reconoce que las reglas de adjudicación *permiten* a la autoridad judicial la declaración de validez de las normas en lo particular, lo cierto es que discrimina el carácter general de la declaratoria de validez de un orden jurídico como otro tipo de regla, una regla de reconocimiento. De ésta última destaca el reconocimiento tácito de dos características que la mayoría de los sistemas jurídicos poseen; un *carácter continuo* y una *persistencia* en el tiempo, donde la primera se refiere a una autoridad que continúa pese a la sucesión de legisladores y la segunda a

la constancia en el tiempo de una norma mucho después que su creador y quienes prestaban obediencia habitual hayan desaparecido.⁸²

Ambas versiones [se refiere a las de Austin y Kelsen] de esta teoría aparentemente intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única que, se desprende, exhibe la quintaesencia del derecho. Ambas, de diferentes maneras, hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones. [...] La crítica específica de ambas formas de la teoría que desarrollamos aquí es que ellas pagan un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el derecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen.⁸³

Es pertinente destacar la idea que Hart denomina *comunidad prejurídica*, como un derecho de sólo reglas primarias, es decir sin sanciones o reglas de adjudicación. Es claro que puede concebirse que una norma jurídica no establezca una sanción como consecuencia de su desobediencia pero es imposible concebir, en general, a un orden jurídico sin sanciones. Pensar que una regla de adjudicación existe porque otra regla lo reconoce, al menos tácitamente, es simplemente derivar el problema de validez a dos

⁸² Cfr. *Ibidem.* p. 64.

⁸³ *Ibidem.* p. 48.

momentos en cada caso particular en vez de una sola vez para todos los casos particulares.⁸⁴

En todo caso, pensar en un derecho sin *sanciones*, como es el caso de un derecho de sólo reglas primarias, es hablar de un sistema de normas optativas y autónomas. Si acordamos con Hart que las reglas son reglas de obligación, y que esta obligación apunta a la obediencia no optativa de los seres humanos, entonces debe haber algo que 'obligue' a corregir la desviación de lo debido. En una comunidad que sólo se rige por normas de obligación sin sanciones, generalmente opera la autodefensa o la retribución como un mecanismo de corregir dicha desviación y esto es, en última instancia un tipo de sanción. Lo anterior podría llevarnos a pensar que las normas que no establecen sanciones son parte de otra norma o conforman a una regla más completa, pero sería una interpretación errónea.

Kelsen no considera que las normas que no establecen una sanción sean fragmentos de normas o normas incompletas, por el contrario, demuestra que son normas completas aunque dependientes de normas coactivas que son igualmente normas completas.⁸⁵ Con ello no niega la variedad de normas que componen al orden jurídico, sino que abre el camino para una diversidad de normas jurídicas que, por supuesto, comparten la técnica específica de la coacción como un elemento que les distingue de cualquier otro tipo de órdenes normativos.

Ambas teorías se complementan, pues si bien, para Kelsen una norma es verdaderamente jurídica por su relación con el elemento de coactividad, no todas las

⁸⁴ *Vid.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, pp. 63-67. Hart, H. L. A. *Op. Cit.* CD. pp. 310-311.

⁸⁵ *Vid.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, pp. 67-70.

funciones socialmente relevantes del derecho consisten en castigar conductas indeseadas o desviaciones de lo debido. Hay que tomar en cuenta que el derecho es un instrumento de control del orden social, y cuando nos referimos aquí a orden social es a la composición de reglas primarias y secundarias que defiende Hart.

1.1. Distinción entre reglas y normas jurídicas.

En este punto, es muy importante para el presente estudio hacer una clara distinción entre estos dos conceptos, pues de no hacerlo se corre el gran riesgo de incurrir en confusiones, tanto teóricas como metodológicas. Hart es muy cuidadoso en su lectura de *la Teoría general del derecho y del estado*, sobre todo donde Kelsen incorpora el interesante concepto de *regla jurídica*. Kelsen resta importancia en desarrollar este concepto, porque a él le interesa el de *norma jurídica* y no los hechos sociales que la condicionan.

Estos **juicios** [se refiere a las reglas], por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las **normas** creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es **preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas**. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son **prescriptivas**; las **reglas del derecho** que la ciencia jurídica establece son puramente **descriptivas**.⁸⁶

⁸⁶ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TGDE, p. 53. Las negrillas son nuestras.

Kelsen concibió, en 1949, lo que Hart desarrolló posteriormente, en 1961, como *reglas jurídicas o reglas del derecho*. Sin embargo, Hart discrepa con Kelsen en cuanto a que las reglas jurídicas no son prescriptivas, en cuanto son usadas y obedecidas por la ciudadanía y aceptadas por la autoridad. De ahí la importancia metodológica de diseñar una estrategia de interpretación de las prácticas desde un *punto de vista interno* y un *punto de vista externo*.

El estudio de Kelsen sobre las normas jurídicas, como se puede ver en el primer capítulo, le llevó a excluir los elementos fácticos que pueden viciar la *pureza* de su teoría, dado que él sostiene que la normatividad no puede ser explicitada por hechos sociales. Por ello, en la *Teoría general del derecho y del estado*, sólo le importa destacar que la validez de las normas jurídicas no se identifica con ciertos hechos, aunque sí esté condicionada por ellos. Sin embargo, subraya que se trata, como lo llamó Hart tiempo después, de un *hecho de reconocimiento tácito*⁸⁷ de las normas jurídicas, y que éste sólo demuestra: 1) la eficacia del orden jurídico total al que la norma jurídica pertenece 2) la presencia de un hecho creador de la norma, y 3) la ausencia de cualquier otro hecho que pueda anularla.⁸⁸ Sustentar la validez de un orden jurídico en ciertos hechos es, para Kelsen, confundir la validez del derecho con el hecho de que éste se cumpla. Como puede apreciarse, este *hecho de reconocimiento tácito* de las normas jurídicas, es la base teórica de la *Regla de Reconocimiento*.

La norma jurídica puede tener aplicación, no únicamente en cuanto es ejecutada por un órgano u obedecida por los particulares, sino también en

⁸⁷ *Cf.*: Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 125-130, 310-311.

⁸⁸ *Cf.*: Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TGDE, p. 56.

cuanto sirve de base para un juicio estimativo específico que califica la conducta del órgano o del particular como legal (debida) o ilegal (indebida) [...] El juicio jurídico de valor de que cierta conducta es legal o ilegal, es un aserto sobre una relación positiva entre relación positiva o negativa entre la conducta y una norma jurídica cuya existencia se presupone por la persona que juzga [...] Este aserto y, por tanto, el mismo juicio jurídico de valor, pueden ser verificados por medio de los hechos que condicionan la existencia de la norma. En este sentido, el juicio jurídico de valor tiene un carácter objetivo. La existencia del valor de legalidad es objetivamente comprobable. El valor de justicia, sin embargo, no es de la misma naturaleza que el de la legalidad.⁸⁹

Los hechos a los que se refiere Kelsen son, como ya se dijo, *a)* la eficacia del orden jurídico total a que la norma pertenece *b)* la presencia de un hecho creador de la norma y *c)* la ausencia de cualquier otro hecho que pueda anular a la norma.

La norma jurídica positiva es el *sentido* establecido por una autoridad de *un estado de cosas* (*state of affairs*) y aplicable al menos a un caso concreto, y no el hecho mismo de la aplicación, mientras que la *regla jurídica* es un *criterio* que sirve como base para calificar la conducta como debida o indebida. La *norma jurídica* es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, mientras que la regla jurídica es un juicio de valor objetivamente comprobable, en tanto afirma una relación

⁸⁹ *Ibidem.* p. 56. Las negrillas son nuestras.

positiva o negativa entre la conducta humana y una norma jurídica. Entonces, el peso específicamente jurídico de una regla se sustenta en una norma jurídica.

Hart desarrolla el concepto de regla jurídica como criterio de valoración o juicio de valor específicamente jurídico, que describe a las prácticas interpretativas del derecho como un hecho claro de la objetividad de una regla. Para Hart son las reglas jurídicas como criterios jurídicos sobre normas, y no las normas en sí, lo que realmente merece nuestra atención, debido a la posibilidad de corroborarlas en los hechos. Hart rechaza la idea neo-kantiana de que un fenómeno social normativo no puede ser explicado exclusivamente en términos de hechos sociales. También es de la mayor importancia para Hart desarrollar una teoría enfocada en demostrar que el juicio de valor de justicia es, al menos en algunos casos, de la misma naturaleza que el de la legalidad.⁹⁰ El incluir la perspectiva de juicios de valor de justicia en su teoría le conduce a afirmar la necesidad de obediencia general y aceptación oficial como condición de validez del derecho, a modo de prevenir una general injusticia social.⁹¹

Kelsen, para no confundir la validez de las normas y las normas mismas con estos hechos, hace uso del concepto de *regla jurídica* en aquellas situaciones a las que se refiere a las *prácticas* o casos en los que se aplica la norma, tanto para aquellos que obliga como para aquellos órganos encargados de aplicar el derecho. Las reglas no son normas jurídicas para él, sino expresiones de voluntad que sólo resultan obligatorias en tanto expedidas por *autoridades* competentes. Las normas jurídicas son, desde el punto

⁹⁰ *Vid.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 193-261.

⁹¹ *Infra* p. 97.

de vista de su teoría, la base conceptual sobre la cual puede ser sustentada dicha *autorización*.⁹²

Las normas son proposiciones prescriptivas, mientras que las reglas son los enunciados sobre estas proposiciones (desde el punto de vista externo) y enunciados sobre el uso en un sentido argumentativo del derecho (desde el punto de vista interno). Sin embargo el concepto de *reglas jurídicas*, en la teoría de Hart, es ambiguo, ya que usa indistintamente el concepto para referirse a normas prescriptivas como a dicho uso argumentativo.

Es obvio que si las normas jurídicas son prescripciones positivas sobre la conducta obligatoria, no son optativas⁹³ y por tanto resulta exigible su cumplimiento. Pero en el caso de las reglas jurídicas, no está claro si un enunciado que describe cuál es la *correcta* aplicación de una norma jurídica es o no obligatorio. De ahí que para Hart, la *sanción* (entendida como elemento de *coacción*) no es un elemento necesario de las reglas, lo cual es cierto en tanto no se trate de prescripciones sobre la conducta no optativa, sino descripciones sobre éstas.

La distinción clave es que las reglas jurídicas, como descripciones (objetivas) de normas y procesos jurídicos, son susceptibles de una valoración de verdad, mientras que las normas jurídicas no lo son. A las normas jurídicas les son aplicables operadores modales, es decir, los modos en los que una determinada norma es válida o inválida,

⁹² Cfr: Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TGDE, pp. 52-58.

⁹³ En el caso de las normas facultativas de cierta conducta, puede observarse que, independientemente del contenido de la norma, se trata siempre de una autorización. En todo caso, esta autorización está sujeta a modalidades por otras normas jurídicas que prohíben o permiten cierta conducta hasta cierto punto, es decir delimitando el ámbito de dicha autorización.

atendiendo única y exclusivamente a lo que ésta requiere para ser válida o inválida. Las reglas jurídicas son aquellas que indagan 1) sobre la verdad o falsedad de esos operadores modales y 2) sobre qué exige la norma jurídica para ser válida o inválida.

Por otra parte, tiene que decirse que normas jurídicas y reglas jurídicas pertenecen a ámbitos de interpretación específicos que no deben ser confundidos. Esto no quiere decir que entre norma y reglas jurídicas no exista una relación, sino que dicha relación existe en un sentido no trivial. De hecho, es imposible encontrar una utilidad práctica a las normas jurídicas sin las reglas del derecho, como hallar un sustento objetivo a todas las deliberaciones en torno a las reglas del derecho.

En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla.⁹⁴

Las normas jurídicas, como estructuras de significación conceptual, son la base para la interpretación jurídica y las prácticas del derecho. Especifican qué debe ser entendido *conforme a derecho* o *contrario a derecho*. Son esquemas argumentativos que ponderan la deliberación de los casos específicos de un modo *categorico*. Esto quiere decir que una *actitud interpretativa* ante ellas sólo puede adoptar las posturas específicas del *sí* o *no*. Para evitar las objeciones que se levanten en torno a nuestra postura, diremos que todas aquellas disposiciones legislativas o judiciales que

⁹⁴ Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 159.

establezcan requisitos, definan conceptos o que en general no cumplen con las premisas que hemos enunciado, no son normas jurídicas sino reglas de derecho.

Las reglas jurídicas son juicios valorativos, sujetos a una clase especial de ponderación, donde sólo ciertos individuos *autorizados* por las normas jurídicas pueden participar en la deliberación del tipo *sí* o *no* normativo, pero que todos aquellos que guían su conducta en conformidad con ellas asumen una *actitud interpretativa*. Las reglas están sujetas a cambios producto del mismo juego de deliberación e interpretación, mientras que las normas jurídicas restringen su cambio con base a otras normas del tipo *sí* o *no*, que generalmente autorizan dicha modificación.

Es un error el suponer, por ejemplo, que la autorización que *sí* faculta a un grupo de personas llamadas legisladores a que, en ciertas circunstancias estipuladas, modifiquen el contenido normativo, establezca también qué contenido será. Esto es una deliberación fuera del ámbito de la norma jurídica y de las reglas del derecho, aunque autorizada por una norma jurídica y tal vez delimitada por otras normas jurídicas. Una deliberación de este tipo sólo podrá ser normativa en la medida que otra norma jurídica autorice su introducción al orden jurídico.

Tampoco pueden ser confundidos los elementos que integran a las normas, como las disposiciones legislativas establecidas en las leyes o reglamentos, como normas jurídicas en sí mismas, pues no puede ser confundido el todo con la parte. Como se verá más adelante, el legislador puede *crear* normas jurídicas completas, pero en general sólo legisla los elementos más básicos que las comprenden.⁹⁵

⁹⁵ *Infra* p. 175 y *ss*.

Todas las normas jurídicas son dinámicas, pero en diferentes grados. Existen normas dentro de un orden jurídico que son *rígidas*, es decir que no cambian si no se presentan condiciones estatutarias o legales muy complejas. También podemos hallar normas que son tan *flexibles* que pueden ser modificadas inclusive por las circunstancias que las rodean, simplemente se adaptan a una realidad específica o a un estándar.

Lo mismo sucede con las reglas jurídicas, algunas de ellas se encuentran tan enclavadas en la tradición o las prácticas del derecho, que aún si son falsas o no ha sido demostrada su verdad, se les da el sentido de serlo. Por ejemplo, una disposición normativa puede establecer que el presidente electo jure el cargo antes de tomar posesión, y la regla nos diga que es a las tres de la tarde, en el congreso de la unión, con la mano derecha levantada... Sin embargo, las reglas jurídicas tienden a ser flexibles debido a que son producto de la interpretación, y ésta se lleva a cabo generalmente en circunstancias o contextos que cambian constantemente.

1.2. Reglas primarias y reglas secundarias.

En *El concepto de derecho*, Hart describe a las reglas como una noción compleja, que comprende dos clases diferentes de reglas jurídicas, que guardan una estrecha relación mutua.

*[...] mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser **verificadas** en forma **concluyente**, **introducidas**,*

*eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible.*⁹⁶

A continuación esbozamos una tabla en la que describimos, desde la teoría del derecho de Hart, las principales características de las reglas primarias y las reglas secundarias.

Reglas Primarias	Reglas Secundarias
Prescriben como obligatorias ciertas acciones u omisiones de conductas.	Determinan de diversas maneras el efecto o actuación de las reglas primarias.
Son independientes entre sí y pueden existir sin reglas secundarias.	Son dependientes de las reglas primarias, salvo en el caso donde la Regla de Reconocimiento es fundamento último de un sistema jurídico, al establecer criterios dotados de autoridad.
No establecen potestades públicas ni privadas, sólo obligaciones.	Confieren potestades públicas y privadas, y pueden introducir nuevas potestades, que regulan a las obligaciones.
Se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos, entendiendo a éstos como conducta	Prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino también a 'estados de cosas'. ⁹⁷

⁹⁶ Hart, H. L. A., *Op. Cit.*: CD, p. 117. Las negrillas son nuestras.

humana.	
Se refieren a normas jurídicas simples; esto es, a normas que por sí mismas constituyen unidades básicas de obligación.	Se refieren a normas jurídicas complejas, ya que permiten la reconstrucción de normas jurídicas más complejas.
No determinan por sí mismas sus efectos o aplicación.	Introducen, modifican, aplican o extinguen reglas primarias.
No permiten la interpretación en un 'núcleo de certeza', porque las reglas primarias constituyen obligaciones sin establecer su relación con otras reglas que se apliquen en su interpretación.	Permiten la interpretación de las normas dentro de un 'núcleo de certeza', construyendo criterios de aplicación objetiva a cada caso específico.
Cualquier interpretación de las reglas primarias es subjetiva, porque dicha interpretación no tiene fundamentos.	Una interpretación de las reglas en una 'zona de penumbra' sólo puede ser subjetiva si es discrecional, es decir, si no se fundamenta con base a otras reglas del sistema.
Son absolutamente discrecionales.	Sólo pueden ser discrecionales si se les interpreta de manera aislada, fuera del sistema.

⁹⁷ Estado de cosas, también 'lo que hace al caso' o 'state of affairs', como correlato de una proposición, que se entiende aquí como un hecho, no como el *ser* del hecho, sino como 'status' o *modo de ser* de una conexión de objetos. *Vid.* Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus lógico filosófico*, editorial alianza, Madrid, 2003. 2.01 y *ss*

Son independientes unas respecto a otras, pero coherentes entre sí.	Forman parte de un sistema de reglas coherentes entre sí.
---	---

1.2.1. Reglas jurídicas de obligación (Reglas Primarias).

Para el jurista inglés, un orden jurídico que establece sólo reglas primarias se caracteriza por una supremacía de tipo *pre-adaptativo*, es decir, por características del comportamiento humano y social adyacentes a su hábitat o la calidad moral de los individuos que conforman dicha comunidad, y que sólo responden al cambio de modo lento según el cambio del entorno. Un orden jurídico de este tipo está sujeto a las obligaciones impuestas por una comunidad desde un sentido de la tradición, donde existe poco espacio para la interpretación y la integración de nuevas reglas. Lo que puede entenderse por derecho en este estadio, es un conjunto de reglas de obligación que sujeta la conducta del individuo a los criterios o pautas establecidos por una comunidad.⁹⁸

Son tres los factores que distinguen a las reglas de obligación de otras reglas. En primer lugar, ante el incumplimiento de la obligación se responde con una presión social seria. En segundo lugar, la importancia que se le atribuye a las reglas de obligación, deriva de la creencia en la necesidad de las reglas para la conservación de algún aspecto de la vida social, a la cual se le atribuye un gran valor. Por último, la conducta exigida por estas reglas puede encontrarse en conflicto con lo que la persona obligada desea hacer.⁹⁹

⁹⁸ Cfr: Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 113-118.

⁹⁹ Cfr: *Ibidem* p. 108-109.

Lo importante es que, en un sistema de reglas exclusivamente primarias, la presión social no está sustentada por la simple creencia en su necesidad. Adicionalmente se requiere de algún tipo mecanismo para que estas reglas sean obedecidas, cosa que las reglas primarias por sí mismas no pueden hacer, por lo que se valen de la discrecionalidad para hacerlo. De ahí la necesidad de otro tipo de reglas que operan en un segundo estrato, es decir, de modo no independiente a las reglas primarias sino dependiente de ellas.

Para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias [...] las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo, el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana de los unos con los otros [...] (el grupo de) los que las rechazan [...] no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir un sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión.¹⁰⁰

Son tres las características que deben ser analizadas en una sociedad tal que sólo opera por medio de reglas primarias. Son la *falta de certeza*, el carácter *estático* de las reglas y la ineficiencia de la *difusa presión social* ejercida para hacer cumplir las reglas. Hart afirma que la unión de reglas primarias y reglas secundarias solucionan estos problemas de coherencia, consistencia y sistematización. Las soluciones que Hart

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 114.

propone son, a la *falta de certeza*, la introducción de un criterio de sistematización por medio de la *Regla de Reconocimiento*; al carácter *estático* de las reglas, la introducción del criterio de consistencia por medio de las *Reglas de Cambio*, y a la ineficiencia de la *difusa presión social* ejercida para hacer cumplir las reglas, la introducción del criterio de coherencia por medio de las *Reglas de Adjudicación*.¹⁰¹

A continuación detallaremos algunos aspectos de cada uno de estos tipos de reglas secundarias, enfocándonos mayormente en la Regla de Reconocimiento, ya que nos importa desde el punto de vista de nuestra investigación sobre los fundamentos de validez del derecho en la teoría de H. L. A. Hart.

1.2.2. Regla de reconocimiento.

Como ya se dijo, la regla de reconocimiento es la solución teórica a la falta de certeza jurídica de un sistema que se compone sólo de reglas primarias. Esta especifica las características o propiedades que hacen de una determinada regla social 1) formar parte del sistema de reglas jurídica 2) justificar la obligación –como conformidad, presión social y castigo- 3) del reconocimiento de la autoridad que emana de las reglas y 4) como fundamento de la validez y de autoridad de las reglas secundarias, que sólo puede provenir las reglas primarias. La regla de reconocimiento hace referencia a algún criterio para identificar la unidad de un sistema de reglas, que de otro modo serían sólo reglas inconexas.¹⁰²

¹⁰¹ *Cfr. Ibidem.* p. 107-108.

¹⁰² *Cfr. Ibidem.* pp. 116-118.

El argumento a favor de llamar "derecho" a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada "derecho".¹⁰³

Para que esta regla tenga algún peso como criterio de identificación de las reglas jurídicas, tiene que ser considerada desde un punto de vista de quienes hacen uso de ellas y las adoptan como válida, es decir, como un criterio común y público, y una guía de la conducta particular y oficial. De ahí que la conducta sea regulada desde una aceptación tácita de aquellas reglas que son generalmente obligatorias. Esta perspectiva de la regla de reconocimiento desde un punto de vista interno, es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, que permite formular enunciados internos de validez por quienes las usan y ven su utilidad en ello.¹⁰⁴

Reconocemos la similitud de la *Regla de Reconocimiento* de Hart con la *Norma Fundante Básica* de Kelsen. Hart afirma que el fundamento último de un sistema jurídico establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del sistema¹⁰⁵ y, como ya se mencionó en el capítulo anterior, es precisamente una de las formulaciones más importantes de la NFB. Hart afirma que no sólo difieren en terminología, sino que difiere sustantivamente de Kelsen en cuatro aspectos:

¹⁰³ *Ibidem.* p. 139.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 139-144.

¹⁰⁵ *Cfr. Ibidem.* pp. 310-311.

1. Para la Regla de Reconocimiento los criterios de validez de un orden jurídico son una cuestión empírica, mientras que, afirma, para Kelsen se trata de una “hipótesis jurídica”.
2. La validez de la NFB es presupuesta, mientras que la Regla de Reconocimiento no puede plantearse en términos de validez sino de una general aceptación en los hechos.
3. La NFB de Kelsen tiene el mismo contenido que una regla de obediencia constitucional. Para Hart es claro que los tribunales y funcionarios del sistema identifican el derecho con arreglo a los criterios que un orden constitucional suministra, y por ende ésta es aceptada, por lo cual es redundante formular una regla que autorice algo obvio.
4. El fundamento de validez de Kelsen excluye la validez de cualquier criterio moral que contravenga a una regla de derecho particular, mientras que la Regla de Reconocimiento puede incluir dicho criterio como parte de las prácticas judiciales o del sentido común.

Debemos decir que Hart estaba más cerca de la propuesta de Kelsen de lo que él aceptaba. En primer lugar, Kelsen sí pondera la validez como una cuestión empírica, al menos que está condicionada por los hechos, toda vez que afirma que un mínimo de eficacia es necesario para que un orden normativo sea válido. Difiere de Hart en que si bien la validez de un orden normativo depende de una cuestión de hecho, una norma particular no está sujeta a una cuestión de hecho sino de pertenencia a dicho orden.

Lo que nos lleva al siguiente punto, la regla de reconocimiento no enuncia en forma explícita la validez de una regla particular, sino que *presupone* en forma tácita la

validez del sistema. Visto desde el punto de vista interno, los ciudadanos y autoridades que usan las reglas jurídicas, no reconocen en cada acto la validez de las reglas, sino que la presuponen por medio de una conformidad que, para Hart, puede ser reconocida en los hechos cotidianos.

Por otra parte, Kelsen no da ningún contenido a la NFB sino una función, o varias como se puede apreciar en el capítulo anterior. Hart hace lo mismo, aunque de un modo más restrictivo como se podrá apreciar más adelante, de modo que una regla pueda dar cuenta de los requisitos que este autor considera suficientes para hablar de derecho: 1) una relación dinámica entre reglas de obligación y reglas secundarias, y 2) el uso y aceptación de tales reglas por parte de los ciudadanos y las autoridades.

Por último, la NFB no excluye ningún contenido, de hecho puede ser fundamento de cualquiera. Lo importante radica en que el fundamento de validez, para Kelsen no puede reconocer a dos órdenes normativos al mismo tiempo. Aunque para Hart también se excluyen las reglas de un tipo jurídico de otro, por ejemplo reglas morales, este jurista acepta la necesidad de un contenido mínimo de moral acorde con los fines implícitos del derecho.¹⁰⁶

1.2.2.1. Dominio autoritativo de las reglas y el concepto de Validez

Como ya se mencionó, el incluir la perspectiva de juicios de valor de justicia en su teoría le conduce a introducir el requisito de necesidad de la obediencia general y la aceptación oficial, a modo de prevenir una general injusticia social. Se trata de eludir la cuestión sobre el contenido de las reglas de un determinado sistema jurídico, que

¹⁰⁶ *Cfr. Ibídem.* p. 239 y *ss.*

supone que aquello que es aceptado por sus ciudadanos y autoridades como válido, tiene que, por fuerza, llevar implícitamente una general aceptación de ciertos criterios de justicia.

Para Hart, la validez de las reglas jurídicas deviene del hecho que son obedecidas por el grueso de la población, en el entendido que está claro cuáles son las obligaciones y derechos, y quienes los autorizados para aplicar las reglas. Del mismo modo, la aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento, acepta tales reglas como criterio de valoración por un lado, y criterios de su dominio autoritativo por el otro. Con esto último nos referimos a que las reglas del sistema son consideradas un criterio común y público de decisión, y no como algo que cada autoridad obedece por su cuenta.¹⁰⁷

Estos dos elementos conforman para Hart condiciones necesarias y suficientes para sostener la validez de un sistema jurídico. Por ello afirma que el criterio último de validez del sistema radica en un hecho, el de la general obediencia que puede ser ratificado cotidianamente en las prácticas ciudadanas y autoritativas. Sin embargo, si se toma en serio la pregunta por la validez del derecho, no se puede contestar en términos generales que el *hábito de obediencia* de las reglas del derecho, expresado a través del reconocimiento de las reglas por parte de los ciudadanos y la autoridad, sean la fuente de *validez* del sistema, dado que con ello sólo se responde por el fundamento de la *eficacia* del derecho positivo, es decir, que se cumple fácticamente, pero no por qué *vale* o por qué *obliga* a la conducta humana.

¹⁰⁷ *Cfr. Ibídem.* p. 142-144.

Es por ello que prevé en el concepto de *conducta oficial*, como una fórmula para la objetivación de las reglas jurídicas, a lo que llamaré **interpretación dentro del dominio autoritativo de las reglas**, de modo que todo aquello que provenga de la perspectiva interna de la autoridad es objetivo.

*Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de **conducta oficial**.*¹⁰⁸

Esta forma de eludir una sutil diferencia entre eficacia y validez es lo que deriva en problemas de carácter epistemológico, en la base teórica de las prácticas jurídicas de interpretación, del tipo textura abierta del derecho, como se verá más adelante. Aquí nos interesa señalar que para identificar que de hecho acontecen las dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia del derecho, no es posible rastrear ni ponernos de acuerdo sobre cuándo acontece ese preciso momento, y por tanto no queda más que afirmar que es evidente y que al menos puede constatarse todos los días que los hechos indican esa validez *tácita* de las reglas jurídicas.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 145. Las negrillas son nuestras.

¹⁰⁹ *Cfr. Ibidem.* pp. 125, 310.

1.2.3. Reglas de cambio.

Este tipo de reglas facultan a un individuo o un grupo de ellos a introducir nuevas reglas al sistema, incluidas aquellas que dejan sin efecto a las reglas anteriores. Donde hay reglas de este tipo hay una regla de reconocimiento que necesariamente hace una referencia al criterio de validez que identifica a las reglas jurídicas, como aquellas que han sido creadas conforme a las reglas de cambio del sistema.¹¹⁰

Este tipo de reglas, demuestran una gran ventaja frente a un sistema de reglas sólo primarias, pues permiten que el derecho se adapte y cambie, según las necesidades de una sociedad. Adicionalmente, permiten que en los casos de textura abierta, una regla cambie sin necesidad de legislar, por vía de la integración.

1.2.4. Reglas de Adjudicación.

Las reglas de adjudicación facultan a un intérprete y aplicador de las reglas para determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión específica y particular se ha transgredido una regla primaria. Se trata de una potestad para determinar la norma general a un caso particular y concreto. Estas reglas designan a los individuos que pueden juzgar, determinar la significación de la normas, establecer los alcances del sentido de la conducta humana, las normas que son aplicables dentro de un sistema al caso concreto, y definen el procedimiento a seguir.

Estas reglas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión

¹¹⁰ *Cfr. Ibídem.* pp. 118-120.

de las obligaciones previamente establecidas por reglas de obligación. Las reglas de adjudicación hacen referencia a una regla de reconocimiento, pues las determinaciones revestidas de autoridad sobre la transgresión de normas no pueden evitar la consideración de ser normas que forman parte del sistema, y al mismo tiempo guardan una relación con las reglas de creación, ya que estas decisiones se convierten en fuente de derecho. En otras palabras, son propiedades inherentes al reconocimiento del orden jurídico, como facultad de determinar los límites legales, del significado y el sentido de todas las normas jurídicas del sistema y una regla para la integración de nuevos criterios al sistema.¹¹¹

*[...] hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas.*¹¹²

En buena medida, dentro de un orden jurídico podemos encontrar un gran número de reglas que establecen qué debe considerarse un procedimiento *correcto* o satisfactorio y, por oposición, uno que no lo es. Estas son tenidas también como reglas de adjudicación. Sin embargo, la práctica reiterativa y la interpretación de esas reglas procedimentales, pueden dar origen a *reglas jurídicas como estándares*, aunque éstas no puedan sustentarse directamente en una ley o un código.

¹¹¹ Cfr. *Ibidem.* p. 120-122.

¹¹² *Ibidem.* p. 99.

Una buena explicación de esto nos dice que las prácticas jurídicas están sometidas a un *principio de autoridad*, donde a las *instancias oficiales* le son *impuestas*, por una parte, las normas jurídicas y, por otra, algunos resultados *adecuados* a los que ha de llegar sobre la base de estas normas. En otros términos, que hay *buenas razones* para *adecuar* las prácticas interpretativas en un sentido y no en otro.

1.3. Diferencia entre poder ilimitado y arbitrariedad.

Contrario al deseo libertario de Kelsen, siempre hay límites sobre lo que puede ser legislado, y estos límites no son necesariamente morales como afirma Hart.¹¹³ Por ello, y para efectos de nuestra investigación, se deben comprender los límites en los contenidos normativos como 1) la general ineficacia normativa, 2) la imposibilidad fáctica o de producir cambios físicos o movimiento¹¹⁴ 3) limitaciones lógicas y 4) las reglas del lenguaje con las que se expresa un contenido normativo.¹¹⁵ Algunos

¹¹³ Vid. Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 239 y *ss.*

¹¹⁴ Vid. *Ibidem* p. 101 y *ss.*

¹¹⁵ Se tiene que partir de una distinción metodológica sobre el concepto de *límite*, que nos permitirá sustentar una de las líneas principales del presente capítulo. Cuando se habla de que el contenido del derecho es *ilimitado*, este concepto no puede ser confundido con el concepto de absoluto () ni de infinito (). Lo infinito no incluye necesariamente todas las relaciones y los elementos posibles, como si hace lo absoluto; es decir, lo infinito en todos los casos denota que el objeto en cuestión no es finito en algún aspecto. Pongamos por ejemplo una sucesión de números infinita. Pensemos por un momento que una sucesión de números naturales comprende todos los números primos 2, 3, 5, 7... Si bien la seriación será infinita () mientras no se establezca un límite, pero no puede ser absoluta () en términos de números naturales, porque no toma en cuenta, por ejemplo, los números naturales no

ejemplos de dichos límites son la imposibilidad o inexistencia de un objeto físico sobre el que se legisla; la imposibilidad fáctica de obedecer una norma; la formulación incoherente de un contenido normativo; la expresión de una obligación en términos contradictorios, entre otros.

Supongamos que en los tipos 3 y 4, la regla de obediencia “Debes hacer lo que ‘A’ ordene” es válida, y que en un momento dado ‘A’ ordena la no obediencia a ninguna orden suya. Aun en el caso donde ‘A’ quisiera retractarse, la orden de no obediencia a ‘A’ será válida, por lo que dicha retracción o cualquier otra orden no podrán serlo jamás. Si se apela a la jerarquía normativa de “Debes hacer lo que ‘A’ ordene” –la solución de Kelsen– invalida la norma “no obedezcas las ordenes de ‘A’”. Por otro lado, si se apela a lo que hace quien obedece la norma y el reconocimiento de la autoridad de las normas emitidas por ‘A’ –la solución de Hart– cualquier norma que ‘A’ ordene y tenga autoridad según el criterio de “Debes hacer lo que ‘A’ ordene”, será válida como el conjunto de órdenes que ‘A’ ha ordenado. No puede mantenerse como válida esta antinomia, debido a una contradicción lógica llamada paradoja de autorreferencia, y la solución a este tipo de dilemas será necesariamente arbitraria, irracional e ilegal. Parece que un límite ‘verdaderamente’ jurídico al contenido normativo, sería aquel que especifique que quien tiene autoridad legislativa no la puede ejercer.

Por otra parte, una imposibilidad del tipo (2) consiste, por ejemplo, en que se obligue a una persona a sacar más dinero del que tiene en su cartera o algo que, en general, establezca una condición de imposible cumplimiento o inexistente proporción.

primos 1, 4, 6, 8... El concepto ilimitado engloba a ambos conceptos, infinito y absoluto. Por oposición a ilimitado, limite nos indica finitud en algún aspecto y la ausencia de un absoluto.

Otro ejemplo de este tipo, consiste en obligar a una persona a que sólo se transporte por *teletransportación* o *agujeros de gusano*, aunque no estamos seguros que esto sea posible, muchos están seguros que será lo más común en el futuro, pero por ahora no puede realizarse, por muy decidida que sea la intención de hacerlo.

Un ejemplo de (1) es la norma que prescribe renunciar a los hijos en cuanto nazcan o no darse besos en la vía pública. Son pocas las personas que, de no ser obligadas por la fuerza, acatarían la obligación de entregar a sus hijos o dar muestras de afecto a su pareja o seres queridos a voluntad. Este tipo de prescripciones normativas encontrarían tanta oposición en forma de desobediencia, que no sería sustentable obligar sistemáticamente a todos a que las acaten por medio de la sanción.

Ahora bien, todas las demás normas o reglas jurídicas que no está limitadas por 1 a 4, son ilimitadas en el sentido que puede ser cualquiera su contenido normativo. Esto no quiere decir, como bien señalan Kelsen y Hart, que exista arbitrariedad en lo que el legislador promulga, sobre todo el constituyente. El contenido normativo siempre estará restringido por exigencias de tipo social, que generalmente se establecen como el sentido de un orden jurídico o un sistema de reglas. No se trata de un elemento extra o meta-jurídico, sino de una interpretación consistente y sistemática de los derechos subjetivos más básicos que establece el legislador y que exige la sociedad. Al respecto, podemos distinguir que en una sociedad cerrada o de un derecho compuesto sólo por reglas primarias, el sentido de estas exigencias se mantendrá constante, mientras que en una sociedad abierta o un sistema jurídico dinámico, dichas exigencias se modificarán atendiendo a intenciones y requerimientos sociales e individuales diversos.

Cuando Hart se refiere a los límites no habla de obligaciones, sino de los alcances de la potestad jurídica, esto es, en incompetencias establecidas en *reglas* que

incapacitan al legislador, y a la autoridad en general, a determinar cierto tipo de normas, así como la necesidad de fundamentar sus potestades públicas con base a una norma existente, y que ésta establezca o no restricciones para ejercerlas.¹¹⁶ Es decir, el sistema de normas jurídicas incluye sus propios límites, en la medida que no otorga potestades jurídicas positivas. Por lo tanto, las adecuaciones al orden jurídico que se denominan reglas jurídicas, ya sea como aplicación o prácticas interpretativas del derecho, tienen que encontrar las razones para refutar u objetar algo del orden normativo dentro del mismo orden normativo. A esto le llamaremos *razones auténticamente jurídicas*.

1.4. Punto de vista interno y punto de vista externo.

Esta es quizá una de las principales aportaciones teóricas de H. L. Hart a la teoría del derecho y en torno al problema de validez de las normas. El planteamiento de una perspectiva del derecho desde quienes utilizan el concepto, es un avance de la filosofía del lenguaje y más específicamente de la semántica. A continuación, exponemos algunas de las principales características del punto de vista interno y el punto de vista externo del derecho, que Hart describe en su teoría:

Punto de Vista Interno	Punto de Vista Externo
∅ Ve las reglas como un miembro del grupo, que las acepta y que las usa como guías de conducta.	∅ Ve las reglas como un mero observador, que no las acepta y sólo ofrece una descripción.

¹¹⁶ Cfr. Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p.p. 87-88.

<p>∅ Ofrece una descripción de la obligación en términos de reglas, de la manera en que los miembros del grupo social aceptan las reglas y es pauta de conducta regular.</p> <p>∅ Explica la manera en que el grupo contempla su propia conducta.</p> <p>∅ Explica la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad.</p> <p>∅ Las reglas son razones para la acción como consecuencia de criterios o pautas de conducta.</p> <p>∅ Fundamento de la crítica y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social, reproche y castigo.</p> <p>∅ Como <i>USO</i> de las palabras, desde un punto de vista lógico y argumentativo.</p>	<p>∅ Ofrece una descripción de las reglas sobre las regularidades de conducta observables, que consisten en el cumplimiento y la desviación.</p> <p>∅ Como signos o descripción de conductas probables, es decir, como predicciones.</p> <p>∅ Como <i>mención</i> de las palabras, desde un punto de vista lógico.</p> <p>∅ Reglas y enunciados del deber ser en un sentido descriptivo sobre el derecho.</p>
---	---

Quando las reglas jurídicas son analizadas desde la perspectiva de quien las acepta y las usa como guías de conducta, puede comprenderse como las desviaciones

son una razón o justificación para que tales desviaciones sean reprochables, y de este modo se fundamenta la reacción social frente a la desviación como una consecuencia estipulada. Si son abordadas desde la coacción y la indiferencia de las reglas, el derecho es un presupuesto del castigo. Para Hart es importante que una teoría dé cuenta de ambos puntos de vista, dado que la complejidad de los hechos, que abarca tanto la aceptación como la desviación, no pueda excluirse por vía de la definición.¹¹⁷

Esta perspectiva del análisis, permite al teórico del derecho estudiar la interpretación y las prácticas tenidas por válidas desde *dentro* del sistema social que las enmarca, como participantes de las prácticas sociales relevantes. Tal perspectiva requiere la aceptación de 1) algunas reglas que establecen las pautas o criterios de conducta social, 2) que los demás reconozcan estas reglas y guíen su conducta conforme a ellas, 3) que un acto de reproche válido sólo pueda provenir de la desviación a dichas reglas, 4) que las preferencias personales de los participantes pasen a un segundo plano frente a las reglas, y 5) que tanto los funcionarios como los particulares tengan criterios *con autoridad* para identificar las reglas de obligación.¹¹⁸

El punto de vista interno aborda el sentido de la validez del derecho desde la *aceptación* de la existencia de las reglas. El punto de vista externo *exige pruebas* de la validez de las reglas jurídicas, generalmente como signos de un posible castigo. Los dos puntos de vista son, hasta cierto punto, las perspectivas de aquellos que acatan las reglas y los que desvían su conducta respecto de ellas; del teórico que estudia al derecho como una práctica social y aquél que ve al derecho como una estructura

¹¹⁷ Cfr. *Ibídem.* p. 105-113.

¹¹⁸ Cfr. *Ibídem.* 110-113, 125-129.

conceptual; de una existencia de las reglas que involucra una aceptación voluntaria y la imposición de la eficacia de las reglas por medio de la coacción.

Por otra parte, cuando se trata de la *presuposición* de un enunciado sobre la validez desde el punto de vista externo, es claro que no podemos fundamentar la validez de una regla porque se la tiene como extraña, sin ningún significado plausible. Ahora bien, cuando se trata de una *presuposición* desde el punto de vista interno, *Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general.*¹¹⁹

2. Textura abierta del derecho.

*La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuraran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso.*¹²⁰

Para Hart las reglas tienen un *centro* o *núcleo de certeza* y una *penumbra de duda*. En este *centro* la interpretación está determinada, mientras que en la *penumbra*

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 130. Las negrillas son nuestras.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 168.

es una cuestión de la ponderación de cuestiones complejas a la interpretación. Este *halo de vaguedad* es similar al de las abstracciones en el lenguaje, donde el sentido específico no puede ser determinado sino por el examen (test) del contexto en un estado de cosas (state of affairs) y la intencionalidad del intérprete.¹²¹

Como ya se explicó en el primer capítulo, Kelsen describe en su teoría que las normas jurídicas son interpretadas en un *marco* dentro del cual es posible aplicar la norma al caso concreto, con base a la ponderación de la autoridad, como un acto de discrecionalidad. En un sistema de jurídico, las normas son interpretadas y aplicadas con base a la objetividad y claridad del mismo sistema, porque el derecho sólo en algunos casos es indeterminado.

La determinación es un concepto que tanto Kelsen como Hart usan para expresar varios aspectos de la interpretación jurídica. Por un lado, permite explicar porqué las decisiones sobre la interpretación no son constantes, o porqué la deliberación y evaluación se lleva a cabo con términos y perspectivas diferentes. También explica que un sistema jurídico es, en general, bastante bien determinado y lo suficientemente coherente como para *encontrar* y fundamentar la interpretación con base en normas o reglas válidas. Es también un juicio acerca del *significado*, como algo independiente al intérprete, una cuestión de objetividad. Sin embargo, Kelsen no considera el peso de su *norma como marco* en un sentido que sí da Hart a la *textura abierta del derecho*, simplemente porque Kelsen no consideró en su teoría la problemática de la vaguedad.

¹²¹ El planteamiento de la *textura abierta* es una contribución de Friedrich Waismann a la filosofía del lenguaje. *Vid.* Waismann, Friedrich, *Verifiability*, texto completo del original *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX* (1945), en: <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>

Hart considera que los casos límite surgen de la indeterminación del lenguaje natural y en la expresión de las reglas en la legislación, y que su determinación es una cuestión de identificar el sentido específico de la regla con base a criterios de integridad del sistema; de relevancia o proximidad de un *caso típico* claro similar a otro, también llamados *casos paradigmáticos*; de identificación de los fines o propósitos de las reglas y de contextualización de las reglas.¹²²

Una norma no puede tomarse de manera aislada en su aplicación, tiene que considerarse que es parte de un sistema de normas jurídicas y que entran en juego las *relaciones significativas entre las normas*. Se trata de la *integración intensiva*¹²³ del significado de una regla, pues las propiedades de una regla generalmente no están determinadas exhaustivamente y el sistema jurídico es una asociación de reglas que tienen unidad, con el objeto de agotar exhaustivamente dichas propiedades.

Muchas veces la indeterminación de las reglas es producto de una confusión de las reglas aplicables, debido a la semejanza o *grado semejante* de los *casos típicos* en aspectos relevantes.¹²⁴ La relación entre reglas jurídicas puede generar incertidumbre sobre propiedades semejantes de casos claros, donde una interpretación extensiva¹²⁵ distingue la especificidad de las propiedades de una regla respecto de otras, muchas

¹²² *Cfr. Ibídem.* pp. 155-169.

¹²³ *Infra*p. 143 y *ss*

¹²⁴ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 159. Hart no especifica claramente qué clase de criterios toma en cuenta el legislador para ponderar dicha semejanza o *evaluación* entre *casos típicos* y su *grado* de relevancia o similitud. *Vid.* Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, editorial IIJ-UNAM, México D.F., 2006. pp. 65-89.

¹²⁵ *Vid. n.* 122.

veces ampliando el significado de las reglas. En otras palabras, se trata de una *evaluación* sobre las propiedades de una regla.

Todas las reglas son creadas para aplicarse a determinadas situaciones. Sin embargo, es imposible prever en el contenido de éstas la diversidad de sus contextos de aplicación. Se trata de dos aspectos de la vaguedad que no pueden ser disociados de las reglas jurídicas. En primer lugar, las reglas son enunciadas a través de palabras vagas y, en segundo lugar, el significado de las reglas jurídicas se aplica también a nuevos casos que surgen constantemente. En ambos casos, es necesario que se justifiquen los propósitos u objetivos de los *creadores* de la regla, sin la intervención de otras reglas del sistema.

La justificación en el primer sentido, es una característica derivada del *uso de términos clasificadorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho*. En el segundo sentido, podemos apreciar que las reglas no pueden anticipar las cuestiones de hecho, como las cuestiones específicas de los casos paradigmáticos, ni agotar todos los casos que puedan presentarse en el futuro, por la simple ignorancia de los hechos futuros.

El criterio de determinación más relevante para la validez general del sistema jurídico, desde nuestro punto de vista, es el de la contextualización de las reglas. Para Hart, el lenguaje usado en un determinado contexto establece las condiciones *necesarias* que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por una regla, no necesariamente a través de casos paradigmáticos sino por medio de *standards*.

Cuando el jurista inglés habla de *standards*, los clasifica como *standards vagos*, *standards variables* y *standards rígidos*.¹²⁶ Estos últimos son definiciones y delimitaciones muy exactas de los propios términos y propósitos interpretativos de las reglas. Dirigen la conducta con un elevado margen de certidumbre sin necesidad de *tantear* cuestiones sociales mediante la interpretación oficial. Encierran, sin embargo, una muy controvertida problemática dado que muchas veces la claridad de la rigidez no es un beneficio sino un obstáculo con los propósitos de la regla y a menudo conllevan su modificación o derogación.¹²⁷

Los *standards variables* son juicios comunes sobre lo que es *razonable* en el derecho, antes de que se haya definido oficialmente lo exigible de una regla, aunque no por ello deja de ser un criterio o pauta de conducta obligatoria. El comportamiento está sujeto, en todo caso a una corrección respecto de las desviaciones, por lo que dichos *standards* son delimitados *ex post facto*, en algunas ocasiones de modo retroactivo, y no son definidos sino en términos de acciones u omisiones específicas. Dichos *standards* se asemejan mucho a las normas potestativas o de tipo facultativo.¹²⁸

Los *standards rígidos* no son cuestiones de peso sobre la validez general de un sistema jurídico. Por otra parte, los *standards variables* tienen, desde el punto de vista

¹²⁶ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p.p. 163-183.

¹²⁷ *Vid.* Endicott, Timothy, “The value of vagueness”, en *vagueness in normative texts*, Vijay K. Bhatia, Jan Engberg, Maurizio Gotti and Dorothee Heller ,eds., Chapter 1, pp. 27-48, Peter Lang, Bern, 2005. <http://ssrn.stanford.edu/delivery.php?ID=791101027092095126084030004071111018105084007031052035109088091088105010086001018089043050055106031007050100100001066081026118025019027055033018103007094020120067055086024100067002014090096074124126083&EXT=pdf>

¹²⁸ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 164-165.

de nuestro estudio, una íntima conexión con el fundamento de validez de un sistema jurídico. Estos *standards*, para Hart, son *términos*, simples o complejos, que dejan al individuo la tarea de evaluación de las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y que están sujetas a la corrección de la autoridad.¹²⁹

2.1. Borderline cases.

La vaguedad es un tema que abarca muchas problemáticas en filosofía y lógica, principalmente en los argumentos sorites y sus paradojas. En derecho, la vaguedad es un tema que recae sobre el lenguaje impreciso de las normas jurídicas y las propuestas para eliminarla o al menos disminuirla.¹³⁰

Todas las reglas reconocen o clasifican casos particulares y los *unifican* en modelos generales a seguir como *standards*, aplicables a los casos particulares a veces en un núcleo de certeza y otras en una penumbra de duda. Sin embargo, esta unificación no es tan simple como aparenta ser. El reconocer la complejidad de la realidad y llevar a cabo una deliberación exacta sobre todos hechos es imposible. Por tanto se recurre a la generalización, lo cual introduce el problema de la vaguedad no sólo en tanto a los términos de una regla sino a la aplicabilidad de una regla a lo particular.

Al respecto de la interpretación de las reglas jurídicas, podemos observar una gran diversidad de problemas sobre la aplicación de las reglas a los casos concretos.

¹²⁹ *Ídem, Cfr:* Hart, H. L. A., *Post scríptum al concepto de derecho*, editorial II-J-UNAM, México D.F., 2000. Pp. 39-43.

¹³⁰ *Vid.* Endicott, Timothy, *Vagueness in law*, editorial Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 57-73.

Las clases de vaguedad que Hart, y en general los teóricos positivistas, toma en cuenta para clasificar los problemas son: casos marginales, casos dudosos, casos indeterminados y casos difíciles.

La teoría de Hart nos habla someramente de dos técnicas de la lógica que pueden ser aplicadas en la resolución de casos vaguedad de las normas jurídicas, es decir, en proposiciones que describen obligaciones. Una de ellas consiste en establecer convencionalmente los *tipos correctos de resultado*, mejor conocidos como *standards*.

Cuando se introducen *standards rígidos* al sistema, se introducen valores o condiciones exactas sobre la aceptabilidad o el rechazo de una norma. Si se establece, por ejemplo, que un individuo adquiere tales y tales obligaciones cuando cumple la mayoría de edad, y especifica que esto ocurre a los dieciocho años, y sólo si se pondera la mayoría de edad, entonces no es posible, bajo ninguna circunstancia, que un individuo de 30 años no sea mayor de edad. Si, digamos, introducimos una regla adicional que excluya a los *interdictos* como mayores de edad y se presenta el caso, ¿no sería también el caso que ese individuo es una excepción a la regla de mayoría de edad? Para Hart es un error muy básico confundir la regla que esclarece el significado de *mayoría de edad* con otra regla que afecta a ese caso específico, porque la mayoría de edad agota en una definición el *uso máximo y mínimo* del concepto *mayoría de edad*. Es decir, el nivel de aceptabilidad de la mayoría de edad es cualquiera a partir del mínimo de dieciocho años.¹³¹

¹³¹ Cfr. Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p.p. 155-158. Para efectos de nuestra investigación, interpretamos el *uso máximo* y *uso mínimo* de Hart como regla general y regla particular o precedente, respectivamente.

Cuando se trata de *standards variables* el intérprete es la autoridad, que interpreta *razonablemente* el contexto, es decir, las pretensiones sociales. Una vez fijado el significado máximo del *standard*, corrige las claras desviaciones a éste y agrega, por tanto, nuevas propiedades a la regla. Si una regla, por ejemplo, establece que no se pueden introducir *vehículos* al parque, está claro cuál es el uso máximo de la regla, es decir un automóvil, un camión o un avión. Sin embargo, no está claro si se refiere a una bicicleta o unos patines como *vehículos*, pero sea lo que defina a través del uso mínimo, la interpretación de la regla era su significado.

La otra técnica que introduce Hart es mucho más elegante y sofisticada, conocida hoy como *contextualismo*, pero tiene un punto débil: requiere de la aceptación de los casos paradigmáticos en el derecho. Si es el caso que hay casos claros típicos de la aplicación de reglas en el derecho, entonces hay casos de *no interpretación o subsunción normativa*. Si se acepta lo anterior, entonces sólo queda dar cuenta de los casos límite. El intérprete sabe que 1) los casos típicos son interpretaciones típicas de propiedades de la regla a contextos semejantes, 2) el caso interpuesto para su deliberación no es un caso fácil, 3) la postura frente al caso límite es una clase de escepticismo frente a la regla, 4) si se desconoce en algún aspecto del significado de una regla, es porque se desconocen algunas propiedades de ésta, 5) las propiedades desconocidas de las reglas no pueden ser contradictorias a las propiedades conocidas de las reglas, 6) los contextos son o no son semejantes, 7) si es el caso que los contextos son semejantes las propiedades desconocidas de las reglas son propiedades típicas de la regla, si no agregan nuevas propiedades, 7') si es el caso que los contextos no son semejantes sólo otra regla puede oponer una excepción a la no aplicabilidad.

- 1) *Los coches son vehículos.*
- 2) *Una bicicleta no es un coche.*
- 3) *No sé si una bicicleta es o no un vehículo.*
- 4) *¿Qué es un vehículo?*
- 5) *Un vehículo consume algún combustible. Una bicicleta no consume combustible. ¿Qué sentido tiene un camión/bicicleta en el parque? ¿Es el mismo que un coche?*
- 6) *La bicicleta en un parque tiene sentido, mientras que un coche no lo tiene, porque la bicicleta es recreativa y los coches sólo deben transitar por calles pavimentadas.*
- 7) *Un vehículo que no consume combustible y es usado para la recreación o el deporte no cuenta como 'vehículo' en el parque.*
- 7) *Las ambulancias no están supeditadas a todas las reglas sobre vehículos.*

2.1.1. Casos marginales.

Recaen sobre las características de los casos particulares, donde la regla aplica en el 'núcleo de certeza' y son identificadas por medio de palabras como el significado claro de dicha regla. Se trata de casos donde la autoridad aplicadora del derecho se encuentra frente a ese significado claro de aplicación de la norma, y donde no se presentan elementos del todo pertinentes y relevantes al caso que deben ser tomados en cuenta (situaciones de hecho), para ponderar dicha aplicabilidad o la inaplicabilidad. Hay al menos una consideración de que el caso cumple en grado suficiente las condiciones establecidas por el caso típico y, al mismo tiempo, otra consideración de que el caso no cumple con los requisitos de aplicabilidad de la regla.¹³²

¹³² *Cfr. Ibídem.* p. 169 y *ss.*

Son casos que se ubican *al margen* de la *clara* aplicabilidad o *clara* inaplicabilidad del derecho. Comparten al menos una propiedad del significado dentro del núcleo central de certeza con alguna propiedad de la zona de penumbra. Se trata de la identificación de qué cuenta como un *grado suficiente* para aceptar la definición de un término.

2.1.2. Casos dudosos.

Se trata sobre si la aplicación de una regla se encuentra en el dominio del núcleo de certeza o no. En general, todas las reglas presentan algún grado de incertidumbre sobre la aplicabilidad de una norma dentro o fuera del núcleo de certeza. Sin embargo, supone que al menos algunas reglas del sistema son dudosas sólo en un sentido trivial y otras no.

En un sentido trivial se refiere a que la interpretación en cualquier sentido lleva más o menos al mismo resultado de aplicación normativa, mientras que en un sentido no trivial la afectación frente a una interpretación difiere sustantivamente de otra. Entonces, la vaguedad recae sobre los efectos en la aplicación de la norma o el criterio de evaluación de la misma.

2.1.3. Casos indeterminados.

La indeterminación se suscita cuando en la ponderación de los casos se prevén consecuencias no dirigidas por la intención, propósito o contrarias al significado original de la regla. La falta de certeza es consecuencia del uso de términos clasificatorios generales en la comunicación de las reglas. Las reglas, como criterios o pautas

generales de conducta, se encuentran condicionadas por una relativa ignorancia de los hechos e indeterminación de propósitos.¹³³

Una regla deja indeterminados factores relevantes de su aplicación, porque las combinaciones anticipables de éstos son pocas. Dado que no pueden anticiparse todas las aplicaciones de la regla a casos concretos, no es posible tratar a las reglas como si hubiera una única respuesta correcta.

2.1.4. Casos difíciles.

La deliberación sobre la interpretación de una regla, puede recaer sobre la misma existencia de la regla, es decir sobre su validez, debido a la complejidad o la trivialidad de una regla, porque no fija condiciones necesarias para la aplicación, no es claro cuál es el sentido de la regla o si debe o no aplicarse. La decisión recae sobre dichas condiciones de aplicabilidad que, tomadas en cuenta en un contexto, pueden extender o limitar las propiedades de una regla.

En lo que hace al fundamento de validez de la teoría de Hart, parece que existe una formulación de la misma que da respuesta a los diferentes problemas sobre la vaguedad de las reglas que se ha visto hasta ahora.

3. Diversas formulaciones de la regla de reconocimiento.

Una primera formulación de esta regla supone que la validez de, lo que llamaremos, una *regla de reconocimiento última* no puede ser demostrada, sino que sólo “se da por

¹³³ *Cfr. Ibídem.* p. 159-164.

admitida”, es “postulada” o es una “hipótesis”. La validez de esta regla de reconocimiento última consiste en la aceptación de una práctica compleja y concordante de los funcionarios e individuos obligados por ella; es decir, su validación proviene de una práctica social. Esto no significa en lo absoluto que su validez se sustenta en un hecho social o en una regla todavía superior, sino que es válida porque las obligaciones y los criterios que establece son tenidos por válidos en un contexto de normas jurídicas válidas, y cualquier apreciación fuera de un contexto de normas jurídicas válidas es un punto de vista externo no compatible con la obligatoriedad de un sistema de normas jurídicas.¹³⁴

*La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla última.*¹³⁵

Una regla de reconocimiento también unifica los criterios de los funcionarios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación, con las pautas de conducta de los particulares que adoptan tales reglas como obligatorias. Le llamaremos a esta formulación *regla de reconocimiento unificadora*.¹³⁶

¹³⁴ *Cfr. Ibidem* pp. 134-137. Este punto de vista extiende la intención de justificar la ‘validez’ de la Regla de Reconocimiento Última de Hart, sólo en el sentido de distinguir entre los conceptos de validez y validación. Una validación es la acción de un grupo de personas de tener por válida una regla. El concepto de validación conlleva una indisoluble relación entre Hecho o Práctica Social y una consecuencia normativa que es la Regla.

¹³⁵ *Ibidem* p. 132.

¹³⁶ *Cfr. Ibidem* pp. 127-129.

La regla de reconocimiento tiene que identificar la variedad de fuentes del derecho, y reconocer la facultad que tuvo el legislador para introducir reglas primarias como obligación y la autorización de introducir nuevas reglas al sistema. De modo similar, tiene que reconocer la facultad de los jueces para interpretar y aplicar las reglas generales de obligación, y clasifica los criterios en un orden de subordinación y primacía relativa.¹³⁷ Esta formulación la denominaremos *regla de reconocimiento autoritativa*.

También debe tomarse en cuenta que la regla de reconocimiento establece los criterios generales para la exclusión de normas, es decir, cuáles son los requisitos para que una regla sea tenida por válida y que si no cumple con éstos será entonces tenida por inválida o que no forma parte del sistema. Le llamaremos *regla de reconocimiento negativa* a aquella que establece los criterios excluyentes de reglas en un sistema.¹³⁸

Cuando se pregunta cuál es el contenido semántico de una regla de reconocimiento, puede contestarse que se trata de una regla que se deduce del uso interno de las reglas en un sistema jurídico. Esto quiere decir que dicha regla es *imperfecta* en el sentido que no se expresa a sí misma y que no puede ser analizada sino hasta que sea reconstruida semánticamente. Entonces el análisis de una norma con esta naturaleza conlleva problemas sobre el autor de la reconstrucción. Al final como se trata de un uso interno de las reglas, se puede poner en duda el contenido semántico de esta *regla de reconocimiento imperfecta*, pero no se puede negar su validez.

¹³⁷ Cfr. *Ibídem.* p. 126.

¹³⁸ Cfr. *Ibídem.* p. 129.

Cuando los jueces interpretan una regla no expresan sino que argumentan la validez de su interpretación, como enunciados interno que (1) reconocen tácitamente la satisfacción de los requisitos que la regla de reconocimiento establece, y (2) lo que será considerado como una regla válida en su tribunal. Llamaremos a esta descripción interna de la regla de reconocimiento como *argumentativa*.¹³⁹

A continuación esquematizamos las diferentes formulaciones de la regla de reconocimiento:

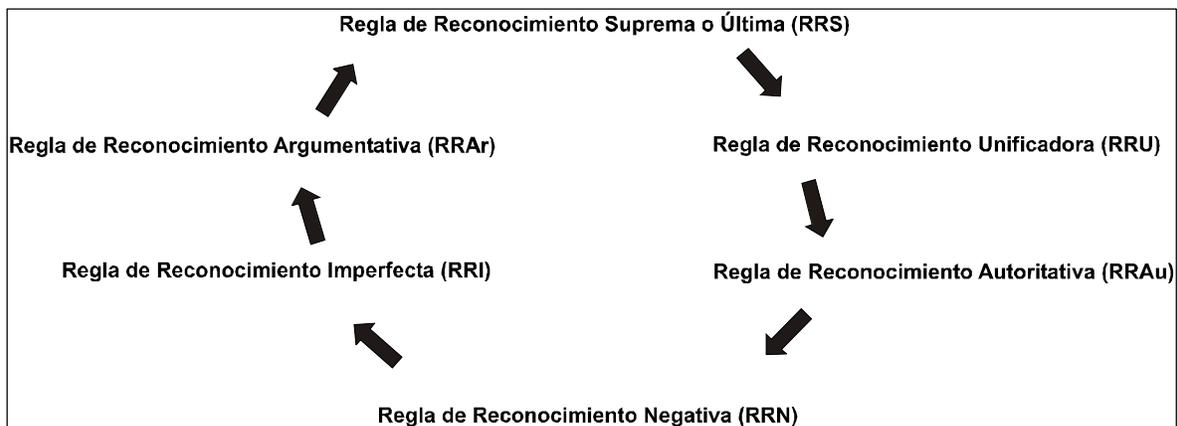


Fig. 1.

Nótese las diferentes facetas de una misma regla, por las funciones que cumple, y no diferentes reglas de reconocimiento. Creemos que la exposición teórica sobre los fundamentos de validez del derecho de Hart, sigue una línea crítica que lo lleva a justificar su **RRS** a través de una **RRU** y así sucesivamente hasta una **RRAr**, y ésta justifica la interpretación judicial del tipo (1) como el reconocimiento de una **RRS**, es decir, la regla de reconocimiento es un argumento tautológico.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 131.

3.1. Reglas jurídicas como cláusulas.

La regla de reconocimiento como argumento sobre la validez del derecho es una inferencia imperfecta y frágil, sostenida a partir de las decisiones particulares, sobre la relación entre reglas primarias y reglas secundarias, donde el grado de certeza que éstas proporcionan, por tanto, fluctúa en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.¹⁴⁰

Es evidente que existe una multiplicidad de relaciones posibles entre reglas primarias y secundarias, pero es menos evidente que si bien pueden operar de manera aislada no sucede así cuando el derecho cumple con sus diversas funciones sociales, como es el cobro de un cheque, un contrato privado, la ejecución de una sanción que impone el resarcimiento de un daño, el ejercicio de la libertad de expresión, etc. Ahí el derecho necesariamente tiene que operar no como reglas, sino como una normatividad algo más compleja, que no implica sólo la aparente combinación ilimitada de reglas primarias y reglas secundarias.

La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo y a medida que nos alejamos del centro tenemos que ubicar[...] elementos de carácter diferente.¹⁴¹

En otros términos, para Hart el derecho es la suma de reglas primarias, reglas secundarias y la aceptación de las mismas. Esto está bien para una descripción teórica, pero en una cuestión cotidiana, el reconocimiento no es un ejercicio que se lleve a cabo

¹⁴⁰ Cfr. *Ibídem.* p. 121.

¹⁴¹ *Ibídem.* p. 123.

con *pleno* conocimiento de las reglas, sino de una *parte* a veces mínima de ellas. De modo que no se puede conocer ni siquiera la relación entre una regla primaria y una regla secundaria que guía la conducta del usuario, pero esto de hecho ocurre. ¿Por qué?

Si analizamos, desde el punto de vista interno, la conducta de los usuarios del derecho, podremos ver que tienen una versión incompleta de las reglas. De hecho pueden reconocer las reglas, pero es más frecuente que sólo conozcan parte de ellas. Esto es, el usuario de las reglas sabe que debe hacer esto, pero puede no saber cómo ni porque o dónde... Es decir, no sabe que modalidades afectan lo debido. Esta perspectiva de ver a las reglas, desde el punto de vista interno, como fragmentos de reglas, o de relaciones entre reglas primarias y secundarias es a lo que denominamos *reglas como cláusulas*.¹⁴²

Uno de los famosos ejemplos de Hart es el de la *prohibición de entrar con vehículos al parque*. Desde nuestro planteamiento, cuando la regla es interpretada supone que los usuarios la ven *integrada* como una unidad. Sin embargo, esto representa una trampa semántica que permite a Hart simplificar su teoría. La norma no está completa, es tan sólo una fracción de ella.

Cuando se expresa una unidad de significado que refiere a otra, como es el caso de las reglas jurídicas a las normas jurídicas, ésta se compone de diversos elementos. La semántica descompone estas unidades de significado en cláusulas de dos tipos:

¹⁴² En la siguiente descripción **no debe olvidarse la importante distinción que hemos hecho entre reglas y normas jurídicas**. *Vid. Supra*, pp. 82 y *ss*

cláusula matriz y cláusulas subordinadas.¹⁴³ A continuación se describe de qué modo la supuesta regla *Prohibido entrar al parque con vehículos* expresa al menos dos elementos en su estructura.

3.1.1. Cláusula matriz.

Una cláusula matriz es simplemente un enunciado, con unidad conceptual, que hace referencia a otras unidades conceptuales. Recordemos que para Kelsen, la norma jurídica es una estructura de explicitación conceptual y eso es exactamente una cláusula. El derecho como sistema, como se verá a continuación, es un tipo de cláusula matriz total.



Fig. 2.

La cláusula *deseo tomar café* es subordinada a la cláusula matriz *creo que deseo tomar café*, la cual es supra-ordinada o superior a la cláusula subordinada. Los términos *superior* y *subordinado* son relativos, porque se refieren a la relación de jerarquía de las cláusulas. En un ejemplo más complejo:

¹⁴³ *Vid.* <http://www.ucl.ac.uk/internet-grammar/clauses/xclau1.htm>



Fig. 3.

Por otro lado, Hart describe a la regla de su ejemplo así:

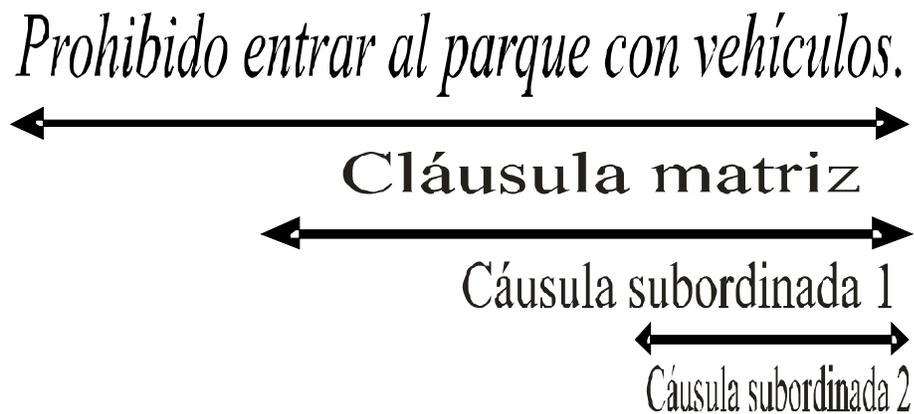


Fig. 4.

De este modo puede desarrollar el punto de conflicto en una cláusula subordinada de la regla, esto es *con vehículos*. Hart da por hecho que el ejercicio de interpretación recae sobre la *parte* de una regla integrada como unidad en una cláusula matriz. Sin embargo, la interpretación amplía el espectro de la regla de manera indefinida, para después volver a integrar la norma con un criterio de aplicación más exacto: *Prohibido entrar al parque con vehículos*, es claro que los autos, los camiones, las motocicletas... son vehículos; no es claro si bicicleta, patines, patinetas... son

vehículos; es claro que la prohibición se refiere a vehículos que consumen gasolina y ponen en riesgo al paseante; es claro que las bicicletas no consumen combustible y no ponen en riesgo al paseante; por lo tanto, la prohibición no se aplica a las bicicletas; *Prohibido entrar al parque con vehículos que no sean bicicletas*. Todas estas implicaciones son extensiones semánticas que agregan cláusulas subordinadas para clarificar la vaguedad de la cláusula matriz: “*Prohibido entrar al parque con vehículos*”.

La trampa consiste en que este tipo de interpretación no puede llevarse a cabo de manera aislada, porque se trata de una regla sin unidad de significado, *i.e.* una regla pertenece a un sistema de reglas. Como el derecho, desde un punto de vista hartiano, es la unión de reglas primarias y secundarias, no podemos interpretar una regla sin tener, al menos una buena noción de todas las reglas en conjunto.

3.1.2. Cláusulas subordinadas.

Autores como Ronald Dworkin han llevado hasta las últimas consecuencias una descripción del derecho como una *historia en cadena*, donde se agregan nuevas cláusulas al sistema o el derecho como integración.¹⁴⁴ Esta postura sólo expande las posibilidades semánticas de las reglas para que éstas puedan ser determinadas, a través de una reconstrucción pragmática, o de extensión semántica.

No obstante la objeción que presentamos, creemos que es muy útil describir a las normas jurídicas como unidades de significado, aunque con un pequeño giro, lo que denominamos *el sentido específico de la norma*. Si bien la interpretación de una norma jurídica debe tomar en conjunto la integridad del orden jurídico, cada norma tiene un

¹⁴⁴ *Vid. Op. Cit.* Dworkin, Ronald, II, pp. 166-172.

sentido específico que se deriva, por decirlo de un modo, de la identificación de las cláusulas subordinadas que describen la obligación. Desarrollaremos esto más afondo en los últimos dos capítulos.

3.2. Funciones de la Regla de Reconocimiento.

Se han descrito a lo largo de este capítulo las funciones que cumple la regla de reconocimiento, y pudo observarse como ésta es similar a la Norma Fundante Básica. Sin embargo, el peso teórico que tiene la regla de reconocimiento es menor, debido a que su función está limitada a probar menos aspectos de la validez. Hemos elaborado una síntesis de las formulaciones que, a nuestro parecer, son relevantes en la teoría de Hart respecto de la validez del derecho:

- 1) Como fundamento último de validez de las normas jurídicas positivas. Se debe entender la validez como el criterio de pertenencia de las normas a un orden, en la expresión de los usuarios del derecho.
- 2) Como fuente común de la unidad de todas las normas configuradoras de un orden comprendido dinámicamente.
- 3) Como el fundamento final de obligatoriedad. Como la regla de donde se desprende la interpretación de validez de todas las obligaciones.¹⁴⁵
- 5) Como argumento tautológico que deriva la justificación epistemológica a las prácticas.

¹⁴⁵ *Vid.* Eugenio Bulygin, “Regla de Reconocimiento: ¿Norma de Obligación o Criterio Conceptual? Réplica a Ruiz Manero” en *Doxa* 9 (1991) pp. 312-315.

En el siguiente capítulo desarrollaremos la función que cumple la Regla de Reconocimiento y la Norma Fundante, desde un punto de vista fundacionalista, y se explicará porque se les considera la base de epistémica de argumentos de justificación inferenciales de validez.

Capítulo III. Ciencia Jurídica y reconstrucción del derecho desde las teorías de Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

1. Ciencia del derecho.

A modo de resumen de los capítulos anteriores y de introducción del presente, sopesaremos en que coinciden y en qué difieren, a grandes rasgos, las teorías positivistas de Kelsen y Hart. En principio, Kelsen sentó las bases de una teoría de normas abstractas, que puede ser entendida como el culmen de una corriente cuya principal tarea consistió en una abstracción eliminacionista de las prácticas y que, a su vez, sentó las bases del conocimiento *científico* del derecho.

La razón de esto es que muchas de estas prácticas sólo tenían sustento en la reiteración antiquísima de lo que se creía eran prácticas de derecho romano, lo cual no permitía sustentar la obligatoriedad o normatividad del derecho en bases epistémicas sólidas. Esto lo sabía muy bien Kelsen y lo llevó a convertir su teoría del derecho en una *teoría pura*, libre de la influencia de las prácticas jurídicas y políticas, principalmente. Se avocó al estudio de las estructuras normativas que son consideradas como jurídicas, independientemente de sus contenidos.

En segundo lugar, estableció un sistema de ordenación de las normas que permitiera facilitar un tipo de argumentación objetiva, toda vez que no pudiera ser refutable la existencia específica, o validez, de una norma, independientemente de su interpretación. Esto trajo como consecuencia una reacción de reproche por parte de teóricos como Hart, que piensan que una teoría que busque restar importancia al tipo de razonamiento práctico implícito en la operatividad de las normas, resta también

importancia a la justicia. Con ello, resurgió el interés por las prácticas jurídicas y la argumentación en el derecho.

Por último, Kelsen estableció, debido a la influencia del positivismo lógico (principalmente del círculo de Viena), una teoría del derecho positivo coactivo, es decir, la positividad de las norma como la implementación y eficacia fáctica de una norma, que lo distingue de otros ordenes normativos por el monopolio del uso de la fuerza. Estableció en su teoría que la validez objetiva se refiere a la pertenencia de una norma a un orden jurídico positivo, donde el prerequisite de la positividad responde a la eficacia general de un orden jurídico y que la pertenencia de las normas positivas al orden jurídico que las *indexa* como normas coactivas.

De este modo, la validez sólo responde a la pregunta por la obligación o el deber ser; esto es, qué obliga a un hombre a comportarse del modo establecido por un orden jurídico, dando por sentado que éste goza de un mínimo de eficacia general. La distinción que hace Kelsen entre estas dos cuestiones, es que la pregunta por la eficacia es de orden político, mientras que la pregunta por la validez es de orden epistemológico, y consolida de este modo un método de abstracción eliminacionista o positivismo excluyente. Hart difiere en esta perspectiva, pues él considera que ambas cuestiones recaen sobre las prácticas del derecho como hechos sociales verificables, desde un punto de vista interno, donde la aceptación es un requisito necesario de la validez.

Sin embargo, si se toma en serio la pregunta por la validez del derecho, no se puede contestar en términos generales que el reconocimiento de las reglas por parte de la autoridad, o cualquier hecho social, sean la fuente de validez del orden jurídico, pues con ello sólo se reconoce que las reglas se cumplen fácticamente, pero no por qué

valen o por qué obligan a la conducta humana. De ahí se derivan algunos de los principales problemas de las teorías jurídicas contemporáneas, sobre todo cuando intentan sostener la validez del derecho en un hecho social.

Al respecto, queremos mostrar una perspectiva donde las normas jurídicas no son *objetivas* sino *objetivables* y que, por tanto, no es viable una postura que establezca que se puede llegar a una solución jurídica sólo por medio de la deducción. En buena medida, dentro de un orden jurídico podemos encontrar un gran número de normas que establecen qué debe considerarse un procedimiento *correcto* o satisfactorio y, por oposición, uno que no lo es. La práctica reiterativa y la interpretación de esas normas procedimentales, pueden dar origen a *normas jurídicas* como estándares, aunque éstas a veces no puedan sustentarse directamente en la legislación.

Las prácticas jurídicas están sometidas a un *principio de autoridad*, donde al juristas le son impuestas, por una parte, las normas jurídicas y, por otra, algunos resultados *adecuados* a los que ha de llegar sobre la base de estas normas. En otros términos, que hay *buenas razones* para *adecuar* las prácticas interpretativas en un sentido y no en otro. Estas *adecuaciones* son conocidas como *standards*.

Este modelo tiene sus antecedentes en John Austin, cuando construye un modelo de ciencia jurídica que se divide en dos partes. La primera es la ciencia de la legislación, que se ocupa de *cómo debe ser el derecho*, de la legislación como disciplina normativa y trata de encontrar las bases para la regulación de la conducta social. En segundo lugar la jurisprudencia, que *estudia al derecho positivo tal cual es*, como jurisprudencia particular –normas de algún tipo- y como jurisprudencia general, que expone los principios, conceptos y distinciones comunes a cualquier sistema

jurídico. Para él los filósofos se ocupan de la primera y los juristas de la segunda.¹⁴⁶ Kelsen se convence de que la separación de (1) y (2) es condición necesaria para la existencia de una ciencia rigurosa y objetiva.¹⁴⁷ Para Hart, no está claro que (1) y (2) son independientes, pero sí está claro que pondera el elemento de la *justicia* y la introducción de este elemento le lleva a ponderar las relaciones de (1) y (2).¹⁴⁸

Elías Díaz comenta respecto al método científico del derecho que:

[...] El Derecho se conforma, sí, con el cumplimiento externo del mandato, pero exige absolutamente ese cumplimiento; puede exigirlo incluso por la fuerza [...] exige, como *deber ser*, que la fuerza venga utilizada para la consecución de fines justos y legítimos, orientados al interés general; exige, a su vez, que el individuo no se encuentre perdido ante esa fuerza, sino que posea suficientes garantías de defensa, seguridad y libertad; exige que la sociedad y los hombres de esa sociedad controlen esta terrible fuerza que *es* el Derecho, participando en la creación del ordenamiento jurídico y en la correcta aplicación de sus normas.¹⁴⁹

Desde la perspectiva de Elías Díaz el derecho conjunta ser, deber ser y valores. El derecho 'es tal' y 'debe ser tal' y 'tiene tales o cuales fines'. Es evidente que adopta

¹⁴⁶ Cfr: Austin, John, "Primera lección de <<la delimitación del ámbito de la teoría del derecho>>", en Moreso, José Juan, y Casanova, Pompeu, *El ámbito de lo jurídico*, editorial crítica, Barcelona, 2000. p.p. 178-184.

¹⁴⁷ Cfr: Garzón Valdez, Ernesto *El derecho y la justicia*, editorial trota, Madrid, 1996. p. 19-21.

¹⁴⁸ Cfr: Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. IX-XIII.

¹⁴⁹ Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, segunda edición, editorial Taurus, Barcelona, 1980. p. 25.

la postura de Miguel Reale de la tridimensionalidad del derecho,¹⁵⁰ que establece la esfera normativa donde trabaja estrictamente el científico del derecho, pues lo que pretende lograr es la comprensión de fondo y el análisis riguroso de las estructuras del derecho. Sin embargo, si concedemos a Reale, por principio de caridad, ciertos puntos de contacto en estos tres niveles, surgen inmediatamente dos objeciones ante una perspectiva ecléctica como la suya: aún si pudiésemos determinar el interés general, ¿cómo podríamos expresarlo sin vaguedad? y ¿cómo sabemos que la aplicación es *de buena fé*?

1.1. La perspectiva científica.

Hay algunos aspectos análogos sobre racionalidad y argumentación entre las ciencias naturales y el derecho que descuellan. Por un lado, podemos observar como en las prácticas de interpretación, en la formación y la dinámica de las normas y reglas, del tipo que asociamos con *racionalidad*, no pueden modelarse *como si* fuesen el resultado de un proceso de representaciones internas ni de un proceso hipotético-deductivo, sino a partir de representaciones que apuntan a una manera de entender el carácter social de la cognición. Es decir, la racionalidad del derecho no es una deducción del intérprete, sino una manifestación cognitiva de las exigencias sociales que nos sugiere maneras en las que las normas epistémicas de las prácticas jurídicas no pueden reducirse a razones internas, de modo tal que las razones que importan muchas veces tienen fuerza normativa a partir de representaciones en complejas estructuras sociales no sólo jurídicas.

¹⁵⁰ Vid. Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1997. p. 160.

De ahí que la postura kelseniana nos pueda dar una perspectiva crítica, pero no satisfactoria, del derecho como derecho positivo, y que la perspectiva hartiana tenga tanto peso en torno al tema de la fundamentación jurídica del derecho.

Haremos ahora algunas consideraciones acerca de las normas jurídicas y la normatividad epistémica en la ciencia, sin perder de vista nuestro objetivo inicial, el fundamento de validez de las normas jurídicas. Esto nos permitirá desarrollar un estudio de las normas que permita 1) sustentar una noción de *racionalidad* que dé respuesta al relativismo radical o escepticismo, y 2) analizar¹⁵¹ las prácticas jurídicas que permiten sustentar una noción de racionalidad que dé respuesta a la indeterminación jurídica en el derecho. Por decirlo con otras palabras, cómo al científico y al jurista le están dados simultánea e independientemente, por una parte, sus axiomas y, por otra, sus teoremas, y que ambos tienen que buscar la sintaxis y la semántica que les permita inferir los segundos de los primeros.

1.1.1. Los fundamentos de las disciplinas científicas.

*Las preguntas que hacemos y nuestras dudas, descansan sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de duda, son –por decirlo de algún modo– los ejes sobre los que giran aquellas.*¹⁵²

¹⁵¹ Utilizamos el término de *análisis* como una filosofía informada por el conocimiento, el conocimiento de los avances de la lógica y de las filosofías anteriores. *Vid.* Putnam, Hilary, *50 años de filosofía vistos desde adentro*, editorial Paidós, Barcelona, 2001. p. 52.

¹⁵² Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, editorial gedisa, Barcelona, 2003. p. 44c, 341.

Cuando se propuso por primera vez establecer laboratorios en la Universidad de Cambridge, en la segunda mitad del siglo XIX, muchos *científicos* se opusieron, entre ellos el matemático Todhunter, objetando que era innecesario que los alumnos tuvieran acceso a los experimentos que ahí se realizaban. Sus maestros podían simplemente atestiguar de ellos, pues todos ellos, decía, eran hombres de la más alta calidad moral e incluso clérigos de la iglesia de Inglaterra.

Los hechos no son meras observaciones de los fenómenos, son también la singular percepción que tenemos de ellos, así como la interpretación que les damos. Todas las proposiciones de las ciencias expresan hechos y existe la oportunidad de verificar esos hechos ocasionalmente. De modo que no es suficiente un *argumento de autoridad* para sostener una ciencia y mucho menos las proposiciones que deriven de esa *ciencia*. Sean los argumentos de Kelsen, Hart u otro, para ser ciencia todas las proposiciones tienen que expresar hechos concretos, y al menos algunos de estos deben ser verificados.

Por supuesto, es imposible que todos nosotros verifiquemos cada uno de los conocimientos que adquirimos, de ahí la utilidad del *argumento de autoridad*. Sin embargo, existe la posibilidad de verificar dicho conocimiento, por medio de las prácticas jurídicas, y constantemente es comprobada la necesidad de hacerlo, aunque sea sólo por algunos de nosotros. Pero al fin del día, todo conocimiento científico tiene que expresar hechos susceptibles de verificación.

En el caso de la ciencia del derecho, esta toma un giro inesperado. La ciencia jurídica asocia los fundamentos de su estudio con los fundamentos del derecho. Esto ha sido una desafortunada confusión que lleva a la creación de pseudo-problemas o problemas que residen en *hechos*, por lo menos pensables. Lo que queremos destacar

es que la tradición del positivismo jurídico, tiene que dar cuenta de la estructura epistemológica que tienen las prácticas de interpretación en la fundamentación de validez del derecho.

1.1.2. La ciencia jurídica sin fundamentos.

Hasta el día de hoy, todos los intentos por establecer los fundamentos de la ciencia del derecho han resultado fallidos, por ende, la fundamentación de la validez del derecho no ha corrido con una suerte diferente. ¿Esto querrá decir que el derecho no tiene fundamentos? El derecho es, por supuesto, susceptible de ser estudiado y por ende *conocido*, pero sólo de manera restrictiva, escapándosele siempre la síntesis categorial fenoménica, como le denomina Kant. La imposibilidad de diseñar y, sobre todo, agotar las posibilidades fácticas de la conducta humana, como causa de sí misma, es a lo que generalmente denominamos *límites de validez*. Sólo si consideramos que la validez es una consecuencia de los hechos, será posible establecer las bases de una técnica del conocimiento confiable del derecho, porque de intentar sustentar el conocimiento del derecho en un concepto de validez como producto de una norma o una regla, nos hallaremos siempre ante la necesidad de reconocer que la ciencia jurídica estudia meras ficciones.

Cualquier forma de obligación que afecte la libertad humana sólo puede ser introducida por normas, pero las normas en sí no pueden tener un fundamento normativo. Si creyéramos que las ciencias, como la física o la matemática, son diferentes en este aspecto nos equivocariamos. Cuando buscamos el fundamento filosófico del conocimiento, no estamos simplemente tratando de encontrar una

explicación de las prácticas científicas o del conocimiento que es producto de ellas, sino que también estamos tratando de *justificar* las exigencias del conocimiento científico.

Teorías sobre la relatividad del tiempo o la cuántica de la materia, son los mejores ejemplos de ello. El conocimiento sobre el espacio y el tiempo de Newton son, hasta cierto punto indiscutibles, digamos en *escala humana*. Una hora, un día, un año, son medidas comprensibles y verificables. Su demostrabilidad es el peso de su *validez*, lo cual muestra *prima facie* que hay un orden en el universo y que este se rige por leyes universales. Sin embargo, Einstein da en el calvo al aseverar que no es sorprendente que *un segundo convencionalmente humano* sea preciso en torno a *un instrumento convencional sobre el tiempo*, pero que si, digamos, lo pusiéramos a prueba en una medida de miles de millones de años, podríamos observar claramente su particular inexactitud aún en términos de su propia convencionalidad.¹⁵³

De modo que podemos asegurar que los fundamentos de las ciencias *duras* no son más válidos que los de las ciencias sociales como el derecho. Se puede decir que ninguna ciencia tiene fundamentos en un sentido *newtoniano*. Sin embargo, si estamos de acuerdo con Wittgenstein, las ciencias no buscan la *verdad* como los fundamentos del conocimiento, sino que los fundamentos construyen las verdades sobre las cuales están sostenidos nuestros conocimientos, y eso es de lo único que podemos tener *certidumbre*.¹⁵⁴

Buena parte del siglo XX se distingue por el desarrollo de la lógica formal, donde ésta sirve en las más diversas teorías como eje de fundamentación y piedra de toque

¹⁵³ Cfr: Einstein/Infeld, *La física, aventura del pensamiento*, editorial losada, Buenos Aires, 2002. p. 183-198.

¹⁵⁴ Cfr: Wittgenstein, Ludwig, *Op. Cit.*, SC, proposición 29 y *ss*.

de diversas ciencias. Tenemos, como ejemplo, que el *logicismo* fundado por Frege, Whitehead y Russell, intentan reducir la matemática a la lógica formal, no sólo en tanto a que las formas de inferencias matemáticas tienen que ser válidas desde el punto de vista lógico, sino, además, define conceptos fundamentales de la matemática mediante conceptos puramente lógicos, y prueba las proposiciones fundamentales de la matemática a partir de principios lógicos.

Algunas de las teorías del positivismo jurídico, como la de Norberto Bobbio y Ulrich Klug, han seguido este camino y se han hallado ante la misma problemática de disciplinas científicas como la matemática, esto es: si la matemática es idéntica a la parte exacta de nuestro pensamiento, y toda ciencia contiene tanta matemática según la cantidad de afirmaciones exactas que formule, ninguna ciencia, como la lógica, puede servir de presupuesto a la matemática. Bobbio y Klug tuvieron que reconocer que el derecho está lejos de contener afirmaciones exactas. En otras palabras, las normas jurídicas y su interpretación involucran algo más que lógica y, a diferencia de las normas científicas, no se caracterizan sólo por actividades propiamente cognitivas y mucho menos exactas.

Ya más avanzado el siglo, hasta los albores del siglo XXI, se ha puesto en duda esta concepción de la exactitud u objetividad en las teorías jurídicas, ya no entendidas como producto de una racionalidad exacta, sino como consecuencia de prácticas y preferencias, puesto que las normas que guían la actividad jurídica no se establecen necesariamente por medio de procedimientos exactos y lógicos, sino a través de

*procesos heurísticos*¹⁵⁵ y, como ya se mencionó, prácticas sujetas a un *principio de autoridad* de una comunidad epistémica, en este caso de la comunidad jurídica.

En la filosofía contemporánea del derecho, se hace cada vez más énfasis en la importancia de tomar en cuenta la heterogeneidad y la estructura de prácticas científicas para entender la estructura conceptual y la dinámica de la ciencia.¹⁵⁶ El desarrollar relaciones relevantes entre problemas en las prácticas interpretativas del derecho, en los diferentes tipos de planteamientos, pueden ayudarnos a desarrollar tanto una fundamentación *crítica* de la ciencia jurídica, como un argumento sobre la validez del derecho, aun cuando sean dos cuestiones diferentes.

Sobre este último aspecto de nuestra investigación, creemos que el estudio de las prácticas científicas y de las prácticas interpretativas en el derecho, recaen sobre el tema de la *racionalidad práctica*. El resultado de nuestra investigación propone un modelo que explica el *razonamiento* asociado con el tipo de estructuras normativas propias de las prácticas interpretativas de las normas que, de modo particular, se derivan de prácticas reiterativas y no reiterativas de interpretación de normas jurídicas a situaciones concretas.

¹⁵⁵ Los procedimientos heurísticos, son estructuras con cargas normativas que no pueden ser caracterizadas como generalizaciones o reglas. Estas se articulan y adquieren su fuerza normativa, en la medida que articulan prácticas de muy diversos tipos que promueven valores, con dimensiones epistémicas y no epistémicas. Las estructuras heurísticas son el punto de apoyo en la ponderación de valores (de su peso relativo) que permite que las prácticas se modifiquen racionalmente. *Cfr.* Martínez, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas*, editorial IIF-UNAM, México D.F., 2003. pp. 21-24.

¹⁵⁶ Es el caso de la teoría Dworkiniana del *derecho como integridad*, *Vid.* Dworkin, Ronald, *Op. Cit.* II, pp. 164-197.

El estudio de la normatividad que aquí se sugiere, está orientado hacia 1) los procesos heurísticos de las prácticas de interpretación jurídica, con especial énfasis en el tema de la *razón práctica*, es decir, una normatividad que regula esquemas complejos de solución de problemas¹⁵⁷ y que, consecuentemente, pasan a formar parte de su propio sistema de conocimiento, y 2) la representación y la formación de conceptos, que introducen formas de entender la normatividad como un proceso social complejo.

1.2. Teorías fundacionalistas *vis-à-vis* teorías coherentistas.

El fundacionalismo o fundamentalismo, como le denomina Jonathan Dancy, divide nuestras creencias en dos tipos, aquellas que necesitan del apoyo de otras y las que pueden apoyar a otras sin necesidad de recurrir a otro tipo de fundamentación. Éstas últimas constituyen los fundamentos epistemológicos de una teoría, mientras que las primeras forman parte de la estructura de la misma. Los fundamentos epistemológicos son creencias básicas relativas a nuestra experiencia inmediata. Las teorías fundacionalistas son la expresión del empirismo, al punto de vista de que todo nuestro conocimiento deriva de la experiencia, apelando a una justificación con base en los hechos.¹⁵⁸

Una de las principales objeciones que se oponen a las teorías fundacionalistas, es decir sobre una justificación en creencias básicas sobre la que se sostiene una

¹⁵⁷ Toda resolución de problemas complejos, es decir donde tiene hay necesidad de indicar la naturaleza del problema y su probable o probables soluciones, requiere de la intervención de seres humanos y sus criterios.

¹⁵⁸ *Cfr.* Dancy, Jonathan, *introducción a la epistemología contemporánea*, editorial tecnos, segunda edición, Madrid, 2007. p.p. 71-73.

estructura de creencias como puede ser una norma o una regla básicas, descansa en el argumento del regreso de justificaciones,

El argumento del regreso de justificaciones supone que, tanto como las creencias justificadas inferencialmente, deben existir algunas creencias que se justifiquen no inferencialmente. Su intuición fundamental queda clara si suponemos que la inferencia es básicamente asunto de pasar de premisas a conclusión siguiendo una ruta aceptable. Si las premisas carecen de justificación, no habrá justificación alguna para la conclusión – al menos, no por esa inferencia-. Podemos suponer, entonces, que sólo las creencias justificadas pueden justificar las otras. Ésta es la idea que genera la regresión.¹⁵⁹

Esto es, supongamos que toda justificación es inferencial, y que cuando se justifica tanto la Regla de Reconocimiento de Hart como la Norma Fundante Básica de Kelsen, digamos (A), apelando a las normas o reglas (B) y (C), que son parte de una estructura normativa, todavía no hemos mostrado que (A) está justificada, sólo hemos mostrado que (A) está justificada si lo están (B) y (C). La justificación por inferencia es sólo condicional, de modo que no hay nada de lo que pueda decirse que está justificado realmente, al menos no de un modo condicional. **No hay fundamentos en sentido inferencial**, por lo que dichos fundamentos del tipo (A) deben ser considerados como no inferenciales. Si es el caso que la justificación del tipo (A) es no inferencial, ésta debe ser infalible, es decir, justificar a otras creencias tanto como a sí misma y por tanto

¹⁵⁹ *Ibidem.* p. 73.

no requerir de una justificación adicional. También debe ser evidente, ya que no debe requerir de confirmación respecto a su justificación.¹⁶⁰

Desde otra postura, las teorías coherentistas consideran que la consistencia es una condición necesaria para la coherencia y que, adicionalmente, un conjunto coherente de creencias debe ser completo o comprensivo en algún sentido, dado que uno solo de sus elementos entraña a todos los demás. Se refiere a un conjunto de creencias dinámico, lo que convierte a un sistema de creencias en algo mutuamente explicativo, es decir que cada creencia es explicitada por el resto y no de manera aislada. Entonces, la coherencia es una propiedad de un sistema de creencias y no de las creencias individuales.¹⁶¹

Si llevamos esta postura epistémica a la teoría del derecho, podemos observar una clara diferencia con respecto al fundacionalismo, toda vez que las justificaciones de tipo (A) son parte del sistema coherente, no su base o fundamento. Se trata de teorías sobre un sistema de normas dinámicas que cambia, que tiene mecanismos de movimiento y reforma, que son mejor explicados por medio de todos sus elementos antes que cada uno de ellos aislados. Cada elemento adicional, en este caso normativo, que se agrega a un sistema no puede contradecir al conjunto de normas que conforman el sistema. El claro resultado de esto es que una norma puede ser redundante, pero no puede ser contradictoria con el resto del sistema de normas. El sistema determina el significado de (A) dado que (A) solo puede ser un criterio de coherencia entre (B) y (C), como proposiciones válidas del sistema en tanto sean

¹⁶⁰ *Cfr. Ibídem.* p.p. 74-82.

¹⁶¹ *Cfr. Ibídem.* p.p. 132-149.

coherentes con el conjunto. Las normas son válidas en la medida que hay un conjunto coherente del que son miembros, en el caso que nos ocupa, del conjunto de elementos que conforman a un sistema jurídico.

Ahora bien, esta postura está más cerca de la teoría de Hart que la de Kelsen, toda vez que la Regla de Reconocimiento sería un criterio según el cual una regla es parte del sistema en tanto sea coherente con el conjunto de reglas del que es parte, mientras que la Norma Fundamental de Kelsen no es siquiera parte del sistema, toda vez que no es norma positiva, sino un presupuesto descriptivo y lógico del sistema de normas positivas. Entonces, para Hart, pueden incluirse en el catálogo de reglas todas aquellas que pasen un *test*¹⁶² sobre su pertenencia al conjunto que conforma al sistema, pero el problema con esta postura es que sólo pueden excluirse del sistema aquellas normas que no pasen el *test*, con la inevitable consecuencia de incluir aquellas reglas que pertenezcan a otros conjuntos de creencias, como puede ser la moral, siempre que sean coherentes con el conjunto de creencias que se evalúe según dicho criterio de reconocimiento.

Este criterio nos da cuenta del reconocimiento de una determinada regla, en tanto que el conjunto de creencias al que pertenece es coherente y su inclusión aumenta la coherencia del conjunto. Por ende, la validez es un asunto de grado y no de justificación interna. Es decir, el conjunto de reglas es provisional, por lo que está sujeto a una revisión constante del ajuste entre la correspondencia y coherencia de las reglas dentro de un sistema, y de los hechos o estados de cosas a los que hace referencia.

¹⁶² *Infra* p.p. 209 y *ss*

De modo que mientras que desde una perspectiva fundacionalista se tiene que encontrar una forma ulterior de justificación de un sistema para sus principios de inferencia, desde una óptica coherentista los principios de inferencia son necesarios sólo para poder mantener unido al sistema, pero puede apelar al incremento de la coherencia que resulta de la adopción de una regla o un principio adicional. Por tanto, la validez de una regla descansa en que ésta incrementa la coherencia del conjunto de reglas del que es miembro, mientras que la validez del sistema descansa en su propia coherencia interna.

Lo anterior tiene la consecuencia de incluir dentro de un sistema de jurídico reglas y normas que pueden no ser jurídicas, como las de la moral, en tanto no entren en contradicción con el sistema e incrementen la coherencia interna del sistema. Esta puede ser considerada una objeción sólo si se cree, desde un punto de vista fundacionalista, que debe haber un criterio sobre la naturaleza de las normas específicamente jurídicas, lo que no es el caso desde una perspectiva coherentista.

2. Análisis de las Reglas y Normas Jurídicas y sus categorías.

Como se dijo en el primer capítulo¹⁶³ y el capítulo anterior,¹⁶⁴ el concepto de *regla jurídica* de Hart es idéntico al concepto de *enunciado jurídico* de Kelsen. Un enunciado jurídico es lo que se dice sobre una norma u orden de normas jurídicas, es decir su significado y su sentido. Las reglas o enunciados jurídicos no son normas, sino descripciones de normas jurídicas positivas; es decir, una evaluación conceptual que

¹⁶³ *Supra* p.p. 31 y *ss*

¹⁶⁴ *Supra* p.p. 78 y *ss*

toma de manera clara y precisa su significado y sentido, dejando de lado la indeterminación de la misma.

Estas descripciones son formuladas con base en *términos internos rígidos*, establecidos por un orden normativo coherente. Son *rígidos* en la medida en que entrañan un gran peso conceptual sobre el cual descansa dicha coherencia interna del sistema. Sin embargo, en la medida que interactúan con la realidad, abren paso a la necesidad de introducir en el sistema *standards* que, aunque coherentes, no depende de ellos la coherencia interna del sistema. Los *standards* son proposiciones normativas no prescriptivas previstas en un orden jurídico, que introducen una vaguedad “sana” en el sistema, ya que introducen la interpretación auténtica, por *alguien* autorizado por una norma jurídica, para producir los efectos establecidos por la misma u otra norma jurídica.¹⁶⁵ La diferencia que aquí nos interesa es que los enunciados jurídicos son expresiones subjetivas sobre el derecho, mientras que las normas jurídicas constituyen expresiones objetivas del derecho.

Un modelo de *racionalidad* que sustenta en el análisis subjetivo de las estructuras normativas, o de su validez, en una categorización y priorización de los elementos de un sistema de normas, es la base para articular un modelo fundacionalista de interpretación jurídica. Se trata de un modelo que organiza los elementos de análisis en dos categorías, a saber en 1) *procesos reiterativos simples*, como un conjunto de reglas que proyectan estructuras sintácticas sobre estructuras semánticas para el análisis, del cual depende la aplicación de un número limitado de normas o reglas a un número casi ilimitado de situaciones posibles, y 2) *procesos no-*

¹⁶⁵ *Cit.*: Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, pp. 349-358. Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 128-137.

reiterativos complejos, como un conjunto de reglas que proyectan estructuras semánticas sobre estructuras sintácticas para la generación de nuevas reglas, del cual va a depender la determinación en la aplicación de las normas.

Creemos que este modelo debe postular, como parte de su explicación, predicciones del modelo propuesto, ya que las predicciones del modelo en la práctica son la base de una demostración teórica. No obstante que los modelos teóricos del derecho no pueden ser observados directamente en la práctica, pueden ser demostrados o afirmada su existencia a través de a) sus efectos, que en la práctica sí son susceptibles de demostración empírica, ya que los resultados factuales son tal como los predecía la teoría, o b) porque en el ámbito de lo observable han sido demostrados fenómenos idénticos o análogos a lo predicho.

El segundo caso (b) sucede sólo en tanto que los fenómenos comparten características similares y comunes con lo demostrado, y las convierte en demostraciones dependientes de lo existente. Pero si aquello que se dice tiene relación con lo demostrable y no tiene efectos observables, es decir el primer caso (a), pese a que se suponga una relación ficticia con el fenómeno demostrado, al final no se agrega al modelo como predicción.

Lo anterior es un argumento que excluye la existencia de la Norma Fundante Básica de Kelsen y nos inclina a la teoría de la Regla de Reconocimiento de Hart, porque puede ser demostrada factualmente –en cualquier hecho social-, y es susceptible de comprobación causal, mientras que la Norma Fundante no guarda relación con la realidad –relación con modelos políticos, económicos o sociológicos-, y por tanto no es susceptible de comprobación factual. Por ejemplo, un hecho donde una persona con toga y birrete dicta sentencia, no puede ser interpretado necesariamente

como un juicio, ni siquiera si realmente es un juez, si la demostración sobre la existencia de un juicio no recae necesariamente en el reconocimiento de un hecho social como tal. Esto es lo que está detrás del argumento de necesidad del *mínimo de eficacia* de Kelsen y el *reconocimiento* de Hart.

Por otra parte, un modelo de *racionalidad* que sustente el análisis de las estructuras normativas o de su validez en la coherencia interna del mismo sistema, no tiene que dar cuenta de la validez, ya que ésta es expresada como una cuestión de integración y coherencia, es decir una cuestión de grado y no de fundamentación. La validez del sistema no depende de la validez particular de sus elementos, por el hecho de que los órdenes jurídicos tienen un origen como sistema y no como normas individuales y aisladas. Aun si se tratase de un orden jurídico prístino, como puede ser el ejemplo clásico de Kelsen sobre el decálogo, o bien del orden pre-jurídico de reglas primarias de Hart, las primeras normas siempre tienen un origen como conjunto de normas, compatibles y coherentes entre ellas mismas. Lo mismo sucede con un orden jurídico consecuencia de un movimiento constituyente, las reglas y normas jurídicas operan en conjunto, como un sistema coherente de normas. En todo caso, la pregunta por el fundamento de validez del derecho no puede ser respondida desde la disección del sistema, sino desde un criterio de unicidad que es la coherencia interna del sistema.

2.1. ¿Por qué las normas jurídicas positivas no pueden ser determinadas *a priori*?

Hart y Kelsen no utilizan la misma terminología ni método, pero la problemática que tratan es la misma: la estructura y fundamentación del derecho positivo. Hasta cierto

punto la solución es la misma, aunque con distintas presentaciones: el derecho se fundamenta en las prácticas sociales. Dichas prácticas están indeterminadas por los hechos y sus posibilidades, dado que el derecho es limitado y no puede anteponer un esquema que explicita conceptualmente todos los hechos.¹⁶⁶

Según el análisis que ha precedido las normas jurídicas son el producto de su interpretación, porque son el significado de lo que se dice y dicha expresión está sustentada en la *experiencia*, es decir las prácticas interpretativas del derecho, entonces la formulación sintáctica de una norma no viene determinada por la legislación. De modo que las normas jurídicas no pueden adquirir un sentido específico sino hasta que se les requiere para significar un acontecimiento del mundo, y aún ahí están sujetas a un modelo de racionalidad que las *ajusta*. Por ende, las normas jurídicas son el resultado de una interpretación, no el fundamento de ésta.

2.2. Significado extensivo e intensivo de las normas jurídicas.

Las normas jurídicas son hasta cierto punto determinadas, en tanto que su generalidad abarca un vasto número de casos a los que es aplicada en un sentido positivo, y que aquellos casos que no están establecidos por una norma están regulados negativamente. Sin embargo, la vaguedad de las mismas trae consigo ese margen de indeterminación o vaguedad que queremos abordar ahora.

Esta vaguedad atiende a dos aspectos de las normas jurídicas. Por un lado, tenemos una clase de vaguedad, a la que llamaremos *intensional*, que afecta a las

¹⁶⁶ Cfr. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, "The Pure Theory of Law" <http://plato.stanford.edu> Consultada el 11 de Julio de 2008.

propiedades de la norma que no están determinadas exhaustivamente. Intensión es el significado de una expresión y aquello a lo que se refiere. Son conceptos asociados con las palabras por los hablantes. Algunos conceptos intensionalmente vagos son “eso”, “aquello”, “tú”, “vehículo”, “animales”, “calvo” o “montón”. La intensión de un concepto puede determinar la extensión del mismo, según la referencia o escala de interpretación disponible. Pero no siempre acontece que la intensión determine la extensión, por lo que la vaguedad de la norma también puede ser extensional, como indeterminación parcial de la extensión del concepto o referencia del mismo. Muchos conceptos son vagos extensionalmente, porque requieren de un contexto para ser determinados, por ejemplo “bueno”, “amarillo”, “al día siguiente”, “deber”, “proporcional”, “interés”, etc. Extensión es el conjunto de situaciones, como contexto, a las cuales se aplica una norma jurídica.¹⁶⁷

Hay que distinguir entre la norma *como una expresión lingüística* y la norma *como significado de esa expresión*. Para Alchourrón y Bulygin, la norma es significado de una expresión lingüística, esto significa que sólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de manera unívoca las formulaciones (expresiones lingüísticas) normativas.¹⁶⁸ La norma como una mera expresión lingüística es el enunciado o el medio por el cual se comunica la norma. En todo caso, la indeterminación puede recaer en cualquiera de los dos sentidos, siendo la del significado la más relevante para el análisis jurídico.

¹⁶⁷ Una fascinante comparación de nuestras observaciones y la teoría de Kelsen, puede observarse en Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, p. 19. *z* al pie 1.

¹⁶⁸ *Cfr.* Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Op. Cit.* NJ, p. 134 y *ss*.

2.2.1. Indeterminación Jurídica (Legal Indeterminacy).

Un borderline case o caso límite, es definido por Endicott como *aquellos casos en los que uno simplemente no sabe si hay que aplicar o no la regla, y el hecho de que uno no sepa no se debe a la ignorancia de los hechos.*¹⁶⁹ La vaguedad se caracteriza por depositar la duda sobre el significado de los términos, y ésta deriva de diversas causas.

Una de ellas es consecuencia de la introducción de una nueva norma al sistema, la cual modifica parcial o totalmente al mismo. Otro tipo de indeterminación proviene del contexto al que refiere la norma, donde contexto es el uso de las palabras y la clase de vivencias que tanto los individuos como, sobre todo, los funcionarios hacen de ellas.¹⁷⁰

Otro tipo de vaguedad surge del error de *indexación o taxatividad*, cuando se usa un término vago en lugar de uno que no lo es. También existe indeterminación cuando una norma no establece las *condiciones de verdad* de un término, este tipo de indeterminación también es conocida como epistémica. Otro tipo de indeterminación surge de la *inescrutabilidad de la referencia*, donde no puede establecerse el grado exacto de verdad en una cadena de posibles interpretaciones aplicaciones de la norma.

Si bien la interpretación de una norma jurídica puede ser indeterminada en algún sentido, el derecho no es indeterminado en un sentido global. No queremos decir que el derecho sea determinado en el sentido de tener todas las respuestas a todas las preguntas jurídicas, sino que es determinado en el sentido de dar respuestas, aun a los casos de indeterminación. Esta determinación, en un sentido global, es posible gracias a: a) la clasificación general de las normas; b) la normalización del lenguaje; c) la

¹⁶⁹ Endicott, T., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 31.

¹⁷⁰ *Vid.* Wittgenstein, Ludwig, *Op. Cit.* SC, proposición 29, p. 6c.

corrección de las lagunas técnicas; d) la existencia de excepciones a las reglas; e) el propósito de dar consistencia y coherencia al sistema jurídico; f) los precedentes de aplicación, como preservación de la validez; g) la coherencia e integridad del orden jurídico en general.¹⁷¹

Dado que el orden jurídico establece un sistema de normas generales e individuales relacionadas entre sí, la indeterminación de una norma puede ser *corregida o ajustada* por su relación con otras normas del sistema. Aunque la jerarquía normativa, desde una postura fundacionalista kelseniana, puede influir en el tipo de interpretación que demos a la relación entre una norma y otra, tiene que tomarse en cuenta que la prelación en la jerarquía no es determinante en asuntos de validez, al menos no desde el punto de vista de un modelo de racionalidad coherentista. De modo que si bien una norma superior puede ser “fundamento” de una norma inferior, una norma inferior puede ser “fundamento” de validez, al menos en el sentido en el que debe interpretarse y aplicarse, de una norma superior. Un ejemplo claro de fundamentación de subordenación a supra-ordenación es la jurisprudencia y la interpretación constitucional.

Dos propuestas para la solución de la indeterminación en el derecho son la reconstrucción de las normas atendiendo a la *aplicabilidad válida* de la norma, o bien a la reconstrucción racional del sentido específico de las normas atendiendo a la *coherencia interna del sistema*. Ambos modelos son clases que abordan una clase de reconstrucción semántica del derecho, a la cual nos avocaremos con mayor profundidad más adelante.

¹⁷¹ Cfr. BIX, Brian H., *A dictionary of legal theory*; Oxford University Press, New York, 2004. p. 97.

3. Reconstrucción interna (pragmática) de las normas positivas.

Hallamos paradigmática la contribución a la teoría del derecho que hace Ulises Schmill en su *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*. La interpretación pragmática de las normas jurídicas de Schmill, consiste en ‘hacer’ explícitas las implicaciones *grisáceas* o vagas de las normas jurídicas, por medio de un incremento o complementación semántico del enunciado que describe la norma, con base en los conceptos fundamentales de la teoría general del derecho, como una solución a los problemas de *normas irregulares* y modelos de conflictos normativos.

A esta técnica generalmente se le llama *implicaturas del lenguaje* o *implicaciones conversacionales*,¹⁷² una clase de lógica inductiva o razón práctica aplicada sobre todo en la traducción.¹⁷³ Pero, pese a los convincentes argumentos que esgrime en torno a esta concepción,¹⁷⁴ presupone que a todas las normas jurídicas les corresponde una interpretación *correcta* derivada de un contenido semántico determinable. Sin embargo, por un lado las normas jurídicas, como ya se mencionó, no puede contemplar todos los aspectos supervenientes de su aplicación, por lo que no puede establecer *intensionalmente* su corrección. Por el otro, las normas jurídicas no siempre tienen un contenido semántico claro, sino que la vaguedad, como afirma Endicott, es un aspecto intrínseco y necesario de un significativo rango de normas jurídicas, pues el derecho es necesariamente *muy vago*, aunque no en un sentido trivial.¹⁷⁵

¹⁷² Vid. Grice, Herbert Paul, *Studies in the Way of Words*, editorial Harvard University Press, Cambridge, MA, 1991.

p.p. 269 y ss.

¹⁷³ Vid. *Ibidem*. p.p. 76 y ss.

¹⁷⁴ Vid. Schmill, Ulises, *La reconstrucción pragmática del derecho*, editorial Themis, México DF., 1997. pp. 28-41.

¹⁷⁵ Cfr. *Op. Cit.* PR, pp. 73-83.

Suponer que la complementación o el incremento del contenido semántico de una norma resuelve los problemas de estas normas irregulares y de los conflictos normativos, es en realidad una sofisticada forma de decir que una norma general y vaga (n^1) es la justificación interna de otra norma jurídica (n^2), más simple, clara y aplicable a un caso concreto, lo cual únicamente explica la semántica de (n^2) y no la de (n^1), que era el caso. El colocar dentro de una norma, como parte de su semántica, el acto o los actos por los cuales se crea o interpreta, es una manera elegante de implicar que la validez de una norma jurídica es un elemento intrínseco de un orden jurídico, porque forma parte de un sistema interrelacionado que, sin embargo, termina por convertirse en un modelo neutral ante lo que Wittgenstein llama un *caso límite de conexión de símbolos*,¹⁷⁶ es decir, el colocar dentro de una norma, como parte de su semántica el acto de creación es determinar en un único sentido posible a la norma que le sirve de fundamento, lo cual es cierto sólo en casos de derogación.

La reconstrucción pragmática de Schmill supone que la significación conceptual de una norma a un hecho concreto es determinable en la medida que X hecho, considerado unitariamente, puede ser desmenuado en partes más elementales, que constituyen no sólo un hecho X sino una sucesión de hechos que pueden ser subsumidos de manera simple o compuesta, en el presupuesto de hecho de una determinada norma. Del mismo modo, implica extender semánticamente la norma por medio de *cláusulas subordinadas*.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Vid. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, editorial Alianza, Madrid, 2003. p. 85 (4.466).

¹⁷⁷ *Supra* pp. 118 y ss.

La reconstrucción de Schmill es pragmática en la medida en que se sustenta en la teoría conductista de Skinner,¹⁷⁸ donde la conducta humana está significada no como la descripción de un acto humano, sino como la descripción de las propiedades de dicho acto en relación con el hecho resultante. De este modo todas las propiedades de las normas como la intención, la motivación, el interés, la voluntad, la premeditación, etc. pueden ser observables, como hechos, por el intérprete que califica la norma, y así puede evitar la vaguedad de elementos abstractos.

Entonces, la reconstrucción pragmática es una teoría de reconstrucción semántica dependiente de elementos externos a la norma jurídica que está sujeta a interpretación y que se sustenta en tres presupuestos erróneos: 1) que toda proposición normativa o sus propiedades son semánticamente extensivas; 2) que el carácter de *intensión* o idea (como entidad mental) son explicaciones inútiles en la interpretación del significado de una norma jurídica; 3) que los problemas de vaguedad y ambigüedad son resueltos internamente por extensión, es decir por elementos externos a la norma interpretada, y 4) que cada una de las descomposiciones semánticas es progresivamente más clara e inequívoca, cuando en realidad es una descomposición reiterativa o tautológica.

Respecto a esta última objeción, sostenemos que una estructura conceptual del tipo “el dinero o la vida” no es ni semántica ni lógicamente distinta de “Tú, aquí y ahora, entrégame el dinero que posees; si tú, aquí y ahora, no me entregas el dinero que posees, yo, aquí y ahora, te privo de la vida al disparar esta pistola sobre ti”, pues

¹⁷⁸ Tal como lo hace la *teoría del significado de Quine*, Vid. Beuchot, Mauricio, *Historia de la filosofía del lenguaje*, editorial FCE, México D.F., 2005. pp. 264 y ss

aunque esta última proposición se halle contextualizada, el significado pertinente es primitivamente el mismo.

4. Reconstrucción semántica del derecho.

En la Teoría general de las normas, Kelsen se acerca a una concepción semántica de las normas, al examinar la literatura lógica de Frege y Ryle, pero queda muy rebasado por las nuevas corrientes y las innovaciones en lógica y epistemología. Este hecho es ya reconocido por el último Kelsen, además de ser una de las críticas más caústicas de Hart. Kelsen se educó con un famoso manual de lógica de Sigwart, y ya en su correspondencia con el vienés Ulrich Klug le comentaba que debía ahondar más en distinciones meta-lógicas entre la sintaxis lógica, la semántica y la pragmática.¹⁷⁹

De ahí que podamos sostener que, para su teoría de normas, Kelsen sí tenía toda la intención de ser una teoría semántica, entendida ésta como un enfoque explicativo general sobre lo que hace *correcta* la aplicación de ciertos conceptos y de trazar una ruta crítica en los problemas de indeterminación o vaguedad en la interpretación de normas, aunque no llegó a delimitar este último aspecto en su teoría. Kelsen identifica a los conceptos normativos como el objeto del análisis del derecho positivo, no porque tengan una realidad concreta y fáctica, sino porque son elementos constitutivos de las normas jurídicas, su significación jurídica; es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho.¹⁸⁰ Kelsen quería ofrecer un método de consideración jurídico, como dicen Raz y Paulson.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Cfr.* Losano, Mario, *Op. Cit.* TPDEPC, pp. 75-78.

¹⁸⁰ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, p. 16.

Entonces parece que frente a una descripción semántica del derecho, la Norma Fundante de Kelsen ofrece una mejor teoría sobre la validez de las normas jurídicas y explica mejor el peso específico de una norma dentro de un orden jurídico, frente a la Regla de Reconocimiento Última de Hart, ya que la Norma Fundamental encierra un criterio de *correcta* aplicación o coactividad del derecho¹⁸² que no alcanza a esgrimir el oxoniense. Como ya se dijo, el argumento de validez jerárquica, conlleva el problema de la regresión de justificaciones inferenciales, sin embargo es importante detenerse un momento a pensar qué efectos tiene ésta crítica sobre la teoría de la Norma Fundante de Kelsen y la Regla de Reconocimiento Última de Hart.

¿Qué es verdaderamente una norma fundamental? Compartimos con Paulson la opinión de que una norma fundamental es, por decirlo así, el punto cardinal de una *fundamentación* completa del derecho, esto es, ella le ofrece su “fundamento final” y precisamente en una triple forma 1) percibido desde el punto de vista dinámico, configura el fundamento último de la autorización jurídica; 2) del punto de vista estático, el punto final de la validez del derecho, y 3) desde el normativo, el fundamento final de la obligación.¹⁸³ La regla de reconocimiento de Hart es idéntica la Norma Fundante Básica de Kelsen en estos tres aspectos, aunque Hart le denomine y explique de otro modo.¹⁸⁴

Estos tres aspectos, al ser sometidos a un examen lógico, muestran un argumento o proposición del tipo *modus ponens*, aunque con una ligera variación entre

¹⁸¹ Raz, Joseph *The authority of Law*, p. 144. Paulson, Stanley, *Op. Cit.* FCDHK, pp. 130-132.

¹⁸² *Suprap.* 58 y *ss*

¹⁸³ *Cfr.* Paulson, Stanley, *Op. Cit.* FCDHK, p. 143.

¹⁸⁴ *Supra.* p. 121. Fig. 1.

la postura de Hart y la de Kelsen. Para Hart el operador modal es *causalista*. “Si es el caso que *a* necesariamente es el caso que *b*. Es el caso que *a*, entonces *b*.” Donde *a* es un conjunto de reglas y prácticas sociales autoritativas internas y *b* son derechos y obligaciones:

$$\frac{a \quad a \Rightarrow b}{b}$$

(a) Dado que una comunidad obedece generalmente tal o tal regla sobre la creación de normas jurídicas, y los funcionarios reconocidos con autoridad para crear dichas normas y aplicarlas las aceptan efectivamente como pautas o modelos públicos y comunes de la conducta oficial, entonces (b) tal o tal son parte del sistema.

La Norma Hipotética Fundamental de Kelsen tiene casi el mismo esquema lógico, sólo que el operador modal que se aplica es el de posibilidad: “Si es el caso que *a* debe ser el caso que *b*. Es el caso que *a*, entonces *b* debe ser.”:

$$\frac{a \quad a \Rightarrow b}{b}$$

(a) Si hay una constitución fácticamente establecida y eficaz, entonces (b) esta constitución debe cumplirse.

Estos dos planteamientos son los que llevan, por un lado, a Hart a plantear la validez del derecho, y a enfocar todos los esfuerzos de su teoría, en las prácticas interpretativas y los hechos sociales más característicos de la conducta socialmente organizada; mientras que, por otro, arrinconan en la esquina de su doctrina a Hans

Kelsen, al verse obligado a explicar su planteamiento de la validez en una distinción entre ser y deber ser, del tipo *se encuentra dada inmediatamente a nuestra conciencia*,¹⁸⁵ o *la norma es la norma*,¹⁸⁶ es decir, que es una *ficción* o justificación inferencial de la que no podemos dar cuenta sin un planteamiento adicional o una justificación no inferencial.

4.1. La norma jurídica positiva.

La norma jurídica no puede ser entendida como un producto acabado o que simplemente se pueda *tomar* o *encontrar* en el orden jurídico. La noción de norma jurídica es un poco más compleja que eso y requiere de un estudio más a fondo, sobre todo si se desea, como Kelsen y Hart, sustentar el fundamento del derecho en las normas jurídicas positivas o en las reglas de derecho.¹⁸⁷ A continuación desarrollaremos, aunque sólo de manera preliminar, la noción de norma como producto de las *prácticas interpretativas del derecho*.

Las normas jurídicas no incluyen de modo definitivo todos los conceptos involucrados en su interpretación ni todas aquellas circunstancias ajenas al legislador o el intérprete de la misma. Tampoco es posible que sólo tome en cuenta una determinada configuración del orden jurídico, ya que éste es dinámico en múltiples aspectos, no sólo legislativos. Sin embargo, es posible tomar en cuenta las *relaciones*

¹⁸⁵ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, p. 19.

¹⁸⁶ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Una visita a Kelsen*, editorial IIF-UNAM, México D.F., 1977, p. 6.

¹⁸⁷ Porque se puede observar con lo ya desarrollado hasta aquí, que la Norma Fundante Básica y la Regla de Reconocimiento son Reglas de Derecho, en el sentido kelseniano.

significativas entre las normas de modo que sea posible determinar las propiedades de una norma que no están determinadas exhaustivamente, pero que el sistema jurídico provee por medio de una asociación de normas que tienen unidad en su coherencia interna.

En primer lugar, consideramos que un orden jurídico está compuesto por normas jurídicas, no por elementos normativos. En una significativa mayoría, los diversos productos del proceso legislativo no son normas jurídicas, en primer lugar porque no guardan en su expresión la integridad de una serie de restricciones interpretativas rígidas. Si se piensa, por ejemplo, en algunas *normas* constitucionales que garantizan la libertad de expresión o la propiedad, es muy probable que estemos de acuerdo en que dichas *normas* establecidas por el legislador son, en gran medida, una expresión difícilmente controvertible de la voluntad general, aunque esto no quiere decir que su interpretación sea en todos los casos concluyente. Esto se debe, principalmente, a que el legislador establece en lo más restrictivo de un orden jurídico una pauta o criterio que afecta a todas las demás normas y la interpretación de las mismas, pero que el contenido de esta pauta o criterio puede estar sujeto a debate.

Por ejemplo, cualquier *norma* del sistema que se *refiera* a la libertad de expresión se verá afectada por la norma constitucional que establece que “*La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido*

*en los términos dispuestos por la ley.*¹⁸⁸ La disposición afecta a la interpretación de otras normas sobre, por ejemplo, si un *poema* que *ultraje a las insignias nacionales* es una violación a este criterio o no,¹⁸⁹ pero en todo caso la resolución de la deliberación o *juicio* girará en torno al contenido de una disposición legislativa sobre las insignias nacionales, la moral o el orden público; es decir, sobre si es el caso o no que *es a lo que se refiere el criterio constitucional*, pero que, en todo caso, no afecta al mismo. En este caso, nos interesa mostrar que esta norma, de la cual hacemos mención, es algo compleja, y en algunos aspectos hermenéuticos algo controvertible, pero que no es independiente y que está relacionada, tanto para su evaluación como para su aplicación al caso específico, con otros elementos jurídicos y normas del sistema.

Por lo general, una norma jurídica es concebida como el elemento más básico con que opera un ordenamiento jurídico. Es posible concebir una norma, cualquier clase de norma, sin orden jurídico, pero resulta imposible, tanto en los órdenes jurídicos más primitivos como en los actuales, concebir un orden jurídico sin normas. Por ende, es prioritario delimitar el sentido y significado del término ‘norma jurídica’, por lo que se ha decidido brindar primeramente un marco de referencia de lo que es entendido como tal en las teorías analíticas y posteriormente construir propiamente el concepto de norma en el ámbito jurídico.

¹⁸⁸ *Vid. Constitución política de los estados unidos mexicanos*, art. 6, en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> actualizada hasta el 1 de abril de 2009.

¹⁸⁹ *Vid.* http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=116120&tabla=nacion Consultado el 4 de Enero de 2009.

4.1.1. La norma jurídica como regulación *intensional*/de la conducta humana.

Uno de los mejores ejemplos de definición de norma jurídica que se han destacado en la tradición analítica anglosajona, es aquella que da John Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*, donde equipara el término norma al de mandato y la norma jurídica a una orden políticamente obligatoria unida a una amenaza de castigo. En esta definición la norma jurídica tiene un origen en el sentido primitivo de *sujeción a una voluntad externa*. La norma jurídica no es diferente a una orden o mandato, pero se diferencia por la seria amenaza que representa su incumplimiento en caso que no se cumpla con lo mandado.¹⁹⁰

Desde la perspectiva de Austin, las normas jurídicas son aquellas **interpretaciones** desde y hacia un sistema de cláusulas condicionantes previamente constituidas y objetivas, no por el sujeto que lo conoce sino por la referencia que hace al sistema de órdenes o mandatos condicionales dirigidas a los funcionarios, válidas en tanto son susceptibles de un castigo en caso de que no se cumpla con ellas.

“El derecho es la norma primaria que establece la sanción” [...] De acuerdo con este modo de ver, lo que ordinariamente es concebido como el contenido del derecho, destinado a guiar la conducta de los ciudadanos ordinarios, no es más que el antecedente o “cláusula condicionante” de una regla que no está dirigida a ellos sino a los funcionarios, a quienes les ordena aplicar ciertas sanciones si se han dado determinadas condiciones. Todas las normas genuinas, según este modo de ver, son órdenes condicionales a los funcionarios para que apliquen sanciones.

¹⁹⁰ *Cfr.* Austin, John, *Op Cit.* EADLJ. pp. 183 y *ss*

Todas tienen esta forma: "si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y".¹⁹¹

Esta crítica lanzada por el inglés se aplica tanto a su descripción de la norma jurídica tanto para Austin como para Kelsen. Esta ha generado un sinnúmero de planteamientos erróneos del concepto de norma jurídica para Kelsen, como un mero mandato al estilo de Austin. Sin embargo, Hart apunta sin comprenderlo del todo, como él mismo reconoce,¹⁹² al punto de vista normativo de Kelsen como *normas dirigidas a los funcionarios para que apliquen la norma*. Para Hart esta perspectiva pierde de vista un aspecto muy importante de las normas, donde éstas son también el origen de criterios y pautas de conducta humana, que coordina y guía a los individuos, y por lo tanto pierden de vista los dos sentidos de norma jurídica par Kelsen:

- a) *Normas como Imperativos*. Son criterios de evaluación, que guían el comportamiento humano, respaldadas por razones estándares para el cumplimiento en la forma de la perspectiva de algún mal en caso de la desobediencia y creados por actos humanos que crean normas jurídicas.
- b) *Normas como Standards*. Son tres las razones estándar, (1) son una ventaja estipulada por la misma norma o por otra que habrá de seguir de la conformidad con la norma en cuestión, que se deriva del *hecho* de que el sistema jurídico en su totalidad sea eficaz, (2) como una desventaja estipulada por la misma norma o por otra que se seguirá del acto que viole la prescripción de la norma en

¹⁹¹ Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 45.

¹⁹² *Vid. Op. Cit.*, Hart, H. L. A., UVK, pp. 6-16.

cuestión, contenida en una sanción estipulada por una norma jurídica, (3) son el llamado directo del acto prescrito por la norma, sea por el darse efectivo del supuesto de la norma o por no darse la consecuencia normativa.¹⁹³

Luego, la norma jurídica positiva para Kelsen debe ser entendida como la reconstrucción de aquel significado que tiene un acto subjetivo en el marco de una representación conceptual jurídica, es decir que la explica como un acto conforme a derecho o contrario a derecho. En razón de lo anterior, una norma jurídica define en sus propios términos, por sí y por su relación con otras normas jurídicas del sistema, su significado y el sentido específico con el cual afecta al mundo.

4.1.2. Norma jurídica como reflexividad.

Nuestra concepción sobre lo que las normas son es un tipo de concepción hilética. Esta considera que el componente prescriptivo forma parte del contenido conceptual de la norma, donde la norma es el significado de un enunciado descriptivo.¹⁹⁴ Hart estaría con muy buena disposición a aceptar nuestro punto de vista, pues, como ya se dijo,¹⁹⁵ para él una regla es aquél *criterio* que sirve como base para calificar la conducta como

¹⁹³ Cfr: Raz, Joseph, *El Concepto de Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1986. pp. 157-158.

¹⁹⁴ Vid. Caracciolo, Ricardo, *Entrevista a Eugenio Bulygin*, revista Doxa, número 14, 1993. Versión electrónica http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_27.pdf consultada 09/06/2008.

¹⁹⁵ *Suprap.* 80 y *ss.*

debida o indebida; sin embargo, Kelsen no lo haría a menos que lo formulemos con base a la teoría del significado que tanto quiso introducir a su teoría.¹⁹⁶

Kelsen estaba convencido de que la teoría de Hermann Lotze describía tres aspectos de la norma jurídica que trató de explicar en todo su pensamiento jurídico y en especial en su *Teoría general de las normas*.¹⁹⁷ Para Kelsen, el vínculo entre *eficacia, validez y positividad* de una norma es indisoluble, toda vez que la norma jurídica es una *forma* de comunicación abstracta y dicha *forma* entraña estos tres aspectos.

Para Lotze, la forma en cómo alguien comunica sus *estados internos* (sensaciones, ideas, sentimientos, impulsos, etc.) es *sujetando* a quien se le comunica a condiciones bajo las cuales él se verá obligado a experimentar estos estados internos en sí mismo. Pero esta sujeción no es del todo simple. Puede, en primer lugar, sujetarse a tal condicionamiento si se producen ciertas *condiciones externas* que permitan hacer efectiva la comunicación, por ejemplo la sanción. En segundo lugar, un tipo de sujeción muy especial es la que establece las *condiciones internas* como 1) un gran compendio de experiencias comunes entre las personas que comunican su voluntad, estado interno, a otro, y 2) un lenguaje inteligible a las dos partes que *implique*, al menos en gran medida, las mismas ideas.¹⁹⁸ Este tipo de condiciones agotan todas las observaciones de Hart sobre el *punto de vista externo y punto de vista*

¹⁹⁶ Cfr: Hart, H. L. A., *Op. Cit.*, UVK, pp. 11-16.

¹⁹⁷ Cfr: Kelsen, Hans, *Op Cit.*, TGN, pp. 144-147.

¹⁹⁸ Cfr: Lotze, Hermann, *Lotze's System of Philosophy: Logic - of Thought, of Investigation, And of Knowledge*, editorial read books, 2006. pp. 152-168.

interno, y, adicionalmente, la teoría de la percepción y de los juicios estéticos Kantiana que no trataremos aquí.¹⁹⁹

La norma jurídica aparece *prima facie* como un producto irracional, de la voluntad, que se impone a los demás como una sujeción a sus propios términos. Pero esto parece de este modo, *si y sólo si* no se comparte ese lenguaje adjunto a las condiciones de comunicación de la norma, es decir, un significado claro e inteligible. Este juego entre sujeción a las condiciones internas y las externas, es lo que denominamos *reflexividad*.

El lenguaje humano tiene la característica de ser autorreferencial, y las normas jurídicas son lenguaje. Cada vez que por medio de una expresión observamos o juzgamos otras expresiones, estamos en un nivel autorreferencial o de metalenguaje. Cuando un tipo de expresiones comunican ciertas pautas de conducta no optativa, en ciertos contextos autorreferenciales o reflexivos, y en condiciones de *USO* normal de las palabras, estamos frente a una norma.

Una de las distinciones que manejaremos para resaltar un aspecto de este tránsito entre un nivel no-autorreferencial a un nivel autorreferencial, es la que introducen los conceptos *uso* y *mención*. Una palabra es "mencionada" cuando aparece en contexto autorreferencial, de otro modo está simplemente "en uso". Por ejemplo, en la expresión "¿qué significa la palabra 'cónyuge'?", la palabra 'cónyuge' está en mención. Su uso no es el uso normal, sino un uso como objeto, un lenguaje objeto. Cuando el lenguaje está en *USO*, los propósitos o intenciones dirigidos en la comunicación son los de establecer los requisitos o condiciones de *necesidad*, o en

¹⁹⁹ *Vid.* Kant, Immanuel, *Crítica del juicio*, editorial espasa-calpe, Madrid, 1977. pp. 101-145.

términos de Kelsen *imputación*, de un juicio como *válido*. En otras palabras, cuando se *usa* una norma se tiene la pretensión de obligar a que los demás reconozcan esta pretensión como *válida* u objetiva. En el caso del derecho, estas normas son reflexivas en otro sentido, pues no pueden ser tomadas de manera aislada sino en relación con otras normas de un sistema de normas, es decir, como una referencia a otras normas.

Por ello, cuando se *menciona* una norma para justificar una sanción o la validez de un contrato, no hay duda del significado de ella debido a que es un caso claro de uso, y cuando se *usa* la norma en los mismos casos se tiene que compartir un lenguaje inteligible que implique, al menos en gran medida, las mismas ideas de obligación. Por así decirlo, la norma jurídica tiene *dos dimensiones* en las cuales se expresa, donde pueden ser vistas como normas que no representan ninguna pretensión de objetividad sino que son, por así decirlo, definidas por cierta simpleza de referencia a un sistema de normas al cual pertenecen. Desde otra dimensión, las normas son complejas, en tanto que su interpretación de uso entraña la intención de ser *reconocidas* como objetivas, es decir, definen con su interpretación no sólo su *significado* sino el de todo el sistema al que pertenecen.

Este enfoque de las *normas simples* a las que hacemos alusión, se refiere a las estipulaciones auténticamente legislativas que no dependen de interpretación o de otras normas jurídicas para su aplicación, sino que sólo hacen una mera referencia a ellas. Son normas dirigidas a la conducta autoritativa de los órganos aplicadores del derecho, los cuales no las ponen en duda. Este tipo de normas se dan por sentadas dentro de un orden jurídico y son, generalmente, incontrovertibles. Les denominamos *simples* toda vez que requieren de pocos elementos en su estructura. Cabe aclarar que las normas jurídicas simples no son reglas desde el punto de vista externo, en primer lugar porque

son normas y no reglas,²⁰⁰ pero sobre todo porque no se tratan de normas de obligación, sino de normas que facultan a la autoridad.

El concepto de *normas complejas*, es el que trataremos de mostrar y sostener en adelante. Se trata de reconstrucciones interpretativas que dependen, para su interpretación, de otras normas. Son estructuras de explicitación dirigidas preeminentemente a la conducta de la ciudadanía y excepcionalmente a los órganos aplicadores del derecho. Este tipo de normas son producto de la interpretación y son generalmente controvertibles. Son condición necesaria de los actos coactivos. Su validez tiene por condición la preexistencia de la ponderación de, al menos, una *norma simple*, que guarda algún sentido de pertinencia con su contenido normativo. Tienen independencia de otras normas complejas, ya que si guardara algún sentido de pertinencia con otra norma compleja, decimos que se integran en una nueva significación normativa, es decir, forman una norma extendida de tipo complejo. Las normas jurídicas complejas son, por así decirlo, reconstrucciones interpretativas de los elementos jurídicos y normas simples que produce el legislador. Sólo las interpretaciones que son llevadas a cabo por aquellos autorizados para hacerlo, cuya autorización deviene de normas jurídica simples, puede ser considerada ulteriormente como una norma objetiva y válida. Las sentencias judiciales son el mejor ejemplo de normas complejas, mientras que los derechos fundamentales lo son de las normas simples.

²⁰⁰ *Supra*, pp. 76 y *ss*

4.2. Objetividad y validez.

Lo que es condición de validez de una norma jurídica no es, necesariamente, una condición de validez de un orden jurídico, pero lo que es condición de validez de un orden jurídico necesariamente es condición de validez de una norma jurídica. Que un orden jurídico positivo sea *válido* quiere decir 1) que éste sirve como referencia externa a aquellos enunciados o reglas jurídicas que hablan de *normas simples*, y 2) que sirve como *referencia interna* o *fundamento objetivo para justificar* las exigencias *normativas* de aquellos que están autorizados para obligarnos.

De aquí se sigue que norma y enunciado, o regla, atienden a dos necesidades diferentes: justificar y obligar. Por ello dice Bobbio que “La materia sobre la que actúa el jurista es un conjunto de *reglas de comportamiento*”,²⁰¹ y Ross que “La validez o fuerza obligatoria no es realmente una cualidad inherente al sistema jurídico sino algo derivado de los principios del derecho natural”.²⁰²

Para Alf Ross, el concepto de *validez* es usado con tres funciones diferentes. Sería usado en un primer lugar, para indicar si un acto jurídico tiene o no los efectos deseados. Es un tipo de *referencia interna* como la que describimos, porque es una *validez sustentada* o *justificada* en un sistema de normas dado. Por otra parte, también puede usarse la palabra *validez* para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. Por último, si una norma jurídica es válida, tenemos la obligación moral hacia el sistema jurídico y no sólo un deber jurídico conforme al sistema.

²⁰¹ Bobbio, Norberto, *Contribuciones a la teoría del derecho*, editorial Debate, Madrid, 1980. p. 181.

²⁰² Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Pacheco, editorial fontamara, tercera edición 1997, México D.F., 1997. p. 17.

Para Kelsen la norma jurídica es *el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o un acto contrario a derecho)*.²⁰³ Esta definición es una petición de principio, que puede ser reformulada de la siguiente manera: la **norma** es aquella significación **normativa** de una conducta humana conforme a derecho o contrario a él. Por lo que el término de norma y qué hace a este significado ‘algo’ normativo sigue siendo vago. Ciertamente una norma no puede ser definida simplemente por la función del lenguaje que se utiliza, esto es una función *directiva*.²⁰⁴ Por tanto, no podemos recurrir a la salida de Kelsen que define esa característica de significación como atribuible a otra norma jurídica, i.e. la norma, que otorga al acto el *significado* de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma, es decir, a una regresión inferencial.

Esta concepción kelseniana confunde el concepto de *significación* con el de *validez* de la norma, que tiene por consecuencia confundir el sentido de fundamentación con la genealogía de la norma jurídica. Esto es, la objetividad y juridicidad de una norma reside en otra norma, y la de ésta a su vez en otra y así sucesivamente, hasta llegar a una cuestión de hecho que da significación objetiva a un sistema de normas válidas.

[...] *en definitiva, la validez, para Kelsen, es una cuestión de fiat, no de argumentación racional.*²⁰⁵

²⁰³ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, p. 17.

²⁰⁴ *Vid.* Copi, Irving y Cohen Carl, *Introducción a la lógica*, editorial Limusa, México D.F., 2005. Pp. 93-99.

²⁰⁵ Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005. p. 31.

4.2.1. Objetividad como consumación de un mínimo de eficacia.

*Lo único que puede ser necesario o contingente es un 'enunciado' o una situación objetiva [state of affairs].*²⁰⁶

Según pudimos analizar en el primer y segundo capítulo, tanto la teoría de Kelsen como la de Hart se fundan en la positividad de las normas jurídicas, esto es, que tienen su origen en una voluntad humana, lo cual les aparta sensiblemente de teorías naturalistas. Si la capacidad de legislar se viera reducida al intento de reproducir lo que es un orden perfecto, sería imposible congeniar la diversidad humana con la ley. Por ende, jamás podría ser garantizado un orden social si la voluntad de los individuos no pudiera ser sumada a la voluntad de la ley.

Para Hart la significación es el resultado del uso de paradigmas o argumentos que guían la acción de los tribunales, que no determinan a las reglas aunque sí limitan la coacción.²⁰⁷ No se trata de un positivismo de meros hechos de los que dependa la verdad de las proposiciones del derecho o la justificación de la coacción.²⁰⁸ Se cree que la teoría de Hart es semántica porque Hart cree que hay paradigmas indiscutibles, determinantes incluso de su Regla de Reconocimiento (RRAr), como la aceptación de un sistema de reglas jurídicas por parte de los funcionarios o la obediencia general de los ciudadanos, como condiciones necesarias y suficientes del derecho.

²⁰⁶ Kripke, Saúl, *El nombrar y la necesidad*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México D.F., 2005. pp. 43-44.

²⁰⁷ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 176-183.

²⁰⁸ *Cfr.* Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. Tamayo y Salmorán, Rolando, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2000. pp. 18-26.

Pero Hart es contundente al afirmar que el carácter normativo no es una consecuencia necesaria de los paradigmas, o las meras creencias en ellos,²⁰⁹ los cuales guían las acciones de los tribunales, sino que son la aceptación y práctica en las operaciones de identificación y de aplicación jurídica de los tribunales, i.e. ni las decisiones paradigmáticas son reglas ni las reglas son significaciones de acontecimientos fácticos ni contrafácticos.²¹⁰ Por otro lado, Kelsen está de acuerdo con Hart, y asegura que si las normas no son acatadas y no son cumplidas no tienen existencia normativa.²¹¹

4.2.2. Coactividad.

La interpretación de H. L. A. Hart en su crítica sobre la coactividad, como elemento esencial del derecho, en la teoría de Kelsen no es del todo atinada. En primer lugar, soslaya que en la teoría de Kelsen derecho es equiparable a orden jurídico, y que orden jurídico no sólo es el conjunto de normas que lo constituyen, sino que incluye también el sistema que las integra como unidad y relación, y la condición externa de un mínimo de eficacia. En segundo lugar, y ésta es una confusión muy común, considera que para Kelsen la norma es un producto determinado, recordemos que para Hart lo realmente importante son las reglas jurídicas, y que necesariamente tienen forma de juicios hipotéticos que establecen deberes. Por otro lado, confunde el concepto de sanción con el de coactividad, lo cual también resulta una mala interpretación muy común de su teoría. En todo caso la sanción es una sola de las posibilidades de la

²⁰⁹ *Vid.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 175.

²¹⁰ *Cfr.* Endicott, Timothy, *Op. Cit.* PR, pp. 24-28.

²¹¹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, TPD, pp. 219-223.

coactividad y se pierde de vista que es, sobre todo, una técnica específica del derecho respecto de otros sistemas normativos.

Para Hart, Kelsen equipara la norma jurídica con la sanción e incluso equipara la teoría del mandato de Austin con la norma coactiva. Sin embargo, Kelsen identifica a la coacción no sólo como un elemento diferenciador de las normas jurídicas, sino una técnica específica del deber ser. Kelsen es cuidadoso para no confundir la consecuencia normativa con la sanción o la coacción como *monopolio de la fuerza*.

Kelsen es claro al afirmar que no todas las normas jurídicas son coactivas y que no todo acto coactivo es una norma jurídica o siquiera la consecuencia de alguna. La coactividad no es un elemento necesario de la norma jurídica, pero sí lo es del orden jurídico. Sin embargo, la coacción no es un elemento suficiente para caracterizar al derecho, y en esto estaría de acuerdo Kelsen y Hart. Por tanto, se tiene que aclarar que el acto coactivo siempre es una *posible* consecuencia normativa, pero no todos los actos coactivos son sanciones.

La coactividad no puede ser sólo una posibilidad del derecho, porque no se trata sólo de un problema del aseguramiento de la eficacia o correspondencia entre lo que se espera de la conducta humana y lo que sucede en la realidad. La coactividad es un elemento ínsito en todas las normas jurídicas, no sólo como consecuencia sino como *técnica específica* de un sistema de normas. De este modo, todo orden jurídico que intente establecer obligaciones tiene que sujetar la conducta a *condiciones mínimas de sujeción externa*, que permitan hacer efectiva la obligación cuando esta sujeción no sea *interna*.²¹²

²¹² *Supra* pp. 150 y ss.

Un argumento mucho más delicado que responde a la objeción contra la coactividad como elemento esencial del derecho, es el que ofrece Kelsen cuando asegura que la autoridad tiene una facultad discrecional para resolver, cuando no está establecido, cuál es la sanción para cada caso particular. En ese sentido, para el jurista vienés la conducta de los órganos aplicadores del derecho no es sólo recreativa sino eminentemente creativa.

*La individualización de la norma general por una decisión judicial, es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general, que tampoco pueden hallarse determinados completamente por ella. Por tanto, el juez es siempre un legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho sustantivo.*²¹³

Desde nuestro punto de vista, la perspectiva de la coactividad como consecuencia normativa está ampliamente distorsionada, en el sentido de la creencia de que el derecho debe ser aplicado en términos estrictos de sanción o que al menos debe haber una correspondencia justificada entre una norma abstracta y la determinación particular de una autoridad fundamentada en tal norma.

²¹³ Kelsen, Hans *Op. Cit* TGDE, pp. 173-174.

4.3. El lenguaje de las normas jurídicas.

Desde los estudios realizados por la escuela realista escandinava de Ross y Olivecrona, pocos son los que sostienen que el derecho es más que lenguaje, como John Finnis y Ronald Dworkin por ejemplo. Sin embargo, es indubitable que el derecho no tiene otro medio de ser expresado, descrito, comprendido, ni de que sea obedecido o aplicado. Este lenguaje es el que comparten tanto ciudadanos como autoridades, el lenguaje natural. Esta clase de lenguaje se comparte, es inteligible y permite cierta certidumbre respecto al significado, aunque no garantiza que en todos los casos se tenga la misma *concepción* de la norma. Adicionalmente, este lenguaje es usado con una general tendencia hacia la abstracción.

El uso de lenguaje natural abstracto se introduce como parte constitutiva de algunas normas jurídicas.²¹⁴ Si bien es cierto que esto introduce vaguedad, ésta no resulta ser una equivocación o un defecto del derecho positivo, sino una herramienta útil para organizar y dominar lo real, toda la realidad, porque el símbolo abstracto reduce la plenitud de ésta. El uso del lenguaje abstracto es un instrumento mental imprescindible, una forma del pensamiento científico. El mal uso de ella no constituye una objeción contra su uso, siempre y cuando no se interprete a la abstracción de manera superflua o trivial.

La abstracción se utiliza como una transposición de significados existentes y posibles, pues se aplica no sólo en significaciones actuales sino también en nuevas significaciones que surgen y hay que aplicarles una expresión, sin forjar una fórmula simbólica adicional, y aprovechar el lenguaje ya establecido. En esta transposición se

²¹⁴ *Vid.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.*, UVK, pp. 14-16; Lotze, Hermann, *Op. Cit.*, LSP, pp. 153-154.

pasa de un sentido a otro nuevo, sin abandonar totalmente el antiguo. La abstracción es un procedimiento intelectual por cuyo medio conseguimos aprehender lo que se halla más lejos de nuestra potencia conceptual. No afirma identidades entre las cosas concretas, sino que sostiene identidades entre partes indeterminadas de las cosas.

En el juego de la construcción y desconstrucción de la abstracción se recurre a la *sustitución*, la cual considera la expresión abstracta hacia dentro de la misma norma, sólo aproximadamente, con aquello a lo que se refiere; y la *comparación* del contenido, que da por entendido implícitamente que la norma es parte de un sistema con el cual debe ser asimilado. En nuestra opinión, cierta clase de abstracción por sustitución, que opera en las normas jurídicas, es responsable de una gran cantidad de casos no paradigmáticos, debido principalmente a que la abstracción es una aproximación sobre lo que es el caso y requiere, en todos los casos (incluso los casos claros), de un intérprete que pondere el contenido normativo respecto al sistema de normas al cual pertenece. En todo caso la abstracción es una forma de sugerir las respuestas, no de prescribirlas.²¹⁵

Esta concepción de abstracción puede aplicarse al modelo de Hart y Kelsen, tanto para explicar el derecho como un sistema de normas o reglas jurídicas claras, como para el concepto de discrecionalidad interpretativa. Los casos no paradigmáticos, o dentro de la zona de penumbra, se presentan en aquellas previsiones normativas que son interpretadas de manera abstracta, donde el enunciado adquiere un nuevo sentido sin abandonar totalmente el anterior, donde el intérprete halla que el término dependiente (caso concreto) no concuerda literalmente con el término abstracto

²¹⁵ Vid. Max Black, *Modelos y metáfora*, editorial Tecnos, Madrid, 1966. pp. 25-47.

(paradigma o norma). No puede darse solución a un caso concreto por medio de la interpretación literal, simplemente porque, por definición, los casos abstractos no encuadran aspectos concretos del derecho en normas jurídicas. Luego, hay que considerar concienzudamente que significa que la norma jurídica no sea la palabra por medio de la cual se expresa, sino su significado y sentido.

El sentido de una norma no es por lo general rígido, es decir, está abierta a la abstracción, pero no por ello una norma deja de ser objetiva. Hay objetividad en aquello que se dice porque 1) hay una tendencia general e intersubjetiva del *USO* y de los límites de *USO* de dicha norma 2) hay un mínimo de coincidencia en el *USO* colectivo de la norma y una actitud colectiva de aceptación del sentido de una norma. Si las normas jurídicas son objetivas es porque existe esa tendencia general e intersubjetiva del *USO* y el sistema al cual pertenece marca los límites de uso de las mismas, y dicho *USO* entraña una actitud de aceptación tanto de la validez como de los límites de dicha validez. Es ese darse efectivo del *USO* lo que permite su reconocimiento como parte de un sistema coherente de normas jurídicas.

Adicionalmente, esto quiere decir que la norma jurídica siempre tiene una respuesta por vía de la interpretación, ya que puede accederse a el significado del lenguaje abstracto y llegar de ahí al sentido específico de una norma a un caso concreto, ya sea por medio de la sustitución o de la comparación, siendo la última opción el mejor medio para llegar a dicha respuesta.

4.4. Interpretación normativa.

La interpretación jurídica puede dividirse en dos tipos principales, según Ricardo Guastini: la interpretación 'literal' o 'declarativa', por un lado, y la interpretación de 'corrección', por otro. Estas son excluyentes y conjuntamente exhaustivas. La interpretación literal es primaria respecto de la interpretación correctiva, que es secundaria en el sentido que es lógicamente dependiente de la literal.²¹⁶ Guastini analiza un tipo de interpretación de la abstracción, la cual denominamos anteriormente abstracción por *sustitución*.

En el caso de la *sustitución*, la interpretación de una norma jurídica es una aproximación a un cálculo exacto desconocido. Es el caso del uso de términos como los utilizados en el artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando establece que *la educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia*. No hay un cálculo exacto de *armonía* o de *todas las facultades del ser humano* o de *amor* o de *justicia*... pero es posible llegar a una aproximación de dichos conceptos, analizado al interior de la disposición constitucional. En todos los casos, la definición de estos conceptos siempre será una aproximación pragmática y derrotable, sustentada en argumentos parciales, esto es, en un estado de cosas.

²¹⁶ Cfr. Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 1999. pp. 25 y ss.

La interpretación de la abstracción por *comparación* opone términos entre sí, donde uno de ellos se encuentra incluido dentro del otro sin que éste lo exprese. Es lo que se conoce en el estudio del derecho como integración. Sus diferentes variaciones incluyen a la integración *a pari*, la integración *a minori ad maius*, la integración *a maiori ad minus* y la integración *contrario sensu*.²¹⁷

La interpretación por *comparación* es a la que se recurre en mayor medida en casos no paradigmáticos. Se le conoce como *prudencial*, aunque no es reconocida expresamente en todos los casos de argumentación jurídica. Es interpretación más compleja, debido a que requiere de la asociación de términos abstractos de una norma jurídica con el sistema de normas al cual pertenece. Los términos asociados se implican en la abstracción, no en la relación lógica que pueda existir entre varias normas dentro de un sistema jurídico, simplemente porque la interpretación no busca la verdad o falsedad de una norma jurídica, sino su significado y sentido específico dentro de un sistema de normas jurídicas.

²¹⁷ Al respecto puede consultarse un excelente artículo de Imer B. Flores “La técnica jurídica en la aplicación del derecho”, *Revista de la facultad de derecho de México*, tomo XLV, mayo-agosto 1995, núm. 201-202. pp. 17-55.

Capítulo IV. Validez de las normas jurídicas y del derecho.

1. Sistema jurídico y orden normativo.

Como se describió en el capítulo anterior, cuando se posee el significado de una norma abstracta ya no se necesita recurrir al sentido de una norma; en otras palabras, cuando se acepta el uso de la misma no se necesita recurrir a la interpretación para averiguar lo que ésta quiere decir, ni de la norma hacia su interior ni de ésta en su relación con el sistema jurídico. Es a lo que consideramos una norma simple o que goza de general aceptación en su uso y son claros los límites del mismo dentro de un sistema de normas jurídicas. Pero cuando el significado es difícil de comprender, contradictorio u ofrece tantas razones para afirmar como para negar que una norma se aplique, y se acude necesariamente a la interpretación del sentido interno de la norma, o a la relación significativa que tiene esa norma con respecto a otras normas del sistema jurídico, entonces estamos frente a lo que hemos denominado normas complejas, donde las reglas de uso no son claras.²¹⁸

El sentido de una, varias o todas las normas de un sistema, es una interpretación de tipo racional que adquiere los compromisos epistémicos que hemos detallado desde un punto de vista coherentista.²¹⁹ Esta incluye o excluye variables de interpretación, porque elimina los posibles equívocos de interpretar tal o tal norma en relación con otras normas o el sistema jurídico. Por tanto, justifica las elecciones válidas que en sus significados particulares no entran en conflicto dentro del sistema, y son compatibles

²¹⁸ *Suprap.* 163 y *ss.*

²¹⁹ *Suprap.* 137 y *ss.*

con el modo de pensar y proceder de la mayoría de las personas, aunque no se persiga tal finalidad sino que es una consecuencia generalmente acaecida en una interpretación de tipo *correcta* dentro del sistema.

Podemos considerar a la dinámica que se produce en la relación de interpretación de normas jurídicas complejas, como *sistema jurídico*. El orden jurídico implica al sistema jurídico, pero también conjuga al conjunto de *normas simples*, es decir, normas que cuentan con una general aceptación y es claro el uso de las mismas, y que fungen como un *sistema de referencia* para el intérprete de las normas complejas.

1.1. Sistema Normativo y Sistema de Referencia.

Las normas jurídicas complejas son estructuras de contenido semántico, condicionado por un sistema de referencia de normas simples (aplicación, definición, estandarización, casos claros). Forman parte de un sistema inferencial, como la dimensión de relación que cumplen las normas dentro de un sistema jurídico. Con *sistema de referencia* queremos decir aquí ‘lo que hace al caso’ o ‘state of affairs’, como correlato en una interpretación. Se trata del conjunto de normas simples de las cuales deriva la significación de un hecho concreto, no como el *ser* del derecho sino como *modo de ser* del derecho.²²⁰

Un sistema de referencia jurídico está constituido, por el aparato de *previsiones legislativas* y de *producción legislativa*, y el conjunto de normas simples de un orden jurídico. Con *previsiones legislativas* nos referimos a la delimitación o restricción

²²⁰ *Vid.* Stanford Encyclopedia of philosophy: <http://plato.stanford.edu/entries/states-of-affairs/>

normativa del poder público, como, por ejemplo, la función autoritativa del legislador, mientras que la *producción legislativa*, son todas aquellas estipulaciones obligatorias que se integran como elementos normativos de un orden jurídico.

La creación o producción de normas no es lo mismo que la creación de elementos o disposiciones normativas. La creación de una norma no implica que ésta necesariamente sea sistemática respecto de otras normas ni coherente en cuanto a su contenido ni que aumente la coherencia interna de un sistema. Cuando el legislador o la autoridad promulgan una norma, un elemento o una disposición jurídica, ésta no es necesariamente un elemento que se incorpore a un sistema de normas, su incorporación es producto de una evaluación sobre la coherencia interna que ésta guarda con el sistema de normas jurídicas al cual quiere integrarse o bien de una interpretación auténtica. De modo que la totalidad de las normas promulgadas por el legislador son referentes del derecho en la medida que puede ser comprobada su pertenencia a un sistema coherente de normas jurídicas positivas válidas o, por decirlo con términos hartianos, una vez que ha sido reconocida como parte del sistema.

Hart no está interesado en el carácter específicamente práctico del derecho, que es sustancial a la idea de derecho como argumentación: su teoría se centra en el derecho considerado como sistema, más bien que como práctica social [...] Desde la perspectiva de cuáles son los elementos integrantes del derecho, tanto Kelsen como Hart, Alchourrón y Bulygin, analizan el derecho en términos de normas y de tipos de normas

(o, si se quiere, de enunciados, algunos de los cuales pueden no ser normativos).²²¹

Un sistema de referencia jurídico se caracteriza por su abstracción y por ser el *fundamento objetivo para justificar* las exigencias normativas de aquellos que están autorizados para obligarnos. No se trata de las reglas primarias de la teoría de Hart, toda vez que no hablamos aquí necesariamente de normas de obligación, sino de todas aquellas normas generalmente aceptadas que no requieren de interpretación para el *uso correcto*. Es decir, se trata de normas que por su general aceptación no son controvertibles y posibilitan la constitución e interpretación de normas jurídicas complejas. Por otro lado, puede decirse que cuando hablamos de *Sistema Normativo* nos referimos, en cierta medida, a la teoría reconstructiva de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.²²²

En un sentido epistemológico, *validez* de una norma se refiere tanto a la existencia específica de una norma, su aplicabilidad, como al fundamento de la justificación, en cuanto sentido, de toda norma. Se tiene que distinguir entre los conceptos de sentido y significado de una norma, ya que la mayor parte de las veces se las toma como conceptos análogos o, peor aún, sinónimos.

²²¹ Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.* JAECED, pp. 36-37.

²²² Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, editorial Springer-Verlag, Nueva York, 1971. p. 15 y 54.

1.1.1. El significado, sentido, referencia y relación de las normas jurídicas.

Usamos el término referencia, según la teoría de Kripke, como el caso particular o ejemplar de una clase o colección de cosas, que pertenecen o caen dentro de la incumbencia de un término,²²³ mientras que la idea de “sistema de referencia” está construida con base en la teoría de los estereotipos de Hilary Putnam.²²⁴

*Un significado de una palabra es nuestra forma de utilizarla. Porque es lo que aprendemos cuando la palabra se incorpora a nuestro lenguaje por primera vez,²²⁵ aunque, claro está, esto no quiere decir que dicho significado permanezca igual o que lo utilicemos siempre del mismo modo. Que una palabra tenga un significado diferente o nuevo sólo quiere decir que tiene una *función* diferente o nueva. Por ello existe una correspondencia entre los conceptos de “significado” y de “regla”.²²⁶*

Un sistema, en este caso un sistema de normas o reglas jurídicas, *no es un punto de partida más o menos arbitrario y dudoso de nuestros argumentos, sino que pertenece a la esencia de lo que denominamos una argumentación. El sistema no es el punto de partida, sino el elemento vital de los argumentos.*²²⁷ De modo que podemos dudar de nuestra argumentación, pero no de aquellos criterios sobre los cuales planteamos nuestros argumentos. Por tanto si señalamos que pueden existir argumentos contradictorios, y de hecho ésta es la esencia misma de la interpretación

²²³ Vid. Kripke, Saul, *Op. Cit.* NN, pp. 73-104.

²²⁴ Vid. Putnam, Hilary, *El significado de “significado”*, editorial UNAM-IIF, México D.F., 1984. p. 50 y ss. Esta teoría surge a partir de los comentarios y precisiones que hace Putnam de la teoría de la referencia de Kripke.

²²⁵ Wittgenstein, Ludwig, *Op. Cit.* SC, p.10c, 61.

²²⁶ *Ibidem.* p.10c, 62.

²²⁷ *Ibidem.* p. 16c, 105.

jurídica, esto no quiere decir que alguna de las dos posturas o concepciones del derecho es incorrecta y la otra correcta, simplemente que dichos argumentos son deliberaciones sobre normas complejas y no sobre normas simples. Así es que podemos creer que hablamos del mismo sistema de normas o reglas jurídicas, cuando en realidad son dos sistemas diversos, uno de normas simples y otro de normas complejas.

El no hacer esta distinción entre un sistema jurídico y un sistema de referencia del derecho, generalmente deriva en un escepticismo sobre la discrecionalidad judicial que la objeta como un actuar sin fundamentos, pero quien hace esta crítica no duda que una decisión tiene que ser tomada, sino que 1) duda de la capacidad de los jueces para *juzgar*, sea por temor a que recurra a criterios no jurídicos, o bien porque tome una decisión parcial; 2) que en los casos donde se cuestiona la decisión de un juez, lo que realmente se objeta es el conflicto entre dos o más normas de un sistema jurídico no compatibles entre sí o que dan origen a una norma más compleja.

El procedimiento de un tribunal de justicia descansa en el hecho de que las circunstancias otorgan cierta plausibilidad a las afirmaciones que se hacen. Por ejemplo, nunca se tendría en cuenta la afirmación de que alguien ha venido al mundo sin padres.²²⁸

En primer lugar, nos referimos al *sentido* de una norma como una tendencia o dirección que sigue un proceso de creación normativo. Toda norma ha sido creada conforme a un proceso y está determinada necesariamente por éste. Esta tendencia

²²⁸ *Ibidem.* p. 42c, 335.

puede ser reconstruida con base en los enunciados jurídicos que el legislador establece. El *significado* de una norma jurídica es la reconstrucción del material jurídico legislado.²²⁹ Pero, para poder llevar a cabo esta reconstrucción, es necesario establecer qué clase de *sentidos* contiene una norma. El *sentido* de una norma jurídica puede ser reconstruido en varios aspectos, según una lógica relacional:

- 1) como sentido semántico, la relación entre signos y objetos;
- 2) sentido final, relación entre singularidad y pluralidad de acontecimientos;
- 3) sentido estructural, entre la parte y el todo;
- 4) sentido lógico, entre el antecedente y el consecuente;
- 5) sentido de motivación, entre el comportamiento y la situación.

Cada uno de estas reconstrucciones posee características de relación, simetría, transitividad, especialidad, temporalidad, traducibilidad, convencionalidad y no exclusividad.

- a) La relación es la referencia lógica, y se encuentra en todos los sentidos posibles.
- b) La simetría es una relación **R** cuando una entidad *x* tiene la relación **R** con *y*, entonces *y* tiene la relación **R** con *x*.
- c) La transitividad es una relación **R** cuando una entidad *x* tiene la relación **R** con *y*, y la entidad *y* tiene la relación **R** con *z*, entonces la entidad *x* tiene la relación **R** con *z*.
- d) La especialidad no es una relación lógica sino ontológica.

²²⁹ Kelsen, Hans, *Op Cit.*, TGN, pp. 50-51.

- e) La traducibilidad es la posibilidad de establecer una relación de términos por medio de otros, lo que da origen a la indeterminación (indeterminacy),²³⁰ que afecta no sólo a los significados sino también a las referencias, porque no es posible precisar a qué se refiere un término que no proporciona claves para su determinación, por lo que hay que modificar a fondo muchas ideas relativas al estatus de ciertas expresiones.
- f) La convencionalidad es tanto un significado diferente al uso común de un término y condicionado por el 'sistema de referencia' al que pertenece, como una aceptación tácita del uso común de un término.
- g) La no exclusividad, indica que un término puede tener una relación lógica con un término diferente, porque comparte algún sentido con éste, ya sea por su extensión o su contexto.

Un ejemplo. Supongamos por un momento que antes de 1903 la expresión *espacio aéreo* no tenía ningún *significado* posible para el derecho, pero que Orville y Wilbur Wright posibilitaron algún *significado* de dicha expresión, y por ende su regulación en derecho. El *Flyer I* es, desde entonces, la *referencia* lógica de aeronave, de un vehículo capaz de navegar por el aire. Con el avance de la ciencia se establece un paradigma de aeronave, aplicable a todos los vehículos capaces de navegar por el aire, aviones por ejemplo. Pero un buen día aparece en el aire un vehículo que no encaja con la referencia del *Flyer I*, es decir del paradigma de aeronave, un cohete.

²³⁰ Vid. Quine, W. V. O., *Palabra y objeto*, Editorial labor, Barcelona, 1968.

Esta aparición se asemeja a la aparición del *avión* cuando este no encajaba con el paradigma *vehículo*, con la salvedad de que ahora *espacio aéreo* tiene algún significado para el derecho. La pregunta de si debe o no regularse la navegación del cohete que flota del mismo modo en que se regula la navegación de un *avión*, implica al menos tres cosas: 1) que la referencia al paradigma de *aeronave* puede extenderse, 2) que hay un sentido adicional de *aeronave* en todas aquellas normas que las regulan, y 3) que cuando hablamos de cohete nos referimos a un sentido posible del *significado* de *aeronave*. Cuando hablamos del *sentido* de un término o un enunciado nos referimos a la determinación específica de alguno de sus posibles *significados*. De modo que *avión* o cohete son dos posibles sentidos del término *aeronave*, que tiene en este caso más de un posible significado.

En nuestro ejemplo, podemos observar que el paradigma de *espacio aéreo* no ha cambiado, pese a que los casos paradigmáticos de vehículos que transitan por él, es decir *aeronaves*, tiene nuevas referencias. Los casos paradigmáticos en el derecho difícilmente cambian, lo que cambia son sus referencias, esto es, ejemplos de aquello que comprende el significado de un término o una norma jurídica. Están especificados, es decir se apartan del paradigma por su contexto. *Avión* o cohete son *sentidos* de *aeronave*, pero tren no lo es a menos, por supuesto, que el contexto específico de los trenes cambie y estos comiencen a transitar por el aire.

1.1.1.1. Significado y Sentido de las normas y de un sistema de normas.

Sentido se refiere a la especificidad de una norma general y abstracta, de su contenido relacional con estados de cosas, que tiene al menos una aplicación particular en los

hechos que se significan por medio de ella. Es el proceso de reconocimiento por el que una norma es comprendida o reconstruida. Es el modo particular de entender una norma, según cada una de sus interpretaciones posibles, que se han llevado a cabo o que se encuentran implícitas en la norma, sea por intensión o por extensión. Si una norma define el modo de proceder para contextualizar una norma al caso concreto, ésta tiene un sentido específico rígido, si no lo tiene se dice que tiene un sentido vago.

Significado se refiere a la explicitación de un evento por medio de algún sentido posible, y que puede abarcar más de uno. Es el contenido semántico implicado por los términos y conceptos utilizados en la construcción de una norma, condicionado por el sistema y su coherencia interna. Es la aplicación entre dos casos límite, uno de aplicación y otro de no aplicación.

2. Defectos semánticos de los conceptos utilizados en la creación de normas jurídicas.

La postura de Endicott respecto a los casos no paradigmáticos, es que al menos hay unos paradigmas que son instancias indiscutibles, como es indiscutible que una persona sin pelo es calva.²³¹ Para Dworkin, los casos paradigmáticos o fáciles se resuelven con reglas, mientras que los casos difíciles o no paradigmáticos se resuelven con principios, es decir, los principios llenan las lagunas jurídicas.²³² Es una apreciación muy cercana a la descripción de Kelsen, donde la discrecionalidad se resuelve por principios que la doctrina jurídica toma por ciertos, axiomáticamente, del tipo *norma de*

²³¹ *Cfr.* Endicott, Timothy, *Op. Cit.* PR, p. 39.

²³² *Vid. Ibidem.* p.44 y *ss.*

*mayor jerarquía deroga norma de menor jerarquía, norma específica sobre norma general, lex posterior derogat priori, lex prior derogat posteriori, etc.*²³³ Pero Robert Alexy observa que *tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas.*²³⁴

Al respecto, Robert Alexy distingue que quien considera la generalidad como decisiva para llegar a la conclusión de que entre reglas y principios existe sólo una distinción de grado, postula una tesis débil, mientras que aquel que llega a la conclusión de que dicha diferencia no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo, postula una tesis fuerte. En el primer caso estamos ante un sistema que establece condiciones de prioridad de los principios frente a otros principios y las reglas. En el segundo caso, se hace necesario, además de ciertas condiciones de prioridad, de una argumentación que permita otorgar un cierto peso a unos principios frente a otros, y sólo ante la insuficiencia de las reglas jurídicas. Esto explica porque Alexy considera a los principios como mandatos de optimización o normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, mientras que las reglas exigen un cumplimiento pleno y, por lo tanto, sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas.²³⁵

Si tomamos en cuenta los argumentos que esgrime Robert Alexy, tenemos que considerar que las normas jurídicas atienden a un grado de generalidad relativamente alto y otro relativamente bajo. La generalidad y la vaguedad se diferencian porque la

²³³ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Op. Cit.* ITPD, p. 39 y *ss*

²³⁴ *Cfr.* Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, trad. Manuel Atienza, Editorial Fontamara, México D.F., 2004. p. 9.

²³⁵ *Cfr. Ibídem.* p. 13 y *ss*

vaguedad afecta al núcleo de significado de una norma, mientras que su grado de generalidad nos dice la afectación que una norma tiene dentro del sistema.

Si seguimos la línea de la que hemos dado cuenta, el derecho es el conjunto de normas positivas que pertenecen dos clases de sistema, uno de normas simples y otro de normas complejas. La pertenencia significativa de una norma a alguno de ellos es lo que se conoce como validez individual de las normas. Una norma aislada no puede ser consistente y completa o concluyente, es decir, no cumple con el criterio de coherencia, dado que no atiende a la coherencia interna de alguno de los dos sistemas y, por tanto, aparece en un contexto de interpretación nulo. Si bien una norma jurídica es condicional de los hechos que significa, también lo es en cuanto al sistema al cual pertenece.

El error sobreviene cuando se pretende adecuar forzosamente la interpretación de los hechos a una norma jurídica y no se interpreta la norma jurídica en relación con el sistema al cual pertenece, para que se adecue a los hechos sobre los cuales pretende significar algo, es decir su aplicación. Así, por ejemplo, el caso del *poeta maldito*²³⁶ no es un caso sobre *toda* la libertad de expresión, sino un caso no paradigmático de libertad de expresión. Como ya se mencionó, los casos marginales desplazan la discusión interpretativa del asunto específico hacia la significación conceptual de los casos centrales, en este caso la *libertad de expresión*. Pero no por esto podemos concluir que la libertad de expresión carece de casos paradigmáticos, por ejemplo *esto* que estoy haciendo.

La norma jurídica no es clara en el caso anterior porque no nos dice todos los casos y las consecuencias jurídicas posibles, pero aún así la extensión de la norma

²³⁶ *Supra* p. 151 y *ss*

jurídica es determinable. Si en nuestro caso la norma que establece la libertad de expresión no estableciera cuáles son sus límites, entonces dicho derecho sería ilimitado, su intensidad sería absoluta. Pero nuestra constitución establece en su artículo 6º que *la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público*. El problema de interpretación en nuestro ejemplo radica en qué consiste esto último como limitación de la norma, y me parece que es perfectamente determinable cada uno de estos casos según lo que hemos propuesto hasta ahora.

El problema que surge ante la falta de distinción entre sistema de referencia y sistema jurídico, comienza cuando se intenta definir, por ejemplo, el concepto de *libertad* o de *libertad de expresión*, dado que la problemática no indica que se deban establecer los límites de la libertad de expresión, sino sólo que se debe dar una aproximación al significado de mayor aceptación y menor oposición posible de la libertad de expresión, coherente con el sistema de referencia, si es el caso; o bien, de la extensión de los límites y los alcances de la norma compleja que regula la libertad de expresión en un sistema jurídico, de ser el otro caso.

Debe reiterarse que si bien una norma jurídica puede ser vaga, el orden jurídico no puede ser vago *globalmente*. Un sistema de referencia es necesariamente atributivo y no descriptivo. Esto es, un sistema de referencia representa estados ideales y no estados factuales, por lo que no permite describir a la realidad sino atribuirle un significado (ideal) específico. Por otro lado, corrigiendo esta apreciación, las normas

jurídicas complejas son necesariamente vagas, porque necesariamente *usan* términos *abstractos*,²³⁷ que significan a la realidad, es decir a casos específicos.

Las normas jurídicas complejas son susceptibles de de interpretación, pero las normas simples no lo son, lo que resulta controvertible de las normas simples es su coherencia interna con el sistema de referencia considerado en su generalidad. Porque se puede cuestionar el significado de *libertad de expresión*, pero no el derecho a tal libertad de expresión. En este punto puede surgir la objeción sobre la delimitación de los alcances de ese derecho y, por ende, la vaguedad como algo que afecta al derecho mismo. Pero, como ya se dijo, que el significado de una norma jurídica sea vago se debe a que pertenece también a una dimensión de norma compleja, pero que es determinable dentro de un sistema. La determinación del significado de *libertad de expresión* se lleva a cabo por vía de la aceptación social y de la interpretación del *sistema de referencia* al cual pertenece, pero los alcances específicos o paradigmáticos de la *libertad de expresión*, recae en la interpretación extensiva de su normatividad. Por tanto, un *sistema de referencia* siempre se encuentra plenamente determinado en este sentido. En todo caso, el sistema de normas complejas es siempre un sistema de regulación de la conducta humana que opera por aproximación, y la interpretación de las normas jurídicas nos ofrece simplemente una respuesta relativamente correcta.

2.1. La justicia como defecto semántico del concepto de derecho.

Para Derrida el concepto de Justicia es clave en la fundamentación de una estructura de valor moral, jurídico y político, porque éste surge siempre como elemento de

²³⁷ *Supra*. p. 155 y *ss*

convergencia y fortaleza en los diversos discursos valorativos internos de éstas. Si se preguntara a un político o a un juez si su intención en el actuar es *justa* o *aspira a ser justa*, la respuesta sólo puede ser sí, porque de otro modo su actuación no tendría sustento y sería reprochable, y se pondría en duda su autoridad. Es decir, como parte tácita de su discurso existe la intención de tener autoridad, y una condición necesaria para lograrlo es la *justicia*.

Si un juez afirma que su sentencia ha sido apegada a derecho, su intención más firme no es decir que ésta ha sido legal o legítima, o legal y legítima, sino que ha sido justa por el simple apego a las reglas y los criterios preestablecidos en la ley, y con arreglo a la voluntad del legislador o que ha sido calculada esa aproximación e interpretación de la norma a su verdadero significado. Sin embargo, esto no quiere decir que la resolución del juez haya sido justa ni que la norma sea justa, pero sí que él busca que su resolución y la norma en ella fundada alcance el estatus de justa y que su argumento gire en torno a esa suposición. Por ello Derrida dice: *El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento de cálculo, y es justo que haya derecho. La justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable; y las experiencias aporéticas son tan improbables como necesarias de la justicia, es decir, momentos en que la decisión entre lo justo y lo injusto no está jamás asegurada por una regla.*²³⁸

Para Derrida la decisión de un juez puede ser justa, pero la justicia no puede ser determinada, porque la justicia es inaprensible e indeterminable como concepto. Las decisiones judiciales tienen que ajustarse al criterio de coherencia interna tanto en el

²³⁸ Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*. Trad. Barbera, Adolfo y Peñalver, Patricio, editorial Tecnos, primera reimpresión, Madrid, 2002. P. 39.

sistema de referencia que dicta las pautas de su proceder y facultamiento autoritativo, como en su interpretación justificada con base al sistema jurídico, al menos si quiere que su decisión sea entendida como *justa*.

La *decisión* autoritativa puede postergarse, puede ignorarse, pero al final debe ser tomada, y ese acto es calificado como justo o injusto. Si dicha calificación se hace tomando en cuenta el sistema de referencia del cual proviene su facultad de juzgar, consideramos que la conducta del juez se ha ajustado o no a las reglas de dicha facultad, pero si dicha calificación se hace con base al sistema jurídico, entonces decimos que la autoridad ha calculado correcta o incorrectamente la aplicación de la norma. De modo que no se califica la justicia misma del acto, sino la coherencia con el sistema en cuestión.

Por ejemplo, si suponemos que a un padre que castiga a su hijo por haber reprobado una materia se le pregunta “¿por qué has castigado a tu hijo?” y éste responde “porque es mi derecho hacerlo”, primero tendría que definirse si se califica la facultad de castigar o el cálculo en la aplicación del castigo. En el primer sentido, este o aquél es su derecho, pero aún no hay algo que defina la acción tomada en concreto y que justifique su facultad de castigar. Pero si, en cambio, responde que es su responsabilidad velar por el bien de sus hijos y que lo ha hecho porque es *justo* hacerlo, toda vez que es por el bien de su hijo, está justificando su acto en un *sentido* concreto, una obligación, que él evalúa como cálculo de su acción.

Como puede apreciarse, el sentido de lo *justo* sigue oculto hasta aquí, pero se devela que el padre tiene o pretende tener autoridad sobre *el otro*, su hijo, al menos en lo que respecta a las decisiones que son beneficiosas al hijo y que se imponen aún en contra de la voluntad de éste. Si además se le preguntara porqué es justo hacerlo,

tendrá seguramente un espectro de respuestas posibles tan amplio que resulta difícil aseverar cuál será ésta, pero lo cierto es que puede verse obligado a dar alguna respuesta, y a hacerlo con la firme intención de satisfacer la exigencia de un argumento *justo*, que atienda a los criterios de la justicia a la que hace *referencia*. Y si se indaga más en la búsqueda de estos criterios, se verá que estos no pueden ser infinitos. Entonces la respuesta final del padre que ha castigado a su hijo por reprobado una materia puede ser de tipo fundacionalista, en una respuesta tal como “¡porque lo digo yo!”, o bien atender a un criterio coherentista y responder que su acción es coherente con el sistema de creencias de su comunidad.

Esta es, al menos aproximadamente, la observación que Derrida hace sobre el derecho *Dado que en definitiva el origen de la autoridad, la fundamentación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse en ellos mismos, éstos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento,*²³⁹ como ya se mencionó, desde un punto de vista fundacionalista, pero desde un punto de vista coherentista la pregunta sobre el fundamento no es pertinente.

Si el juez (*iudex*) opone diversos conceptos en conflicto y califica un acto, como cálculo normativo, lo hace en virtud de esta dualidad, de un sistema que reconoce aquello que es aceptable y un sistema que abre el margen a la interpretación. Pero el juez no decide qué es lo justo, sino que en un movimiento de su memoria trae aquello que ha sido considerado como *justo* y es aceptablemente *justo* desde el punto de vista de la autoridad. Y aún cuando el juez, excediendo la frontera de lo establecido como justo y en un acto *decisional*, decida integrar extensivamente su interpretación de

²³⁹ *Ibidem.* p. 34.

justicia, no es el juez quien decide validar lo justo sino que la validez se desprende de su ajuste con el criterio de coherencia. Este último movimiento es crítico, *fundamental*,

Todo sería todavía simple si esta distinción entre justicia y derecho fuera una verdadera distinción, una oposición cuyo funcionamiento esté lógicamente regulado y sea dominable (sic). Pero sucede que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y que la justicia exige instalarse en un derecho que exige ser puesto en práctica (constituido y aplicado) por la fuerza (<<*enforced*>>). La desconstrucción se encuentra y se desplaza siempre entre el uno y la otra.²⁴⁰

Kierkegaard dice que la verdad es *norma y juez de sí misma y de lo falso*, observa que la existencia es previa a la idea de derecho y justicia, de norma y juez, pero que *informa* a los conceptos en el movimiento de esta dialéctica. Esto es, se define lo que es justo en virtud de lo injusto, y mientras lo justo no sea designado como injusto, su significado permanece determinado de modo *pasivo*, con arreglo a una verdad también establecida por oposición a su contrario, la falsedad. Pero no existe cosa tal como una determinación *activa* de la justicia, porque, en ese sentido, lo justo es lo posible y *ahí*, en ese lugar común, nadie tiene la última palabra.²⁴¹

En nuestro ejemplo del padre que castiga a su hijo, éste no puede conocer el fundamento de su acción, la justicia, en virtud de que él mismo es objeto de una valoración sobre lo justo, pues como juez (*iudex*) toma una determinación basada en lo

²⁴⁰ *Ibidem.* p. 51.

²⁴¹ *Cfr.* Kierkegaard, Søren A., *Op. Cit.* MF, p. 62-63.

que otros padres hacen (*Index*), y aun si él fuera el primer padre que lo hace, su decisión estaría sujeta a valoración, a la corroboración de su mérito, i.e. su intención de obrar *coherentemente*.

De modo que ante la pregunta “¿por qué has castigado a tu hijo?”, el padre que contesta “porque no hacerlo sería injusto” parece no diferenciarse del que contesta “porque es mi derecho hacerlo”, pero la diferencia es radical. La decisión que se fundamenta en la oposición al acto injusto pone en evidencia su intención de obrar justamente, mientras que el otro argumento no esgrime ninguna postura frente a lo justo, más bien evade la cuestión. Mas el padre que responde “porque es mi obligación hacerlo”, que parece estar más cercana del que invoca a lo injusto, se diferencia de nuestro argumento porque algo le *impele* a actuar, ajeno y exterior a él, es decir, hay una decisión previa sobre la justicia de su obligación sobre qué es lo debido. Pero el que apela a lo injusto sólo se ve en la necesidad de definir qué es lo injusto como fundamento de su actuación con pretensión de justicia.

La decisión fundamentada y definida por su oposición a lo injusto es calculable y determinable normativamente, lo cual no constituye a la decisión del *iudex* como una de justicia, pero su actuación sobre *el otro* tiene mayores posibilidades de ser asumido como justo sin que sea necesaria la intervención del elemento de la violencia o coacción. En otras palabras, *la autoridad de las leyes sólo reposa sobre el crédito que se les da. Se cree en ellas, ése es su único fundamento. Este acto de fe no es un fundamento ontológico o racional. Y de todas formas todavía queda por pensar lo que quiere decir creer.*²⁴²

²⁴² Derrida, Jacques, *Op. Cit.* FL, p. 30.

2.2. Casos claros Vs. casos difíciles.

*La expresión "conducta debida" es ambigua. Puede referirse a la conducta que, en la norma, como su contenido, debe ser, y que es debida aun cuando no se haya producido; pero también puede referirse a la conducta fácticamente producida que corresponde al contenido de la norma.*²⁴³

Los *términos rígidos* son aquellos que se *usan* en todos los mundos posibles, y las verdades analíticas se basan en el significado de los términos.²⁴⁴ Sin embargo, en derecho no existen propiamente los *términos rígidos*, porque todas las normas jurídicas están sujetas a interpretación y cambio. Si, como advierte Dworkin, ante la imposibilidad de remitir un determinado litigio a una regla jurídica clara, establecida previamente por alguna institución, el juez actúa con una discreción que refleja la moralidad política del juez, y esto justifica la inclusión de principios generales del derecho, la moral pública o historia de las instituciones y las directrices políticas,²⁴⁵ es una perspectiva que funciona sólo porque se presume la coherencia interna de dicha inclusión con el sistema y que cualquier norma que aumente la coherencia del sistema puede formar parte de él.

A los casos fáciles y casos difíciles del derecho sería mejor llamarlos casos típicos y casos atípicos de reglas sobre normas jurídicas. Porque resulta que si las reglas jurídicas son proposiciones sobre normas jurídicas y estas son adecuadas para

²⁴³ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, p. 20.

²⁴⁴ *Vid.* Kripke, Saul, *Op. Cit.* NN, pp. 58 y ss.

²⁴⁵ *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Casos difíciles*, editorial UNAM-IIF, Cuadernos de Crítica N° 14, México D.F., 1981. pp. 5-13.

solucionar un caso concreto, es un caso típico de aplicabilidad de una regla sobre una norma jurídica, y su inclusión dentro del sistema es válida en tanto atienda al principio de coherencia o no incremente la coherencia interna del sistema. Por otra parte, cuando dichas proposiciones no son pertinentes en la aplicación de una norma jurídica, no son coherentes o incrementan la coherencia interna del sistema, son casos atípicos de aplicación de la norma, lo que no quiere decir que intervengan elementos externos al sistema de normas para solucionar un caso concreto, sino que interviene una proposición no pertinente, relativa a una norma que no es el caso para dar solución, lo cual tiene por resultado una proposición que no puede formar parte del orden jurídico.

3. Las sentencias fundacionalistas de los jueces.

La discrecionalidad jurisdiccional o legislativa es confundida con arbitrariedad, porque existe la creencia equívoca de que una autoridad que interpreta fuera del *significado* de una norma concreta *legisla* a modo de integrar dicha norma al sistema, y con ello crea derecho. Sin embargo, lo que una autoridad hace en casos donde el *significado* rebasa el núcleo de acuerdo de una norma y entra en una zona de penumbra es buscar el *sentido* de dicha norma, con la finalidad de saber cuáles son las posibles propiedades de una norma, no comprendidas por el *significado* aislado de la norma, que pueden ofrecer una respuesta al caso concreto, comprendida ésta por el *sentido* de una norma dentro de un sistema de normas, sin que dicha respuesta 1) sea arbitraria, porque la respuesta se deduce del sistema jurídico en su conjunto y no contradice al sistema de referencia y 2) produzca una nueva norma, que amplíe o tenga la firme intención de ampliar el 'núcleo de acuerdo'.

Ahora bien, las teorías de Kelsen y Hart no son excluyentes en términos de teorías fundacionalistas, más bien resultan complementarios, porque la fundamentación de validez última de un orden jurídico recae sobre una norma, y hay dos condiciones suficientes y necesarias para la existencia de un sistema jurídico: 1) obediencia generalizada, de la comunidad que obliga, y 2) aceptación efectiva de los funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de la conducta oficial.²⁴⁶

Las prácticas de interpretación jurídica aparecen como mediadoras entre la normatividad jurídica y la evidencia casuística. Detrás de esta descripción parecen vislumbrarse ciertas especulaciones de carácter realista, como afirma Dworkin en su *Law's Empire*, aunque sólo se refiere a cómo las prácticas interpretativas se mantienen en el tiempo como ciertos estándares o pautas de conducta oficialmente aceptadas. Una de las respuestas más interesantes al planteamiento de Dworkin es el que proporciona Duncan Kennedy.

Una de las críticas principales que los Critical Legal Studies lanzan sobre el positivismo jurídico consiste en que, si bien concuerdan en que hay casos de determinación e indeterminación jurídica, de ningún modo es sostenible la postura que dice que hay una indeterminación global en el sistema normativo o bien que siempre hay una respuesta 'correcta' y que se puede llegar a ella por muy obscura y apartada que se encuentre a los ojos del intérprete. Las consecuencias de un positivismo donde se presupone esa última posibilidad, encuentra problemas y Kennedy trata de develar algunos de esos puntos flacos.

²⁴⁶ *Cfr.* Hart, H. L. A. *Op. Cit.* CD. p. 145.

Duncan Kennedy está de acuerdo con el positivismo jurídico en que a veces hay determinación y a veces hay indeterminación en el derecho; sin embargo, él está en desacuerdo con varios puntos de la teoría de interpretación de Kelsen y Hart. El primero de ellos consiste en que para Kelsen y Hart la determinación²⁴⁷ de una cierta norma, vista como una unidad, es una cuestión de grado. Para Kelsen, por ejemplo, las normas constitucionales que definen el ejercicio adecuado del poder legislativo son relativamente indeterminadas respecto a qué estatutos debe adoptar la legislatura, mientras que los estatutos son relativamente menos determinados de contenido que las decisiones judiciales, en el sentido que las leyes son generales y, por tanto, aplican a todos los casos a través de un órgano jurídico (como es el juez), mientras que las sentencias son particulares y son aplicaciones de la autoridad al caso concreto. Del mismo modo, para Hart las normas pueden tener penumbras más grandes o más pequeñas.

Las penumbras son zonas de indeterminación normativa, donde hay más de una respuesta al caso concreto, y el problema nace cuando hay que interpretarlas y se alejan de un núcleo normativo de interpretación, donde es fácil resolver un caso.²⁴⁸ Kennedy se refiere a la determinación judicial en las sentencias, como una clara determinación de primer orden, es decir, de aplicación de las normas jurídicas, pues

²⁴⁷ En el original Duncan Kennedy utiliza la palabra ‘determinacy’, cuya traducción literal varía. De tal modo que opté por traducirla como determinación, según el uso común que se le da a esta palabra en diversas teorías de lógica, i.e. probabilística, lógica modal y lógica no monotónica.

²⁴⁸ *Vid.* Kennedy, Duncan *A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation*. Paper Work, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, compiladores Cáceres, *et al.* editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.P. 371.

una vez que una sentencia ha quedado firme es indiscutible su determinación respecto del caso concreto al cual se aplica, no así de su lugar y subsecuentes interpretaciones dentro del orden jurídico.

Para Kennedy no es claro en qué sentido Kelsen y Hart utilizan la palabra 'determinación', pues su uso se presta a confusiones. Por un lado, un sentido de 'determinación' nos puede llevar a pensar que significa que podemos predecir con gran certeza lo que los intérpretes harán con un problema que se les presente. Se refiere a lo que los jueces harán en presencia de una norma que da solución exacta a un caso concreto. Pero, por otro lado, parece que 'determinación' puede significar que se trata de una operación cognoscitiva, en el sentido que la entendemos como un juicio sobre su significado, en el entendido de que es algo diferente al observador y que podemos entenderla como la verdad del asunto. Es decir, una interpretación exterior y diferente a la del juez, donde éste se limita exclusivamente a encontrar esa verdad que es, por supuesto, independiente de su juicio y de si su opinión es conforme o no a esa interpretación. De hecho, esta sería no sólo la única interpretación, sino que también estaríamos ante la presencia de una solución coherente y justa. Dejaremos de lado este último aspecto, aunque esté presente, ya que este tema se presta para un desarrollo que rebasa las intenciones del presente trabajo.

Kennedy afirma que el problema de la determinación, como operación cognoscitiva y como coherencia del sistema, no se encuentra problematizado, es decir, se olvida de su aspecto casuístico, así que para Kelsen y Hart no hay una diferencia significativa entre aquellos dos sentidos. Luego, la determinación del significado correcto de la norma (la que pronuncia el juez), en la perspectiva Kelsen y Hart, es la cognición 'literalista' de su significado dentro del marco jurídico. Siempre que surja un

conflicto entre la norma jurídica y la sentencia a la cual quiere llegar el juez, en principio, debe prevalecer aquella interpretación de la norma que no entre en conflicto con una idea de orden jurídico, la coherencia del sistema, o bien reformular y establecer una nueva idea de orden jurídico, integración normativa.

Otra crítica de Kennedy, gira en torno a que en esta búsqueda del significado correcto o auténtico de la norma, se supone siempre la buena fe del intérprete o juez. Sin embargo, aún en un caso no difícil donde la norma es claramente aplicable al caso concreto, es posible que surja discrepancia entre la aplicación de la norma y la sentencia a la que el juez quiere llegar. La buena o mala fe del juez puede estar presente, pero en todo caso el juez influye en la decisión que toma, no es mero autómatas dentro del proceso.

El juez valora las pruebas, considera hechos y normas, y pondera las circunstancias clave de cada caso concreto, pero el juez puede poner todo su empeño en el enfoque que quiera defender, según sus propios criterios de justicia. Si es el caso, este juez depende de una buena argumentación para que su resolución no se aparte demasiado de la opinión general (o como le llama Kennedy, 'objetividad'), intentando conservar su credibilidad como autoridad y su postura como legítima. Tomando en cuenta lo anterior, quiero hacer énfasis en dos puntos que, desde mi perspectiva, son erróneos.

El primero, si bien es cierto que el juez no es un funcionario que responde a estímulos y fundamentos legales solamente, sino más bien toma parte activa dentro del proceso, también es cierto que su margen de movimiento no es muy amplio, y muchas veces no tiene ese margen de movimiento. Esto es porque, en principio, el juez no

puede apartarse de lo que le ha sido solicitado por las partes²⁴⁹ y en esos términos debe resolver, pero sobre todo porque existe un marco normativo que regula tanto lo que ha sido solicitado a él, en su calidad de juez, como los términos específicos en los que le ha sido solicitado una solución y, también, la función que tiene como órgano jurídico (reglas de competencia y jurisdicción). En todo caso, el juez resuelve si la norma es aplicable o no al caso concreto, no así si cómo es aplicable la norma. Los casos donde el juez interviene fuera de estos límites implican la pérdida o disminución de su imparcialidad o, en los términos de Kennedy, su objetividad.

Ahora bien, un segundo punto que, a mi parecer, es una equivocación de Kennedy consiste en el juego de los conceptos 'legalidad' y 'derecho', como si se tratara de cosas idénticas. Es cierto que el conjunto de reflexiones que el juez emite para salvar los obstáculos entre lo que dice la norma jurídica y la sentencia a la cual quiere llegar sean parte del derecho, pero no son parte del orden jurídico (ley). Es hasta que el juez emite una sentencia que la norma particularizada se convierte en parte del orden jurídico y por tanto en obligatoria –sin tomar en cuenta las instancias de apelación y combate de esa norma particularizada, que la pueden reducir a un contrasentido con el orden jurídico y por tanto invalidarla y sustituirla por otra válida. El concepto 'derecho', me parece, es tomado tan ampliamente por Kennedy que puedo afirmar que en este momento, mientras escribo estas líneas, estoy haciendo 'derecho'.

²⁴⁹ Por supuesto, excluimos casos donde opera, por ejemplo, la suplencia de la queja o en la deficiencia de la demanda, toda vez que casos en donde el factor social y el consecuente interés público operan como elementos aplicables según las reglas jurídicas, el juez es imbuido a actuar no sólo como árbitro sino también como parte. Esta observación no puede ser objeto de estudio en el presente análisis, pero no se desconoce. Es, sin embargo, una cuestión que merece toda nuestra atención en subsecuentes trabajos.

Pero imaginemos que un día estas líneas son tomadas en cuenta por un juez dentro de sus reflexiones sobre la aplicación de una norma, ¿eso vuelve a estas líneas más jurídicas? Desde nuestro punto de vista, no considero que sean 'derecho' ni las líneas aquí postuladas ni las reflexiones del juez que resuelve en un caso concreto. En todo caso, se trata solamente de consideraciones *sobre* el derecho.

La legalidad es un asunto aparte, pues no podemos negar que una disposición normativa emitida según un proceso legislativo y coherente con el orden jurídico es derecho, como tampoco podemos decir eso de una sentencia judicial que atienda a los principios generales del procedimiento y se funde en norma jurídica válida y vigente. Tal vez el problema radica en que un juicio de valor sobre una norma del sistema, tomado en cuenta por el juez para emitir su decisión, es realmente una contradicción de sus convicciones y no una cuestión de justicia, mucho menos jurídica.

Si un juez superpone sus valoraciones más convincentes de justicia frente a su juicio de lo que es una antinomia, laguna o incertidumbre jurídica, supone que el juez no tiene duda sobre la 'verdad' de su opinión y la 'injusticia' de la norma jurídica, cosa que me parece poco probable, pero sobre todo que desconoce o, al menos, minusvalora la existencia de procedimientos más adecuados para la solución de conflictos humanos, porque el derecho da respuestas pero no necesariamente soluciones.²⁵⁰ Las

²⁵⁰ Nos referimos aquí a soluciones extrajurídicas o bien jurídicas de otra naturaleza a una resolución judicial. El Derecho, considerado como una estructura social que regula la conducta humana, necesariamente prevé formas generales de restablecer el orden cuando ha sido desestabilizado o trasgredido, sin embargo, las soluciones a los problemas humanos (pues no los hay de otro tipo) sobrepasan las previsiones que se pueden estipular. Por lo tanto, los jueces no pueden considerarse a sí mismos como la única vía ni la más justa para la resolución de conflictos humanos, sino sólo ocuparse de una aplicación aproximativa de la ley, con cierta pretensión de justicia.

resoluciones de los jueces, a mi real saber y entender, no son la solución de los problemas de sociedad y del mundo, por lo que la postura de un juez que pretende solucionar las cosas de este modo se excede en sus facultades jurisdiccionales. Los jueces deben saber que los límites del derecho, de lo jurídico, son los límites de sus sentencias.

3.1. La intuición judicial y la reconstrucción del orden jurídico.

Un primer aspecto que genera crítica en esta concepción de los juicios que son formulados 'intuitivamente' y previos a la determinación de la norma, recae sobre los procesos por medio de los cuales el intérprete decide qué norma o normas interpretar en un caso dado. El segundo aspecto de la crítica, es al proceso por el cual el intérprete decide que los hechos del caso que encuadran en la norma, se localizan en la zona de penumbra. En la explicación de Kelsen y Hart no hay cabida para un 'trabajo jurídico', que consiste en la determinación de una necesidad en el sistema y la consecución de lo que debe subsanar esa necesidad.

La postura que asume Kennedy, consiste en que sí hay 'trabajo jurídico', y consiste en la transformación de una aprehensión inicial de un sistema normativo, que requiere ser subsanado, hacia una nueva aprehensión del sistema donde existe una norma que se aplica al caso concreto y que corresponde a las preferencias extrajurídicas del que ha hecho este 'trabajo jurídico'. A esto Kennedy lo ve como una nueva reformulación o configuración del orden jurídico, yo le llamo reconstrucción jurídica.

Entonces, la labor interpretativa comienza antes de interpretar la norma, es decir, cuando se 'determina' si hay una norma que deba ser aplicada al caso concreto o bien si se 'determina' que para ese caso concreto hay un vacío normativo o un conflicto normativo. Un hecho por sí mismo, así como el contenido de una norma, no pueden determinar si es o no aplicable al caso concreto. De ello se sigue que el intérprete y ejecutor de la norma, comprende (incluso intuye) que es necesario saber sobre la verdad de los hechos, así como si hay una norma que es aplicable al caso concreto.

Este hecho preciso no es advertido y de ello se desprende la creencia de que una sanción es la adecuación de los hechos a la norma, una subsunción. La verdad de los hechos presentados ante el juez es una cuestión extrajurídica, mientras que la adecuación de estos a la norma no lo es. Por ello los intérpretes, algunas veces, trabajan para transformar la aprehensión inicial sobre los hechos y su primera idea del sistema normativo donde hay una falla, en una segunda aprehensión donde la norma gobierna y satisface sus requerimientos. Es decir, es exactamente aplicable al caso concreto.

Como una objeción a lo anterior, consideramos inexplicable que todo este trabajo jurídico que hacen los jueces no se regule por normas simples que obliguen a los jueces a no transgredir límites determinados por el orden jurídico. Para entender mejor lo anterior, quisiera traer a colación aquí un viejo ejemplo. Supongamos que un juez de línea en un partido de Fútbol, según las reglas del juego, marca un fuera de lugar cuando un jugador avanza hacia la meta sin el balón y por delante de los defensas en una jugada de anotación, claramente no habrá una objeción ni de los equipos, ni del árbitro central ni del público (al menos no seriamente). Sin embargo, si este mismo juez de línea decide marcar un fuera de lugar cuando el jugador no participa en la jugada y

se impide así una jugada que podría hacer ganar a uno de los equipos, porque según sus reflexiones y sus criterios de justicia, el otro equipo merece la victoria por su esfuerzo y empeño en el juego, seguramente ocasionará un reclamo generalizado y su posible suspensión como árbitro, entre otras cosas. Así mismo, los jueces siguen reglas que también les son aplicables.

Por otro lado, cuando los jueces tienen que resolver un caso, Kennedy dice que hay tres tipos de comportamiento estratégico en la interpretación, a saber:

- Tratar de encontrar argumentos legales que produzcan el efecto de determinación legal, para una regla diferente de aquella que parecía que evidentemente se aplicaba al caso concreto.
- Tratar de hacer pasar lo que parecía ser evidentemente una decisión judicial discrecional, por una donde hay una regla particular cuya aplicación es requerida por los hechos.
- Tratar de sustituir una regla válida o legalmente requerida y autoevidente, con una percepción de la situación. Esto es, que el juez se valga de estratagemas para conmutar la regla válida por una donde el juez está obligado a escoger de acuerdo con un criterio vago, entre alternativas jurídicas permisibles.

En estos tipos de comportamiento estratégico de interpretación, el intérprete trabaja creando o deshaciendo la determinación, es decir, participa activamente en los procesos de determinación, mientras que en las posturas de Kelsen y Hart se trata más bien de una experiencia que se presenta ante el intérprete. Este tipo de trabajo jurídico presupone un medio, la intuición o ideología del juez, el cual sirve de materia para

diseñar el significado o determinar la norma. Kennedy no considera tan importante saber qué cuenta como una fuente de este medio, sino *qué elementos se buscan y despliegan de hecho en el trabajo de apoyo o justificación.*

Para Kennedy, el trabajo interpretativo no es la cognición del vínculo normativo ni la discreción de idear el derecho de acuerdo con una preferencia legislativa, sino que se trata de un punto intermedio. Como se dijo anteriormente, la crítica de los Critical Legal Studies consiste en que de ningún modo es sostenible la postura que dice que hay una indeterminación global en el sistema normativo o bien que siempre hay una respuesta correcta y que se puede llegar a ella por muy obscura y apartada que se encuentre a los ojos del intérprete. Así mismo, rechaza cualquier postura que pretenda afirmar que la determinación o indeterminación es una cualidad o atributo inherente a la norma jurídica y que sea independiente del trabajo del intérprete.

El objetivo final de Kennedy, me parece, es el de demostrar que la teoría interpretativa del tipo Kelsen Hart es incorrecta y que ésta no puede resolver la interpretación sino mediante la simulación de una solución. Al mismo tiempo, propone un modelo de interpretación a través de un 'trabajo interpretativo' que, a diferencia de Kelsen y Hart, establezca el sistema con una determinación de la norma particular a la norma general y no de lo general y abstracto a lo particular. Es decir, que la interpretación y determinación de las normas a casos concretos dan significado y coherencia al sistema jurídico en su totalidad. La ideología (de los intérpretes, aunque sostengo que no puede haber ideologías individuales) afecta la interpretación de la norma y la determina, en cierto modo, de acuerdo con el contexto donde ha de ser aplicada, y en función de una coherencia con este medio (ideológico) es que significará, para futuras desestabilizaciones del sistema que requieren de una interpretación, su

determinación. Es decir, el derecho es un proceso continuo de desestabilizaciones donde se trabaja continuamente para estabilizarlo, de acuerdo con una ideología predominante.

Desde nuestro punto de vista, considero que las ideologías o creencias son el límite donde una decisión judicial deja de ser jurídica y se convierte en una acción política, tendiente a extender los límites del derecho a criterios que podemos considerar como morales o de justicia. Hacer esto, ¿no significaría llevar los conflictos a “campos” no sólo del derecho, sino también morales y políticos? ¿Quién juzgará estos actos? ¿Cuál será la última instancia? ¿No resulta más conveniente la perspectiva coherentista que da cuenta de los límites del derecho con el criterio de coherencia interna?

La norma no es algo que exista en sí misma, ni tampoco son propiedades de las cosas o la realidad en sí misma, pero tampoco es un modo de ser meramente ideal. Son representaciones (esquemas) que rigen nuestra manera de ver las cosas. Kelsen equipara la *norma* con el *concepto* kantiano. Para Kant el conocimiento está fundado en la construcción de conceptos, que son el resultado de la operación entre los sentidos (elemento externo) y el entendimiento (elemento interno). Por tanto, puede parecer que la norma es producto de la experiencia, pero es así sólo porque son construidas con base al lenguaje de la experiencia, pero su contenido es siempre anterior a su aplicación, es abstracto, por lo que no puede ser producto de la experiencia, aunque esté formulada en estos términos. El concepto, para Kant, no puede surgir independientemente de la experiencia ni del entendimiento, es el resultado de las percepciones de los sentidos que operan en el intelecto. Sin embargo, concepto y norma no son lo mismo. El concepto es la unidad básica del entendimiento, mientras

que la norma es una estructura de conceptos, es decir, una proposición con pretensión argumentativa.²⁵¹

Cuando una norma es aplicada se dice que es eficaz. Si es la primera vez que se aplica se considera no sólo que ha sido verificada su validez (porque la validez la tiene por el simple hecho de pertenecer al orden normativo) o que ha pasado esa prueba (test), sino que además reconoce la entera validez del orden jurídico por su sistematicidad (regla de reconocimiento). No se puede reconocer una norma sin reconocer el sistema al que pertenece, pero sí se puede reconocer un sistema de normas sin reconocer una o algunas de las normas que lo constituyen. Si sólo es una norma la que se reconoce, con ello se reconoce la autoridad del legislador, sea el contenido de la misma ese u otro. Si el legislador legisla nuevas disposiciones o normas, estas no contravienen a lo anterior si y sólo si la precedente es coherente con el sistema, por lo que la validez de la nueva legislación es plena de reconocimiento. Es posible para una nueva disposición normativa ser posterior a otras normas emitidas por el legislador, pero que no cuente con el pleno reconocimiento de su validez. Estos son ejemplos de *casos límite* donde el reconocimiento de plena validez puede reconstruir el sentido de la voluntad legislativa y el significado del orden normativo, frente al anterior sentido y significado. En esta labor de resignificación o reconstrucción, los legisladores del derecho asumen un papel general y abstracto de creación, reforma y derogación, mientras que los órganos aplicadores del derecho asumen para sí un papel particular y concreto de interpretación.

²⁵¹ Vid. Bunge, Mario, *Epistemología*, editorial siglo XXI, México D.F., 1998. p. 55.

La norma es abstracta, pero su contenido tiene un carácter fenoménico, es decir, se trata de una representación de fenómenos. Es por ello que para Kelsen puede servir como un esquema de explicitación conceptual, ya que el concepto por medio del cual 'algo' es explicado 1) es una condición de posibilidad del conocimiento y 2) el lenguaje que constituye al concepto es el lenguaje de la experiencia. Por ejemplo, 'justicia' es un concepto que nos explica una experiencia o la conexidad de una serie de ellas, y tiene carácter fenoménico porque así nos lo representamos. Esta representación es excluyente de aquellas experiencias que no consideramos casos particulares de la justicia, y es incluyente de aquellas experiencias que consideramos casos generales de justicia. El concepto de justicia se construye con base a la generalización de experiencias que son consideradas pertinentes, así como de la exclusión de aquellas experiencias que no lo son.

Desde el punto de vista de un formalismo exagerado, las normas jurídicas ideales son aquellas que pretenden encerrar un elemento matemático, que presentan consistencia o falta de contradicción y que aspiran a abarcar en forma completa todos los casos posibles y sus consecuencias, con economía en la formulación.

Por cierto, las normas jurídicas se construyen teniendo en cuenta la "adecuación" de los resultados. Pero en este sentido no se puede alcanzar perfección, y menos aún con respecto a las circunstancias y opiniones cambiantes. Por esta razón, en las normas jurídicas hay siempre, además de una parte "matemática" formal, una parte "pragmática" que le permite al jurista, con la ayuda del sentido común y

transgrediendo, a veces, las reglas del lenguaje, llegar a un resultado adecuado.²⁵²

Consideremos la afirmación anterior detenidamente y veremos que aparecen muchas críticas a este tipo de positivismo, viciado por la retórica. En principio, podemos decir que Fiedler es de la opinión que las normas jurídicas son generalmente imperfectas, lo cual no tenemos reparo en decir que consideramos acertado, puesto que no se puede suponer que el lenguaje, las circunstancias y las personas no cambien, y también resulta imposible pensar en una sola norma como absolutamente consistente, clara o falta de contradicción, y que abarque todos los posibles casos y todas sus posibles consecuencias. Pero Fiedler, dada esta imperfección de las normas jurídicas, asegura que es necesario que algunas veces se las transgreda con la finalidad de llegar a un resultado adecuado.

Nos detenemos aquí para llamar la atención sobre algunos aspectos muy delicados en las observaciones de Fiedler: dice que las normas son imperfectas y que requieren de la transgresión de su lenguaje, pero no dice nada de la transgresión de su significado, lo cual veremos más adelante. Por el contrario, se infiere que la adecuación de la que habla es entre las palabras que determinan a la norma y si es o no que estamos ante el caso. Sin lugar a dudas, este tipo de transgresión es siempre inadecuado e insostenible, porque para explicar dicha transgresión siempre se recurre a argumentos valorativos, i.e. una apreciación sobre lo que debe o no debe ser

²⁵² Fiedler, Herbert, *Derecho, lógica, matemática*, trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdez, editorial fontamara, México, 2002. p. 13. Las negrillas son nuestras.

trasgredido. Por tanto, resulta desafortunada la observación que hace de la parte pragmática de las normas, porque el sentido común es siempre una apreciación vaga y subjetiva, lo cual descubre que se trata de un eufemismo para decir que la interpretación normativa se resuelve discrecionalmente. Adicionalmente, lo que es o no es adecuado en este sentido, está lejos de ser determinable.

Las normas pueden estar formadas por *estructuras simples* del tipo “no mates”, “está prohibido matar”, “no está permitido matar”, “el homicidio es un delito”, “quien prive de la vida a otro comete el delito de homicidio”. Pensadores como Von Wright reconocen esta semántica jurídica, pero pasan por alto que si bien el significado a veces es el mismo, no lo es necesariamente, el nivel de claridad y comprensión es más complejo, y casi en todos los casos cambia el *sentido* a que se refiere cada una de estas estructuras.

Sucede así porque una *estructura* del tipo “no mates” es clara para todos los casos donde se priva de la vida a otro, por lo que su interpretación es unívoca, pero indescifrable por la compleja gama de posibilidades no especificadas por el legislador. Sin embargo, una *estructura de superficie* de tipo “quien prive de la vida a otro comete el delito de homicidio”, aunque es todavía una expresión vaga resulta descifrable y simple, porque remite a otras normas que nos responden sobre el delito dentro de un *sistema de referencia*. Esto es lo que se conoce como *significados denotados* y *significados comprendidos*, la diferencia entre los conceptos *matar*, *homicidio* y *delito*.

Nos resulta de verdadera utilidad teórica un concepto tomado de la filosofía, los procedimientos heurísticos. Un procedimiento heurístico es aquel que permite la generación de un cierto tipo de reglas que no pueden ser formuladas en términos exclusivamente normativos, es decir, como una sugerencia de solución en la

deliberación de un caso que puede partir de la decisión hacia su probable justificación, o bien del consenso, en el caso de una decisión colectiva o democrática. Las prácticas de interpretación del derecho no son siempre adecuaciones inferenciales de carácter racional, al cálculo de la probabilidad o las buenas razones, es decir, no siempre puede hallarse una respuesta satisfactoria por medio de la subsunción.

La razón de lo anterior es fácilmente previsible pero difícilmente ponderable en las consecuencias que tiene en la deliberación e interpretación del derecho. El contexto de aplicación de las normas jurídicas y de las reglas implícitas en las prácticas, no puede caracterizarse como una representación simbólica, dado que la deliberación tiene lugar en circunstancias tan dinámicas y complejas que siempre surgen nuevas prácticas y, por ende, nuevas reglas del derecho.

Un problema realmente complejo dentro de las prácticas interpretativas del derecho, consiste en la pretensión de la autoridad de objetivar por medio de definiciones a las mismas prácticas interpretativas, cuando, en general, la indagación racional se establece empíricamente.

Dado que un sistema de referencia está compuesto por elementos normativos y por normas jurídicas simples, éste no es coactivo, sino que es, como su nombre lo indica, una referencia al sistema jurídico que sí lo es. No se trata de dos sistemas jurídicos que coinciden y son válidos en el tiempo y en el espacio. Sólo hay un orden jurídico, y éste puede ser descrito como producto de la interacción entre un sistema de referencia y un sistema jurídico.

Si un grupo de personas se reúnen en una habitación y deciden que todas aquellas disposiciones normativas que acuerden ellos mismos en asamblea, serán obligatorios para ellos y todos aquellos que vivan en una ciudad, no se puede decir que

esto será así para nosotros; supongamos que somos ciudadanos de un lugar ficticio y, adicionalmente, que estas personas son diputados y senadores, en funciones según los estatutos válidos de dicho lugar ficticio, que a esa habitación se le denomina “asamblea legislativa” y que estas disposiciones normativas se acataron por todos los ciudadanos, desde que se indicó que eran obligatorias y durante muchos años, hasta la actualidad, ¿tendremos buenas razones para pensar que dichas disposiciones son válidas?

Si modificamos, por ejemplo, a quién va dirigida la obligación y dejamos todo lo demás constante, muy probablemente serán débiles las objeciones que surjan sobre la validez de dichas disposiciones. Digamos que estas disposiciones sólo son aplicables a aquellos que ejerzan la profesión de abogados, el sentido común nos dice que no todos los ciudadanos son abogados, entonces tenemos buenas razones para pensar que sólo aquellos que ejercemos tan noble profesión es tamos obligados por tales disposiciones normativas. Tal vez si jugásemos un poco con el ejemplo podríamos encontrar diferentes casos susceptibles de interesantes discusiones, pero lo que aquí nos interesa es destacar un caso específicos que sustenta una objeción muy fuerte.

En primer lugar, tendríamos muy buenas razones para pensar que si dichas disposiciones normativas son desobedecidas todo el tiempo y los estatutos son inválidos, o establecen un procedimiento legislativo diferente al que se siguió en la creación de dichas disposiciones, de ninguna manera podrá sostenerse la obligatoriedad de éstas. La razón es que dichas disposiciones normativas no son coherentes con el sistema al cual pertenece y, por tanto, no puede derivar en ninguna obligación válida.

En segundo lugar, un desplazamiento que disocie el sistema de referencia de un orden jurídico de su sistema normativo deriva en una imposible interpretación de lo

general a lo particular y, por ende, de una mínima eficacia de las normas a los casos de desviación, simplemente porque estos no podrían ser reconocidos.

Por último, si dichas razones pretenden mover a la acción obligatoria, tienen que establecer una relación coherente entre las reglas o criterios que obligan a la autoridad y las reglas o criterios que obligan a aquel a quién va dirigida la norma, de lo contrario no hay una buena razón para creer que pertenecen a un mismo grupo de personas obligadas por el mismo conjunto de normas.

4. La validez de las Normas Jurídicas Positivas y su relación con la validez del derecho, desde una postura fundacionalista.

El punto de vista de las corrientes realistas nos dice que los tribunales no son órganos exclusivos del Estado, son primeramente órganos sociales, que han sido establecidos por el Estado como instituciones por cuestiones de conveniencia, pero que atañen a una función establecida y requerida principalmente por la sociedad.²⁵³ Si siguiéramos este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, un radicalismo, veríamos que cualquier institución (incluso cualquier concepto de derecho) puede ser rastreada como anterior a un orden jurídico constituido, y llegar a conclusiones tales como que, verbigracia, una tiranía cualquiera existe democráticamente, porque los ciudadanos mantienen democráticamente un régimen monárquico.

Justamente para evitar este tipo de confusiones, los positivistas parten de que sin normas positivas no hay derecho, puede tratarse de otra cosa, como Hart llama una

²⁵³ *Cfr.*: Ehrlich, Eugen, en “Harvard Studies in Jurisprudence”, Vol. V, editorial Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1936. pp. 121-123.

sociedad básica, primitiva o pre-jurídica. Las normas tienen la característica de ser consideradas como jurídicas sólo en tanto puedan 1) sostener la validez que obligue su cumplimiento, independientemente de la presión social, 2) justificar la creación, modificación o aplicación de otras normas y 3) constituyan el fundamento de la coacción.

Analicemos la normatividad que conlleva la idea de seguir una regla. Que existe una manera correcta y otra incorrecta de seguir una regla es lo que Wittgenstein denominaría una verdad <<gramática>>, pues el concepto de regla va unido a los conceptos de hacer lo correcto y lo incorrecto, o de dar la respuesta correcta o la incorrecta.²⁵⁴

La creencia de la validez de las normas y la autoridad de los órganos aplicadores del derecho se sostiene por buenas razones para pensar qué es lo mejor para el individuo y para la colectividad, por ello un proceso de legislación deficiente o altamente debatido o cuestionado, ilegítimo, puede dar como resultado una validez tácitamente condicionada por la efectividad de la misma, mientras que un proceso conforme a las reglas y unánime o con convicción tiene plena validez y no está condicionado por ningún hecho, aún cuando se infrinja cotidianamente y se aplique adecuadamente, donde media una autorización, inclusive en perjuicio de la mayoría.

Hay una íntima aunque muy poco distinguida relación entre la regla de reconocimiento de Hart y la norma fundante básica de Kelsen. Como ya se vio en los capítulos I y II, hay una común opinión de que tanto la norma fundante como la regla de

²⁵⁴ Putnam, Hilary, *Op. Cit.* 50AFVDA, p. 39.

reconocimiento son ficciones o, al menos, una descripción más o menos idéntica de un fundamento originario de validez de todo el derecho. Sin embargo, ni Kelsen ni Hart diagnosticaron la principal característica que distingue a estos argumentos de todos los demás que hablan sobre la validez de las normas jurídicas. Se trata de enunciados asertóricos, susceptibles de funcionar como una hipótesis y que, por definición, se oponen a los enunciados apodícticos y que, por tanto, funcionan como principio de la investigación tanto como de la acción, y que enuncia *algo* que se acepta como obvio, que nunca se cuestiona internamente ni se formula: que el orden jurídico en general es tenido por válido.²⁵⁵

El caso más claro de esto es Kelsen, donde toda su investigación se establece de tal modo que ciertas proposiciones, los conceptos clave de su teoría, una vez formuladas quedan al margen de la duda y permanece al margen del camino que recorre su investigación.²⁵⁶ Para Hart el punto es un poco más fino, pues él se ocupa de los efectos prácticos de esta creencia, más que de la creencia en sí. Esta regla es internamente válida dentro del sistema en tanto que incluso para cuestionar su propia validez debe aceptarse primero la validez, o existencia efectiva, del sistema de reglas que presume fundamentar.²⁵⁷ Es decir, es regla en tanto que tiene repercusiones

²⁵⁵ Vid. Wittgenstein, Ludwig, *Op. Cit.* SC, p. 13c, 87.

²⁵⁶ Vid. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 1980. pp. vii y .xx

²⁵⁷ Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p. 130 “Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general”;
Vid. Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TPD, p. 211-214.

prácticas y éstas quedan, del mismo modo que en Kelsen, al margen de la duda y no tienen más peso dentro de su teoría que una obviedad empírica

Demostrar que algo es un invento no equivale a demostrar que no sea real. Podría responderse que las reglas morales existen en el único sentido en que las reglas de conducta *pueden* existir: la gente cree en tales reglas y por lo tanto regula su conducta conforme a ellas [...] No simplemente describen la manera como de hecho regulamos nuestra conducta, sino que nos hacen *exigencias*: ordenan, obligan, recomiendan o guían; al menos, cuando las invocamos, nos exigimos ciertas cosas los unos a los otros.²⁵⁸

Lo anterior es un comentario de Korsgaard a Kant, a su *Crítica del Juicio*, parte I, división I, libro I. Ella comenta que cuando buscamos las fuentes de la normatividad no sólo se trata de encontrar una explicación de su práctica, como hecho social, sino que también preguntamos qué *justifica* estas exigencias. A esto le llama “la pregunta normativa”.²⁵⁹

El positivismo de Hart y Kelsen nos dice que el derecho, a diferencia de la moral, no tiene que justificar su valor sino su validez. Valor juega aquí un papel místico, no científico, subjetivo, mientras que la validez es un elemento intrínseco a todas las

²⁵⁸ Korsgaard, Christine, et al, Las fuentes de la normatividad, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México DF, 2000. pp. 20-21.

²⁵⁹ *Ibidem.* p.22.

normas, un criterio ontológico que se satisface por una efectividad convencional,²⁶⁰ pero sobre todo por la autorización tácita de *dejar hacer* a la autoridad y de la ausencia de la revolución.

[...] una teoría podría ser adecuada para los propósitos de la explicación y, sin embargo, no dar respuesta a la pregunta normativa [...] una teoría exitosa deberá cumplir una condición que en ocasiones se denomina “transparencia”.²⁶¹

Korsgaard explica que una teoría normativa debe describir la obligación como un compromiso, como el conocimiento a lo que estamos obligados. Porque en principio un orden normativo refleja ciertas exigencias que identifican a aquellos a quienes obliga y no es que ciertas exigencias modelen nuestra identidad, de ahí que pueda entenderse por qué se conoce por sentido común a qué estamos obligados sin conocer las normas. Pero no es lo único, también nos dice que la obligación nos permite creer que nuestras acciones están justificadas y tienen sentido. Korsgaard afirma que la “concepción moderna científica del mundo”, al privarnos de la idea de que el mundo tiene un propósito, nos ha quitado esta justificación.²⁶²

²⁶⁰ Nos referimos a la tesis del punto de vista interno de Hart, que nos dice que las personas se guían por las mismas reglas que reconoce la autoridad. *Vid.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, pp. 137-146.

²⁶¹ Korsgaard, Christine, *Op. Cit.* FN, p. 30.

²⁶² *Cfr.* Hart, H. L. A., *Op. Cit.* CD, p.30-31.

4.1. La Moral y la cláusula matriz de exclusión.

El derecho y la moral son similares en sus contenidos, pero en última instancia, siempre podrá ser objetada cualquier relación necesaria entre derecho y moral, así como la diversidad de sus conclusiones, desde una perspectiva fundacionalista. Por lo tanto, debe prestarse atención no en cómo está constituido el derecho y la moral, es decir en cuáles son sus diferencias frente a sus fundamentos, sino en la manera en que opera el sistema al cual pertenece una norma y si ésta suma algo a la coherencia del mismo. Pongamos por ejemplo cómo es aprendido por un individuo cualquiera lo que son los derechos y las obligaciones. Los aprende por transmisión y tradición, raras veces por reflexión e interacción. Observamos que aquellos que consideran como *autoridades*, son simplemente moduladores o agentes que establecen criterios y toman decisiones resolutorias con pretensión de objetividad e imparcialidad, distinción que ya hace Dworkin con su *ideal de expectativas protegidas*.²⁶³

Por ello, todo derecho que nace con la pretensión de reunir un mínimo de eficacia tiene que ser, hasta cierto punto, intuido por los ciudadanos con base en un sistema de principios morales predominantes. Esto suma coherencia a un sistema jurídico, toda vez que en cualquier derecho no *referido* a ninguna moral, está destinado al incumplimiento sistemático de grupos tanto minoritarios como mayoritarios. Esto no quiere decir que el derecho está *necesariamente* comprometido con tal sistema de principios morales, sino sólo que su sistema de referencia parte de un catálogo axiológico que responde a interrogantes básicas tales como qué, quién, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué, y eso es lo que se entiende originariamente como *validez*

²⁶³ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, editorial Hart Publishing, UK, 2003. p. 117.

legal. Este prístino momento de validez sólo puede ser considerado como jurídico en un momento ulterior a la extinción de una revolución, toda vez que ésta es un orden jurídico con ámbitos de validez indeterminables.²⁶⁴ Por ello, válido *significa algo como 'legítimo' o 'justo'*,²⁶⁵ así como una consistencia y coherencia con las normas derivadas de este catálogo y que establecen rígidamente los límites de la coacción.

Pensemos por un momento en presupuestos axiológicos en nuestra Constitución (libertad, justicia, igualdad, etc.), los cuales sólo pueden ser determinados semánticamente por referencia a un sistema de principios predominantes en el momento de su promulgación, de su última modificación o de la interpretación funcional de la misma. Por ello libertad de expresión no necesariamente tiene la misma carga conceptual en el momento de su creación que después de una reforma constitucional o de una determinación jurisdiccional. En este último caso la autoridad no cambia el sistema de referencia, sino que sólo restringe la asociación de tales presupuestos axiológicos en un sistema de referencia con un sistema jurídico.

Sin embargo, situar axiomas en la base de un sistema deductivo como el de Kelsen es un acto arbitrario, lo cual es necesariamente cierto cuando un orden constituido es consecuencia de una revolución y con su creación se extingue el orden jurídico revolucionario, aunque no necesariamente en su totalidad. Como dentro de un sistema de axiomas no pueden estar en contradicción entre sí, todo aquel principio en disparidad es generalmente prescrito como un caso general de coacción y es excluido.

²⁶⁴ *Cfr.* Schmill, Ulises, *Op. Cit.* RPTD, pp. 162-165.

²⁶⁵ Bix, Bryan, *Op. Cit.* CTD, DLT, p. 126.

Una revolución es un ejemplo clave de lo que sucede a un orden jurídico y por qué vale.²⁶⁶ Para Kelsen la revolución sólo cambia la razón de validez de un orden y no necesariamente de contenidos normativos. Porque un régimen es remplazado por otro que contiene una Norma Fundante Básica diferente. Sin embargo, esto no nos da una explicación del todo coherente, porque no nos explica 1) por qué los contenidos a pesar de ser los mismos, como Kelsen bien dice, tienen una razón de validez diferente si los contenidos de las normas que permanecen son idénticos, y 2) por qué el contenido de derechos que dicta una norma, a pesar de ser los mismos, se entienden e inclusive se aplican de otro modo. A nuestro entender, esto se debe a que el sentido de la norma y del orden jurídico han cambiado o no son los mismos, aunque el significado de una norma sea el mismo puede ser que atienda a fines diferentes o que su contexto de aplicación ha cambiado.

De lo anterior se sigue que una constitución cumple con la función de una *cláusula matriz*,²⁶⁷ que permite interpretar la estructura modular de un sistema de referencia, que a través de sus cláusulas subordinadas imposibilita semánticamente ciertos contenidos normativos y permite establecer inferencias válidas y pertinentes de un sistema de referencia a un sistema jurídico, permitiéndonos establecer un principio de coherencia interna como aquel que determina la unidad de significado de un orden jurídico.

²⁶⁶ Kelsen, Hans, *Op. Cit.* TGDE, p. 138.

²⁶⁷ *Supra* p. 121 y *ss*

CONCLUSIONES

La Influencia de Kelsen y Hart en gran parte del mundo se debe a que han tratado problemas capitales de la ciencia jurídica, abriendo discusiones que en su tiempo no existían y sentando las bases de las discusiones futuras. No hay que preguntarnos solamente en qué se equivocaron, sino también en qué siguen teniendo vigencia. Fue posible, aunque humildemente, actualizar las teorías de los autores con base en los avances que han presentado aquellas disciplinas a las cuales recurrieron Kelsen y Hart, desde que ellos las consideraron para explicar la validez del derecho.

La teoría pura nos ofrece un marco conceptual donde la ciencia jurídica puede hacer sus indagaciones con cierta certidumbre de objetividad. No obstante, no debe confundirse la función descriptivo-objetiva que hace la ciencia jurídica del derecho positivo, de la labor pragmática y política de la filosofía y la política jurídica, sobre cómo debe ser el derecho positivo. Muchos de los argumentos que Calsamiglia presenta como refutaciones a la teoría kelseniana, además de hallarse descontextualizados, pierden de vista esto, con lo que se originan equívocos y falsos planteamientos del problema de la validez del derecho.

Fue así que demostramos en el primer capítulo que la Norma Fundante de Kelsen no es una 'caja de costurero', sino que persigue objetivos muy claros y pertinentes en torno a la validez de un orden jurídico, de modo que nos fue posible esgrimir las diferentes funciones que cumple la Norma Básica en la teoría de Kelsen. Señalamos que la Norma Fundante de Kelsen no es norma positiva, por lo que no está sujeta a interpretación, sino que es criterio de interpretación de las normas jurídicas positivas, con el desafortunado inconveniente de reducir muchos de los problemas de

su teoría sobre interpretación jurídica a problemas sobre el fundamento de validez del derecho. Asimismo discernimos los alcances de la teoría de interpretación jurídica de Kelsen, dado que Kelsen no llegó a desarrollar aspectos de la vaguedad y los casos límite en su teoría. También planteamos cómo la Norma Fundante es un *criterio de demarcación* en la teoría de Kelsen, para distinguir aquello que es derecho de aquello que no lo es.

Por otra parte, nuestra investigación sobre la Regla de Reconocimiento de Hart, nos mostró que en la aplicación de las reglas no pueden tomarse éstas de manera aislada, ya que tiene que considerarse que son parte de un sistema de reglas jurídicas, todas ellas reconocidas, donde entran en juego las *relaciones significativas entre las reglas*. Pudo verse que las propiedades de las reglas, no están determinadas exhaustivamente y que el sistema jurídico es mejor explicado como una asociación de reglas que tienen unidad, con el objeto de agotar exhaustivamente dichas propiedades, que como un conjunto de reglas inconexas.

Vimos como las teorías de Hart y Kelsen corresponden a una postura epistemológica denominada fundacionalismo o fundamentalismo, que divide nuestras creencias en dos tipos, aquellas que necesitan del apoyo de otras y las que pueden apoyar a otras sin necesidad de recurrir a otro tipo de fundamentación, y que no puede sostenerse una postura sobre la validez general del derecho sobre estas posturas. De modo que es más conveniente una postura coherentista, dado que explica mejor el comportamiento de las prácticas interpretativas del derecho y ofrece una mejor justificación sobre la validez global e individual de las normas jurídicas, evitando el argumento de la regresión.

Nos fue posible dar cuenta de que para Kelsen la autoridad es un concepto teórico con efectos prácticos, mientras que para Hart la autoridad es un concepto práctico con efectos prácticos. Ya que para Hart la autoridad se trata de una relación de razones para delegar la operatividad del derecho en aquellos que las aplican desde un punto de vista interno, y por ende con cierta pretensión de legitimidad, para corregir posibles casos de desviación o indeterminación. Mientras que, para Kelsen, la autoridad se configura a partir de la Norma Fundante Básica como autorización de la facultad normativa a la autoridad productora de normas, como autorización sancionadora, como fundamento final de validez y como sentido del deber ser.

Desarrollamos diversas concepciones de la Regla de Reconocimiento de Hart, lo que nos permitió esgrimir las diferentes funciones que cumple cada formulación en su teoría del derecho, de modo que fue posible llegar al origen de las razones standard que afectan la interpretación de las reglas de derecho, como *razones auténticamente jurídicas*. Clasificamos dichos standards en standards vagos, standards variables y standards rígidos, atendiendo a la clasificación del propio Hart y de observaciones de Timothy Endicott.

Estudiamos con detenimiento los conceptos clave alrededor de los cuales gira el concepto de validez en las teorías de Hart y Kelsen, y realizamos un estudio comparativo respecto a las deficiencias, similitudes y diferencias de sus justificaciones sobre la validez global de un orden jurídico, lo cual nos llevó a confirmar que el fracaso de ambas teorías radica en la postura epistémica desde la cual se aborda el problema sobre la validez, siendo la perspectiva coherentista la más viable para dar cuenta de la validez y de la unidad semántica de los normas en un orden jurídico.

Analizamos con detenimiento el criterio de coherencia interna y sus principales implicaciones en la teoría del derecho, y mostramos como las teorías coherentistas que consideran a la coherencia interna del sistema como una condición necesaria para la validez del derecho, dan una mejor justificación sobre la validez del orden jurídico en torno al incremento o conservación de la coherencia como pauta de inclusión o exclusión de las normas a un determinado sistema.

El resultado de nuestra investigación propone un modelo que explica el *razonamiento* asociado con el tipo de estructuras normativas propias de las prácticas interpretativas de las normas que, de modo particular, se derivan de prácticas reiterativas y no reiterativas de interpretación de normas jurídicas a situaciones concretas.

El estudio de la normatividad que desarrollamos se orientó a una descripción de los procesos heurísticos de las prácticas de interpretación jurídica, con especial énfasis en el tema de la *razón práctica*, es decir, una normatividad que regula esquemas complejos de solución de problemas y que, consecuentemente, pasan a formar parte de su propio sistema de conocimiento, y a una forma de entender a la normatividad como un proceso social complejo.

De ahí que fuese posible desarrollar nuestra perspectiva de un orden jurídico como el resultado de un conjunto coherente de axiomas y elementos legislativos positivos –sistema de referencia–, y normas simples y complejas –sistema jurídico–, que guardan entre sí una unidad semántica de contenido y que atienden a la técnica específica de la coactividad, como modelo de operatividad.

Por lo que fue necesario discernir, aunque someramente, la diferencia entre un sistema jurídico y un orden jurídico. Por lo que creemos que la distinción entre sistema

de referencia y sistema jurídico, es clave para analizar la interpretación de las normas jurídicas como un desarrollo continuo, dinámico y sostenible, del concepto de *validez* del derecho.

Debido a la riqueza de temas que se relacionan con la validez del derecho, sólo pudimos realizar un acercamiento muy limitado a las posturas de los teóricos positivistas. Ciertamente las teorías de Kelsen y Hart contienen vicios, y sabemos que la senda que han trazado en su tiempo no es el único camino, pero nos corresponde a otros corregir y continuar las discusiones y problemas que dejaron pendientes, y por ello creemos que nuestras aportaciones sobre la validez como coherencia interna y semántica de las normas, son aportaciones que enriquecen un poco más a la teoría del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa, teoría del método, politología jurídica*, trad. Enrique Bacigalupo, editorial CIVITAS, Madrid, 1984.

P. 198.

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, editorial distribuciones fontamara, México D.F., 2006. P. 91.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, editorial UNAM-IIJ, México, 2005. P. 246.

ATIENZA, Manuel, FERRAJOLI, Luigi, *El estado y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2005. P. 133.

BEUCHOT, Mauricio, *Historia de la filosofía del lenguaje*, editorial FCE, México D.F., 2005. P. 327.

BLACK, Max, *Modelos y abstracciones*, editorial Tecnos, Madrid, 1966. P. 257.

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1980. P. 406.

CAMPBELL, Tom, *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*, editorial gedisa, Barcelona, 2002. P. 271.

CÁCERES, Enrique, *et al., Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005. P. 944.

CARNAP, Rudolf, *La construcción lógica del mundo*, trad. Laura Mues de Schrenk, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1988. P. 407.

CARNAP, Rudolf, *Pseudoproblemas en la filosofía*, trad. Laura Mues de Schrenk, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1990. P. 48.

CASANOVA, Pompeu, Moreso, José Juan, *El ámbito de lo jurídico*, editorial crítica, Barcelona, 1994. P. 520.

CASSIRER, Ernst, *Kant, vida y doctrina*, trad. Wenceslao Roces, editorial FCE, México D.F., 2003. P. 495.

COPI, Irving, COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica*, editorial Limusa, México D.F., 2005. P. 698.

DANCY, Jonathan, *Introducción a la epistemología contemporánea*, editorial tecnos, 2ª edición, Madrid 2007. P. 291.

DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El <<fundamento místico de la autoridad>>*, editorial tecnos, Madrid, 2002. P. 151.

DICKSON, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006. P. 191.

DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, editorial UNAM-IIF, Cuadernos de Crítica N° 14, México D.F., 1981. P. 82.

DWORKIN, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, editorial UNAM-IIF, Cuadernos de Crítica N° 14, México D.F., 1981. P. 82.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, editorial Harvard University Press, 16th Printing, Cambridge, 1997. P. 371.

ENDICOTT, Timothy, *Palabras y Reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, editorial distribuciones fontamara, México D.F., 2004. P. 133.

Endicott, Timothy, *Vagueness in law*, editorial Oxford University Press, Oxford, 2001. P. 232.

FIEDLER, Herbert, *Derecho, Lógica, Matemática*, editorial distribuciones fontamara, México D.F., 2002. P. 77.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 1980. P. 442.

FULLER, Lon L. *El caso de los exploradores de las cavernas*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976. P. 76.

GARCÍA, Máñez Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, editorial distribuciones fontamara, México, 1993. P. 178.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 1999. P. 101.

HABERMAS, Jürgen, RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, editorial Paidós, Barcelona, 2000. P.181.

HART, H. L. A. y MONORE, A. M., *Causation in the law*, editorial Oxford, Great Britain, Clarendon Press, Oxford, 1959. P. 454.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1963. P. 332.

HART, H. L. A., *Law, liberty and morality*, editorial Vintage Books, New York, 1963. p. 88.

HART, H. L. A., *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*, editado por P. M. S. Hacker and J. Raz, editorial Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1977. P. 312.

HART, H. L. A., *Obligación jurídica y obligación moral*, trad. Javier Esquivel y Alfonso Ortiz, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977. P. 33.

HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho*, editado por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, estudio preliminar, trad., notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, editorial UNAM, México, 2000. P. 75.

HART, H. L. A., *The concept of law*, editorial Oxford, Great Britain, Clarendon Press, 11 reimpresión, Oxford, 1977. P. 263.

HART, H. L. A., *Una visita a Kelsen*, trad. Javier Esquivel, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977. P. 34.

LAPORTA, FRANCISCO JAVIER, *et al., El derecho y la justicia*, Vol. 2, editorial Trotta, Madrid, 1996. pp. 133-147.

LOSANO, Mario, *Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992. P. 267.

LOTZE, Hermann, *Lotze's System of Philosophy: Logic - of Thought, of Investigation, And of Knowledge*, editorial read books, 2006. P. 560.

KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, editorial Losada, Buenos Aires, 2003. Pp. 213.

KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, editorial Losada, segunda edición, Buenos Aires, 2004. Pp. 792.

KANT, Immanuel, *Crítica del Juicio*, trad. Manuel García Morente, editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1977. Pp. 406.

KANT, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, editorial Ediciones Espuela de Plata, España, 2004. Pp. 215.

KELSEN, Hans *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, trad. Eugenio Bulygin, editorial distribuciones fontamara, México, 1991. P 137.

KELSEN, Hans *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. Luís Legaz y Lacambra, editorial revista de derecho privado, Madrid, 1933. P.83.

KELSEN, Hans, *et al., Ficciones Jurídicas*, compiladores Daniel Mendoza y Ulises Schmill, editorial distribuciones fontamara, México, 2003. P. 124.

KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2002. P. 157.

KELSEN, Hans, *Normas jurídicas y análisis lógico*, en colaboración con Ulrich Klug. Estudio preliminar de Eugenio Bulygin. Trad. Juan Carlos Gardella, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. P. 143.

KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollado con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Trad. Wenceslao Roces. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill Ordóñez, editorial Porrúa, México D.F., 1987.

KELSEN, Hans y COSSIO, Carlos *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho; teoría ecológica y teoría pura*, editorial GUILLERMO KRAFT LTDA, Buenos Aires, 1952. P. 161.

KELSEN, Hans *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962. P. 89.

KELSEN, Hans *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, editorial distribuciones fontamara, 3ra edición, México, 1993. P. 56.

KELSEN, Hans *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, editorial UNAM, 2da edición, México, 1995. P.477.

KELSEN, Hans *Teoría General de las normas*,

KELSEN, Hans *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, editorial Porrúa, 6ta reimpresión, México, 1991. P. 364.

KELSEN, Hans, *Society and nature, a sociological inquiry*,

KLUG, Ulrich, *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, editorial distribuciones fontamara, segunda edición, México, 1996. P. 200.

KORSGAARD, Christine, *Las fuentes de la normatividad*, editorial UNAM-IIF, México D.F., 2000. P. 338.

KRIPKE, Saúl, *Esbozo de una teoría de la verdad*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México D.F., 1984. P. 48.

KRIPKE, Saúl, *El nombrar y la necesidad*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México D.F., 2005. P. 173.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, editorial Gernika, cuarta edición, México, 2000. P. 230.

MARMOR, Andrei, *Positive Law & Objective Values*, editorial Oxford University Press, Oxford, 2001. P. 188.

MARTÍNEZ, Sergio, *Geografía de las prácticas científicas*, editorial IIF-UNAM, México D.F., 2003. P. 203.

MORRIS, Clarence, *The great legal philosophers. Selected readings in jurisprudence*, editorial University of Pennsylvania Press, 4th printing, Philadelphia, 1977. P. 571.

NIETO, Alejandro, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, editorial Trotta, Madrid, 2003. P. 94.

ORTUÑO, M. Manuel, *Teoría y práctica de la lingüística moderna*, editorial trillas, México D.F., 2005. P. 209.

PRIEST, Graham, *Una brevísima introducción a la lógica*, editorial Océano, México D.F., 2006. P. 178.

PUTNAM, Hilary, *50 años de filosofía vistos desde adentro*, editorial Paidós, Barcelona, 2001. P. 61.

PUTNAM, Hilary, *El significado de "significado"*, editorial UNAM-IIF, Cuadernos de Crítica N° 14, México D.F., 1981. P. 93.

Raz, Joseph, *El Concepto de Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1986. P. 289.

RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2da edición, México, 1985. P. 358.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, editorial distribuciones fontamara, tercera edición, México, 1997. P. 115.

RUSELL, Bertrand, *Análisis filosófico*, editorial Paidós, Barcelona, 1999. P. 127.

RUSELL, Bertrand, *La perspectiva científica*, editorial Ariel, Barcelona, 1969. P. 221.

RUSELL, Bertrand, *Misticismo y Lógica*, trad. Santiago Jordán, editorial edhasa, Barcelona, 2001. P. 314.

SCHMILL, Ulises, *Teoría del derecho y del estado*, editorial Porrúa, México D.F., 2003. P. 492.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, segunda edición, México D.F., 2004. P. 280.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *et al, Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, editorial UNAM, México, 1987. P. 149.

VAZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, editorial trota, Madrid, 2006. P. 277.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, editorial gedisa, segunda edición, Barcelona, 1997. P. 204.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Sobre la certeza*, editorial gedisa, Barcelona, 2003. P. 97.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, editorial Alianza, Madrid, 2003. P. 175.

Es sobre todo de gran interés para el presente trabajo la proposición 6.1223, 5.535 (2.3), 4.441, 5.4, 6.121, 6.1232, 6.1233, 2.0141, 3.202, 4.126 (1), 4.46 (4), 6.36111, 3.324, 6.53, etc.

RECURSOS HEMEROGRÁFICOS

El problema de la naturaleza del derecho, RAZ, Joseph, revista ISONOMÍA, número 3, México, 1995.

La técnica jurídica en la aplicación del Derecho, Flores, Imer B., Revista de la facultad de derecho de México, números 201-202, Tomo XLV, mayo-agosto 1995.

“Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”

Bix, Brian, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 3, pp. 281-295, Septiembre 2003.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 709-739.

LEXICÓGRAFOS

BIX, Brian, *A dictionary of legal theory*, editorial Oxford University Press, Oxford, 2004. P. 226.

GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995. P. 736.

HERRERA, Tarsicio, PIMENTEL, Álvarez Julio, *Etimología grecolatina del español*, editorial Porrúa, México D.F., 1998. P. 220.

MARTÍNEZ, Echeverri Leonor y MARTÍNEZ, Echeverri Hugo, *Diccionario de Filosofía*, editorial Panamericana, sexta reimpresión, Bogotá, 2001. P. 606.

MORA, Ferrater, *Diccionario de Filosofía*, editorial Ariel, Barcelona, 2004. Volúmenes I, II, III y IV. P. 3830.

PIMENTEL, Álvarez Julio, *Breve Diccionario Latín-Español Español-Latín*, editorial Porrúa, segunda edición, México D.F., 2002. Pp. 690.

OTRAS FUENTES

INTERNET:

- <http://www.eft.com.ar/doctrina/libros/elpensamiento.htm>
- “The pure theory of law and analytical Jurisprudence” <http://heinonline.org>
- http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_27.pdf
- <http://plato.stanford.edu>
- “Predicativity” de Solomon Feferman en:
<http://math.stanford.edu/~feferman/papers/predicativity.pdf>
- “¿‘Paradoja’ de h. Kelsen sobre la Indeterminación jurídica?” en:
<http://www.uv.es/CEFD/15/delreal.pdf>
- <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/KelsenCalsamiglia.pdf>
- <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>
- <http://www.unav.es/users/PalabraObjeto.html>
- <http://www.btinternet.com/~justin.needle/>
- <http://www.sjsu.edu/depts/itl/graphics/main.html>
- “State of Affairs” en <http://plato.stanford.edu/entries/states-of-affairs/>
- Kelsen, Hans, “¿*Qué es la justicia?*” en:
<http://www.usma.ac.pa/web/DI/images/Eticos/Hans%20Kelsen.%20La>

%20Juticia.pdf

- *"Esencia y valor de la democracia"* en
www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Hans_Kelsen.pdf
- *"Essays in legal and moral philosophy"* en
<http://www.springerlink.com/content/2322745792h6223g/fulltext.pdf>
- Calsamiglia, Albert, "*En defensa de Kelsen*" p. 3-5. Working Paper en
<http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/KelsenCalsamiglia.pdf>
- Bobbio, Norberto, "Kelsen y Max Weber", en
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/5.pdf> , Schmill, Ordóñez Ulises, "El concepto de Derecho en las teorías de Weber y Kelsen" en
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/9.pdf>