

## Autopoiesis y teoría pura del derecho en Kelsen

Liliana Fort Chávez\*

### **Resumen:**

Kelsen define el derecho estática y dinámicamente. En la primera definición, lo establece como “orden coactivo de la conducta”; en cambio, en la segunda, se pregunta por el fundamento de validez normativa y concluye que es la suposición de una norma hipotética fundamental que nos permite conocer la Constitución y todas las normas emanadas de ella como válidas. En la Constitución se mira la interrelación de los procesos creadores del derecho. Se mostrará la diferencia entre un orden primitivo y un sistema dinámico. En el primero, se dan las órdenes con amenazas y se instaura la violencia; en el segundo, se priorizan los principios de justicia como libre expresión y dignidad personal; y el poder judicial como creador de leyes en la actividad jurisdiccional o de hacer sentencias, custodia de la paz y gobernanza.

### **Abstract:**

*Kelsen defines law statically and dynamically. In the first definition, he establishes as “coercive order of conduct”; on the other hand, in the second, he asks about the foundation of normative validity and concludes that it is the assumption of a fundamental hypothetical norm that allows us to know the constitution and all the norms emanating from it as valid. The constitution looks at the interrelationship of the creative processes of law. The difference between a primitive order and a dynamic system will be shown. In the first, orders are given with threats and violence is established; in the second, the principles of justice such as free expression and personal dignity are prioritized; and the judiciary as creator of laws in the jurisdictional activity or making sentences, custody of the peace and governance.*

Sumario: I. La ética de la responsabilidad en sociedad y naturaleza / II. El determinismo en la ciencia moderna y complejidad / III. Teoría de sistemas vivos *autopoieticos* / IV. La teoría pura del derecho / V. Definición estática del derecho / VI. Definición dinámica del derecho / VII. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional / VIII. Conclusiones / Fuentes de consulta

\* Doctora en Filosofía del Derecho y Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.

## ***I. La ética de la responsabilidad en sociedad y naturaleza***

“La humanidad primitiva no tuvo impulso a describir el mundo ni de satisfacer la curiosidad y deseo de saber, si no que sirven a intereses subjetivos no cognoscitivos”.<sup>1</sup> Concibió el universo como una monarquía de dioses, y explicó los hechos del mundo movidos por esa sociedad. La naturaleza es parte de la sociedad, pues todo en ella se mueve por voluntad de las almas y deidades. De esa manera, la humanidad primitiva se sintió satisfecha cuando los hechos que requieren explicación pueden ser interpretados como recompensa o castigo.

Al primitivo, lo que le interesa no es el hecho que causa la muerte de alguien, sino el responsable. “El hombre primitivo está dominado por esta idea de retribución y no por la ley de causalidad lineal”.<sup>2</sup>

El hombre primitivo no tuvo noción de responsabilidad individual. El individuo no es más que un miembro de su grupo que puede ser reemplazado por otros, pero cree que en otro mundo será recompensado. El primitivo, incluso, no se considera capaz de engendrar su descendencia porque originariamente, al menos, carecía de toda idea sobre la conexión entre el acto sexual y el embarazo. Interpreta a veces el nacimiento de un niño como acto de un antepasado cuya alma ha penetrado en el cuerpo de la mujer para renacer y asegurar así la continuidad de su grupo.

En la conciencia primitiva no hay, por tanto, ninguna posibilidad de distinción entre individuo y comunidad. En la sociedad primitiva el jefe representa a todo el grupo, y la solidaridad del grupo está demostrada por la incondicional sumisión del individuo al jefe.

Kelsen observa que el nacionalismo y el absolutismo político, en cuanto la autoridad del grupo, representada por su conductor, absorben toda la individualidad de sus miembros, pierden todo impulso al desarrollo de sentimientos personales de responsabilidad; ello conduce a una responsabilidad colectiva. Esto explica “la ausencia de toda sanción social organizada contra ciertos delitos, mientras que la reacción social en forma de contienda de sangre aparece claramente si el perpetrador pertenece a otro grupo”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, p. 7.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 36.

Si las relaciones sociales, como la de parentesco, se basan en hechos fisiológicos, el hombre primitivo no ve el elemento “natural” del fenómeno, sino sólo el social. El parentesco “natural” está por completo fuera de consideración.

“La venganza y, por tanto, la retribución —en el sentido de indicador de una reacción calificada— son posibles solo en sociedad y no en la naturaleza”.<sup>4</sup> La venganza de la sangre aplica la más antigua de las normas sociales: aquél que mata debe morir. Es la manifestación más patente del principio de retribución.

El primitivo mira que sólo el temor a la venganza disuade a los individuos del crimen. El principio de retribución aparece primero en el hombre primitivo bajo su forma más drástica, el talio: ojo por ojo, diente por diente, muerte por muerte. La retribución no significa sólo castigo, sino también recompensa.

Kelsen analiza múltiples mitos culturales en donde se mira la retribución inexorable como un acto de venganza, pero también mira historias en donde el lenguaje simbólico permite formar opiniones y nombrar las cosas del mundo de hablantes. Este es el proyecto o ideal del concepto de derecho, a diferencia de quedar sujetos a la ley de la venganza.

La ley proveniente de Zeus está personificada como la diosa Justicia, Diké. Esta es una diosa vengadora ligada a las Erinnias, vengadoras de la sangre. Y la venganza es una sanción inexorable. La norma era: “El que mata, debe morir”. En el *Agamenón* de Esquilo, Clitemnestra justifica el homicidio de su marido como un acto de retribución por el sacrificio de su hija Ifigenia. Diana tenía poder sobre el viento para parar su trayecto, por lo que lo alejó, de manera que Agamenón no pudiera llevar de regreso a sus milicias como retribución por no haberse autosancionado, matando a su hija por la falta de haber matado a una cría de cierva. Por esto, Agamenón, a pesar de su rebeldía contra la diosa, tuvo que sacrificar a la hija mayor que procreó con Clitemnestra. Por ello, Clitemnestra, afrentada, jura por Diké, Até y las Erinnias que ejercería la venganza. Igualmente, Egisto, amante de Clitemnestra, considera que el matar a Agamenón es una venganza y, por tanto, un acto de justicia porque Atreo, padre de Agamenón y Menelao, había matado a los hermanos de Egisto cuando eran niños y se los dio a Tiestes, padre de Egisto, como alimento. Y esta violencia cundía. Incluso el coro de las coéforas interpretó el homicidio

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 81.

de Egisto y Clitemnestra, deseado por Electra y cometido por Orestes, ambos, hijos de Agamenón y Clitemnestra, como un acto de justicia. Pero como jueces, los primitivos eran parciales en su juicio.

En la tercera tragedia de la *Orestíada*, (*las euménides*) para decidir si Orestes es culpable, Palas Atenea<sup>5</sup> instituye un tribunal. Así, “en este drama se manifiesta cómo la idea de retribución ejercida por una corte se desprende del principio más primitivo de venganza de la sangre”.<sup>6</sup> Priman los principios como “No ser juez y parte” y “No hacer justicia por propia mano” sobre las amenazas a las órdenes incumplidas. La civilidad da un paso con el monopolio de la violencia legítima a partir de la organización en tribunales hacia la civilidad: Orestes ya no recibe una retribución inexorable, sino un permiso, puesto que los padres le dieron el ejemplo de la *vendetta*. Ante la furia de algunos ‘padres’ y ‘madres’ que sintieron que con esa sentencia se incentivaba el parricidio y matricidio, los jueces atendieron a ciertos exhortos morales, como el principio de “nadie puede beneficiarse de su propio delito”, por lo que, en vez de ejecutarlos, los condenan al destierro (muerte civil).

Las tragedias de Edipo también están dominadas por el principio de retribución. Sin embargo, allí también, se puede distinguir una importante modificación del principio de imputación. Un sentido más refinado de justicia rechaza la noción de responsabilidad absoluta según la cual el perpetrador es responsable, aun cuando el resultado de su acto se haya producido involuntaria e imprevistamente. Ante la defensa de Edipo de no ser parricida, pues no sabía quiénes eran sus padres, aparece la idea de que sólo debe considerarse responsable al perpetrador por un resultado producido intencionalmente. Es decir, sólo se es responsable de lo que uno mismo planea.

En *Edipo Rey* de Sófocles, el héroe anuncia solemnemente que tiene la intención de vengar la muerte de Layo de Tebas a fin de librar a su país del desastre una vez que él se casa con su viuda Yocasta. El primer acercamiento al pueblo le ofrece servicios, tratos, reforma fiscal. La distribución de bienes es una condición necesaria para la validez de las normas, pero no es suficiente. Pero, con un cierto estado de bienestar, hicieron rey a Edipo y lo casaron con Yocasta. Sin embargo, posteriormente, los males de la ciudad regresaron, el

<sup>5</sup> Atenea, también conocida como Palas Atenea es, en la mitología griega, la diosa de la guerra, la civilización, la sabiduría, la estrategia, las artes, la justicia y la habilidad.

<sup>6</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 313.

pueblo fue a exigir a Edipo que pusiera remedio. Edipo delante de ellos recibe a Creonte, que decía que Apolo expresaba que tanto mal era por impunidad. Edipo, sin embargo, no sabe a quién retribuir la venganza, puesto que no encuentra al culpable. Sólo el conocimiento y sabiduría de Tiresias, el vidente ciego, pone a Edipo sobre la pista.

Ante la acusación de parricidio e incesto contra Edipo, este siempre alegó “legítima defensa” y que “él no sabía que eran sus padres”, pero se acordó que él había tenido oportunidad de saberlo, si hubiera dejado hablar a su amigo en el juego de pelota, cuando lo acusó de tramposo. Tampoco lo había escuchado cuando le dijo ‘hijo adoptado’, ‘rey ilegítimo’, por lo que Edipo rompió con las reglas del juego social. Así comprendió Edipo que su crimen fue la omisión de comunicación con sus ciudadanos. Un crimen por omisión fue lo que Edipo se autosancionó sacándose los ojos; no incluyó a los hablantes en la toma de decisiones: omitió la emergencia de la civilidad de costumbres. Evitó la estabilización de las expectativas personales en el ejercicio del lenguaje simbólico.

El tribunal de Creonte, en vez, lo condenó a la muerte civil. Edipo fue desterrado ciego.

“No todo el que mata debe morir”, no siempre hay retribución inexorable.

Al igual que Orestes, Edipo elude la represalia de las Erinnias porque la venganza de la sangre que supone una responsabilidad absoluta es reemplazada por la jurisdicción de Cortes en donde se responde a partir de la libertad de un sí mismo. Así, las Erinnias quedan bien dispuestas hacia Edipo, porque la responsabilidad absoluta (objetiva), responsabilidad por el resultado, es reemplazada por la culpabilidad, o sea, por la responsabilidad por la intención. Se comienza a ver la responsabilidad de los gobernantes: la justicia ya no se presenta como inexorable destino que pende sobre el hombre, sino como necesidad de garantizar las políticas de comunicación para lograr una igualdad ciudadana.

El lenguaje simbólico es el lenguaje común y corriente con el cual hablamos con el legislador y que admite siempre nuevas interpretaciones. En el ejercicio de la facultad de la “libre expresión” para hacer las normas, emerge la sociedad de costumbres civilizadas, coordinadas. Esta fue la función del teatro en Grecia, pues en la deliberación libre, los hablantes nombran las cosas del mundo a partir del autoconocimiento y mediante la capacidad metafórica, a la vez que participan en la creación de las leyes. El lenguaje sim-

bólico o lenguaje natural es una estructura del discurso diferente a la teoría del derecho, pero están enlazadas. Es en la comunicación donde la humanidad se puede organizar autososteniblemente (*autopoiéticamente*) y no con un gobierno primitivo.

## II. *El determinismo en la ciencia moderna y complejidad*

La crisis del principio de causalidad comenzó con la famosa crítica de Hume. Las objeciones de Hume se dirigen, sobre todo, contra la idea, aún dominante en su tiempo, de que existe una conexión inherente a las cosas mismas —un lazo íntimo tal que la causa produce en alguna forma el efecto—, como cuando se consideraba que todo se movía por voluntad de los dioses. Es decir, se consideraba que la causa hace algo que trae como consecuencia el efecto.

Hume afirmó que la idea de una ley general de causalidad, conforme a la cual, causas similares producen necesariamente efectos similares; es meramente un hábito del pensamiento que, originado en la observación de sucesiones regulares de los hechos, se torna una firme convicción. Partiendo de este punto, Kant señaló que el concepto de causalidad es una categoría *a priori* mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensorial. Por tanto, la causalidad no es algo que miramos en la naturaleza, sino una categoría con la que se ordenan en el espacio y el tiempo, las experiencias que recibimos del mundo.

Con Hume y Kant, “la causalidad toma su forma moderna, desligada del principio de retribución. Desaparece la idea de necesidad objetiva en la conexión causal.<sup>7</sup> En el caso del derecho, la pena ya no es causa inexorable, sino que tiene el sentido de prevenir delitos futuros”.<sup>8</sup> Hay necesidad de unos jueces que miren el mundo y los resultados de las políticas que han desarrollado legislativo y ejecutivo con la finalidad de realizar la igualdad sustancial en los hablantes. Se hace necesario el deslinde de responsabilidades.

Al limitar la razón para abrir espacio a la fe, “Kant dio un paso importante hacia la comprensión de la ciencia como saber subordinado a la existencia de

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 386.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 388.

categorías de la cultura que son más generales y omnicomprensivas que cualquier producto científico.<sup>9</sup> Sin embargo, la modernidad no seguiría esa vía. Desecharía la hipótesis de un dios que une a los humanos a través de la palabra. La modernidad, con su fe en las ciencias deterministas, erradicó el poder del lenguaje simbólico previsto por el filósofo. Y la democracia deliberativa y la cultural nunca se han hecho efectivas. La legitimación social de la ciencia fue que alcanzar el bien de la humanidad mediante el dominio de la naturaleza. Resulto, así, cómo la ciencia y la cultura se separaron.

Las ciencias experimentales deterministas supusieron un sujeto del conocimiento separado del objeto mundo por conocer, y que este mundo era estático, inerte, siempre ofreciendo sus secretos y atributos. Las ciencias causales se desarrollaron disciplinariamente, cada una su objeto y sin comunicación entre sí.

Para Kelsen, las ciencias sociales que siguen el método causal, por lo tanto, son consideradas como ciencias naturales deterministas. En cambio, las ciencias normativas se construyen por el principio de imputación. Pero ninguno de ellos es un discurso lineal que relaciona dos eventos con carácter de necesidad. Kelsen tiende a un pensamiento sistémico: “Donde los eventos están interconectados, por lo que se puede decir que cada efecto tiene un número infinito de causas y cada causa un número infinito de efectos. Esta modificación en el significado de la ley de causalidad significa también su emancipación del esencialmente asimétrico principio de retribución”.<sup>10</sup>

Las ciencias de la complejidad se refieren a la interrelacionalidad de todos los procesos, y un presupuesto es que el sujeto del conocimiento está en el objeto mundo interrelacionado que se está conociendo. Si con la física causal de Newton se había ido la complejidad del conocimiento, ahora con la misma física regresaba. Esto se nota en la mecánica cuántica. Esta relación enuncia que el grado de imprecisión resultante en la medida de la velocidad de un electrón, aumenta en proporción al grado de precisión obtenido en la medida de su posición en el espacio, y viceversa. La razón es que: podemos determinar la posición de un electrón en movimiento sólo si podemos verlo, y para lograrlo es necesario iluminarlo, es decir, necesitamos arrojar luz sobre él: “Esto significa que el objeto de la observación es cambiado por el propio

<sup>9</sup> Carlos Delgado, *Hacia un nuevo saber*, p. 13.

<sup>10</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 393.

acto de la observación, no obstante, lo preciso que esta observación pueda resultar”.<sup>11</sup> Sucede lo mismo con la astrofísica y la teoría de la relatividad: uno puede observar el universo y pensar que puede conocer y describir un objeto que está afuera de nosotros, pero si se reflexiona, el científico está mirando diversos objetos cuya imagen llega a sus ojos como eran hace diversas cantidades de años luz. Las ciencias de la complejidad suponen un sujeto del conocimiento que se sabe dentro del objeto interrelacionado del conocimiento. Y sabe que sus acciones y decisiones con relación a la ciencia tendrán efectos en su mismo mundo. Hemos tenido una paradójica coexistencia entre el conocimiento simplificado y el conocimiento complejo. En cada forma de conocer el derecho se construye diversamente la sociedad. En la medida en que se comienza por la deliberación y cultura, podemos recoger datos sobre los efectos en la manera de razonar del ciudadano y del abogado, y llegar a medir en qué medida se ha logrado la vía de la paz, más que la ingobernabilidad provocada por el uso del conocimiento disciplinario. Por eso, las leyes con las que conocemos complejamente el derecho, “no expresarían necesidad absoluta, sino meramente probabilidad estadística”.<sup>12</sup> Sin embargo, si nos quedamos con un conocimiento abstracto determinista, la teoría del derecho solo puede conocer normas formalmente válidas independientemente de los contenidos.

El conocimiento de la complejidad lo tenemos en la teoría de sistemas vivos *autopoiéticos*. Estamos en una evolución que hemos recorrido, que es nuestro origen y sentido. No estamos fuera; toda acción y decisión tiene consecuencias para el mundo común.

### ***III. Teoría de sistemas vivos autopoiéticos***

Nos dicen Varela y Maturana que un sistema es un conjunto dinámicamente interrelacionado de procesos que cumplen una función. Tanto una máquina como un organismo vivo son sistemas, pero la máquina cumple la función para la cual el ingeniero la diseñó; en cambio, el organismo *autopoiético* tiene por función de mantenerse constantemente en vida: “La característica más peculiar de un sistema *autopoiético* es que se levanta por sus propios cordones, y se constituye como distinto del medio circundante por medio de su

<sup>11</sup> Hans Kelsen, “Causalidad e imputación”, p. 223.

<sup>12</sup> Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, p. 394.

propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables”.<sup>13</sup> Entendemos por organización a las relaciones que deben darse para reconocer algo como miembro de una clase específica y como estructura de algo; a los componentes y relaciones que concretamente constituyen una unidad particular realizando su organización. El organismo *autopoiético* especifica sus propios movimientos, por eso es ‘autónomo’. Pero ello no significa que sea independiente del medio, sino que cada vez que es irritado por el medio externo, se reestructura internamente para conservar su organización *autopoiética*, a la vez que aumenta sus relaciones con el mundo. Es decir, si una célula, que es el primer orden de la vida, es irritada por el paso de agua, azúcares o cianuro, dicha célula se reestructura para tomar o defenderse de los fenómenos y cosas del medio. Cada reestructuración interna para conservarse provocada por interacciones con el medio externo se va anotando en su ADN, y en el momento de la reproducción celular el ADN se replica. Es así como se ha ido verificando la evolución que llevamos escrita en el genoma.

Cuando una célula percibe que otra se mueve igual que ella, ambas se reestructuran para acoplarse y conservar su organización *autopoiética*, dando lugar a un segundo orden de la vida que son los metas celulares, que también se organizan *autopoiéticamente*. Entre la gran variedad de flora y fauna, el organismo más evolucionado es aquel que tiene un sistema nervioso para correlacionar todos los órganos, aparatos y sistemas internos del cuerpo.

Los científicos narran un experimento: separaron de su madre por unas pocas horas a un corderito recién nacido para luego devolvérselo; posteriormente, se observó que el animalito se desarrolló de un modo aparentemente normal, hasta que en un cierto momento se ve que no juega con los demás corderitos. No sabe y no aprende a jugar, ni camina como los demás. Esto sucede porque su sistema nervioso es diferente como resultado de la privación materna transitoria en el momento en que ésta lame todo el cuerpo del hijo y provoca que, dentro de su cuerpo, desde la piel hasta el cerebro, se hagan las sinapsis necesarias como para que el animalito pueda coordinar sus extremidades y moverse como todos los otros que sí recibieron las provocaciones del medio, consistentes en el “baño” que le da la madre. Estas interacciones son decisivas para una transformación estructural del sistema nervioso. El corde-

<sup>13</sup> Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento*, p. 28.

rito que recibió esas interacciones o provocaciones del medio sí desarrolló su sistema nervioso de manera que pudo integrarse a su sociedad instintiva.

Entre la multiplicidad de sociedades instintivas, surgió una que además es inteligente: registra lo que se repite y es capaz de usar esas fuerzas construyendo instrumentos. Sin embargo, el acoplamiento de esas sociedades inteligentes entre sí y a su mundo interrelacionado sucede cuando se discuten historias: se refiere aquella que no se quiere repetir y, en la deliberación, se funda aquella que se desea seguir. Es muy antigua la tradición oral de las historias; el primitivo lo hacía hasta aparecer en la escritura. Pero, como hemos visto, no toda historia nos hace ver la diferencia, como la de *Orestíada* y *Edipo*. Debatir historias es una manera con la que el homínido surgió al primitivismo y a la posibilidad de civilización, como ya vimos. Es de esa manera que, aparte de desarrollar el sistema nervioso para lograr moverse, los organismos inteligentes también logran desarrollar el cerebro, expandir su percepción del mundo, transformar sus inclinaciones subjetivas en sentimientos sociales. Todo esto que sucede internamente a los organismos, externamente lo vemos como la emergencia de la sociedad civilizada en donde se coordinan conductas y se estabilizan las expectativas de cada uno. Deliberar para hacer decisiones nos transforma y nos da la posibilidad de humanizar el mundo a partir del conocimiento de nuestra existencia, pues mediante metáforas, podemos nombrar fenómenos del mundo más grandes; y todos los podemos entender, pues está formado por nuestra existencia evolutiva compartida. La humanidad se organiza *autopoiéticamente* a partir del lenguaje. Pero también a partir del lenguaje impuesto, puede autodestruirse.

Hablo de una integración de una nueva “dimensión ambiental”, no de una noción determinista que impulsa una noción de “ecología” que solo nos ciega a la complejidad del mundo. Enrique Leff nos dice que:

El ambiente es la falta incolmable y no totalizable de conocimiento donde anida el deseo de saber, que anima un proceso interminable de construcción de saberes que orientan acciones hacia la sustentabilidad ecológica y la justicia social; que generan derechos y producen técnicas para construir un mundo sustentable, con base en otros potenciales, conforme a otros valores, restableciendo la rela-

ción creativa entre lo real y lo simbólico, abriéndose al encuentro con la otredad.<sup>14</sup>

Es decir, es una dinámica de autocreación; aquello a lo que llamamos ecología lo conocemos a la vez que lo construimos a partir del lenguaje simbólico y el lenguaje teórico. Es decir, no es una disciplina más que supone que controlará el desorden ecológico actual con tecnologías. No se descartan las tecnologías, pero el concepto de ecología profunda incluye la sociedad y sus creaciones.

Naëss fue concordante a este cambio de entendimiento cuando introdujo el término “ecología profunda” para caracterizar una aproximación que aborda no solo los síntomas, sino también las causas culturales subyacentes a la crisis ambiental, criticando los supuestos metafísicos, sistemas políticos, estilos de vida y valores éticos de la sociedad industrial.

Nosotros esperamos retomar el proyecto deliberativo de la modernidad donde haya un desarrollo del cerebro, la percepción, la creatividad de los hablantes que se unen con la conciencia, que son parte de una misma especie y que, por ello, tienen el valor de la dignidad personal. Por eso, afirmo que la formación de sociedad a través del lenguaje simbólico y el lenguaje teórico la lleva a organizarse *autopoiéticamente* (autososteniblemente). A partir del sistema social como comunicación, se van diferenciando los sistemas jurídico, económico, político. Muy diversamente ocurre cuando se dan las diversas disciplinas y quedan aisladas, sin debate acerca de nuestra vida que las conecte en una transdisciplina. Sin embargo, nos faltan las garantías políticas para lograr esta revolución del pensamiento.

Kant nos explica que la universalidad formal de la ley es una forma lógica que debe ser llenada por aquellas conductas que puedan desearse como universales. Para ello, se deben dejar de lado las inclinaciones o deseos subjetivos para determinar la voluntad y expresarla. Explica que si el contenido de la ley se determina por inclinaciones o deseos subjetivos, resultará una sociedad patológica, es decir, violenta. Reconoce que sólo una buena voluntad renuncia a sus inclinaciones subjetivas para determinar su acción conforme a la ley universal. Sin embargo, el hombre común y corriente se determina al cumpli-

<sup>14</sup> Enrique Leff, *Aventuras de la epistemología ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes*, p. 11.

miento de la norma cuando allí le es posible identificarse con los demás por la única inclinación subjetiva que es universal y todos sienten: la dignidad de su persona. Las cosas tienen precio y son intercambiables, las personas no, su valor es la dignidad. Según Kant, “el hombre racional representa (imagina) su existencia orgánica como un fin en sí mismo y no como un medio”.<sup>15</sup> Aunque Kant afirmó que el contenido de la norma universal era verse identificado en ese valor, también señaló que la dignidad era un límite a la universalidad del imperativo moral, porque ello implica un cambio en el organismo de la persona, el control de sus inclinaciones a partir del reconocimiento. Esa es la sociedad de los fines. Kelsen la define simplemente como la sociedad.

Aclara Kant que los padres más que en enseñar ciencias a sus hijos, primero deben ocuparse en educar los diversos fines o inclinaciones subjetivas con las que nacen. Todos debemos transformarlas para poder integrarnos socialmente a la naturaleza. Es decir, la sociedad civilizada se acopla a la finalidad de la naturaleza, que es la trascendencia en las generaciones. Para ello, la razón le da categorías: “Solo entonces y solo por esto, un tal producto, en cuanto ser organizado, y autoorganizante de sí, podrá ser llamado un fin natural”.<sup>16</sup> Sólo autorganizándonos podremos integrarnos en una ecología profunda.

Para esto, Kant limitó la razón teórica y práctica y abrió espacio al lenguaje simbólico, tanto del arte como de la religión, para crear una liga entre los miembros de la especie humana. Pero a él, como a Kelsen, la modernidad simplificó sus conocimientos.

#### ***IV. La teoría pura del derecho***

Kelsen se propuso hacer una teoría pura del derecho que tuviera por único objeto el derecho e ignorara todo lo que no correspondiera a su definición. Para describir su objeto, la ciencia jurídica formula las llamadas reglas de derecho que describen la norma.

Al igual que en la ley natural, “la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa y efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho”.<sup>17</sup> El crimen no es

<sup>15</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, p. 83.

<sup>16</sup> Immanuel Kant, *Crítica del juicio*, p. 344.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 17.

la causa de la sanción. La sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada.

Cuando decimos que una norma es “creada” por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. La norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido “puestas”, sino solamente “supuestas” por un acto meramente intelectual.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho o una moral positiva: “Tales disciplinas describen normas positivas que describen o autorizan una conducta determinada y afirman que, en tales condiciones, tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada”.<sup>18</sup> Por el contrario, una norma que no ha sido “puesta”, sino solamente “supuesta”, no pertenece al dominio de la realidad verificable.

Que una ciencia sea calificada como normativa no significa que tenga por objeto prescribir, sino describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es autoridad, sino que sólo busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad. Es la autoridad la que prescribe conductas.

La fórmula del principio de causalidad es: “Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá” o “Si un metal es calentado, se dilatará.” El principio de imputación se formula diferentemente: “Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse”.

Kelsen pone algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: el acto bueno al cual se le imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa penitencia, el robo al cual se imputa el encarcelamiento, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena). Kelsen procede transdisciplinariamente cuando supone que la sociedad cuenta historias y ha-

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 18.

ce la diferencia entre la historia que no se desea y la que se está fundando con la misma deliberación. Esto se podía suponer en la cultura vienesa de su tiempo, pero hoy la televisión ha sido mala maestra en la comunidad de naciones y la educación ha sido disciplinaria.

La ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, porque puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.

## V. *Definición estática del derecho*

La definición del derecho como un “orden coactivo de la conducta” la construye Kelsen, fundado en un estudio comparativo de los órdenes, denominados jurídicos, que han existido en el curso de la historia y actuales en todos lados del planeta. Igualmente, consultó otros teóricos en la historia y sus contemporáneos. En ese material encontró ciertas “notas comunes” que eran, en todos lados, regulación de conductas libres y, en todos lados, se logra mediante la técnica de amenazar coactivamente. Esto expresa en el concepto estático de derecho que es: “Orden coactivo de la conducta”. Es una definición abstracta, capaz de explicar cualquier orden jurídico. De aquí, Kelsen procede a inferir los conceptos jurídicos fundamentales, como la obligación, delito, sanción, responsabilidad, derecho subjetivo.

Kelsen nota que “el problema de nuestro tiempo es la propiedad privada y la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan”.<sup>19</sup> Dicen que son normas positivas, pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. Hay quienes afirman que la naturaleza ha establecido el derecho de propiedad individual y, no sólo eso, sino que también consagra su inviolabilidad. Los fundamentalismos han dicho que el derecho subjetivo es un “interés protegido” o una “voluntad reconocida y garantizada por el derecho subjetivo”; así, se admite que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo. Los derechos subjetivos habrían nacido primero, en especial el de propiedad, y su prototipo es el resultado de la apropiación originaria. Entonces, el derecho objetivo aparecería más tarde, bajo la forma de “un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los dere-

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 109.

chos subjetivos que han nacido en forma independiente”.<sup>20</sup> Kelsen afirma que esto es una ideología. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera “puestas” por la voluntad divina o consensos son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

En la *Teoría pura del derecho*, se redefine el derecho subjetivo: “Solamente cuando una norma jurídica coloca a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor”.<sup>21</sup> Es decir, es una posibilidad de participar en la creación del orden jurídico, iniciando la creación de una sentencia.

Por ello, también los derechos al sufragio son derechos subjetivos. Estos son autorizaciones para influir en la constitución de la voluntad estatal; ello significa participar, directa o indirectamente en la producción del orden jurídico en el que se expresa la “voluntad estatal”. La participación de los sometidos a las normas en la legislación, es decir, en la producción de normas jurídicas generales, es la característica esencial de la forma democrática de Estado a diferencia de la forma estatal autocrática, en la cual los súbditos están excluidos de toda intervención en la constitución de la voluntad general: “(..) la legislación democrática puede ser realizada en forma inmediata, por el ‘pueblo’, es decir por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas ‘democracias directas’, el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legiferante, tomando la palabra y votando en la misma”.<sup>22</sup> La teoría pura del derecho no conoce derechos subjetivos independientes de la formación de voluntad política, vía de la cultura significante o la democracia directa.

Trágica es la situación actual del mundo donde las democracias no representan a sus ciudadanías: los estados nación han entrado en crisis de gobernanza. La violencia se difunde, los factores reales de poder son fuertes: los fundamentalismos religiosos o mercantiles tienen la cultura en sus manos. Democracias modernas que, aunque cuentan con las tecnologías electrónicas, las hace funcionar para informar y no para incluir a los ciudadanos en la toma de decisiones, ni siquiera de su vida ciudadana. Mucho menos se ocu-

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 151.

pan de los derechos humanos comenzando con el interés superior del menor, por significar el futuro de las generaciones. No hay una educación que lleve al autoconocimiento, que organice en orden al acoplamiento a la naturaleza y que, para lograrlo, depure y conecte los conocimientos disciplinarios. Al contrario, en los estados nación, información tendenciosa, hoy convertida en “era posverdad” en donde las *fake news* (noticias falsas) están al orden del día, provocan en sus ciudadanías la falta de desarrollo neuronal, un subdesarrollo perceptivo y la carencia de horizontes humanos para el pensamiento. Están alienados de su propia realidad en beneficio de la realidad de algún fundamentalismo.

Si la estática nos da los conceptos abstractos, como vimos, en la dinámica notaremos que la validez del derecho no es otra cosa que el modo particular de la existencia del derecho. Es la norma puesta en un tiempo y espacio, por alguien determinado, la que es objeto de conocimiento. Esa norma general regula conductas de individuos, se aplica a otros hechos desarrollados en tiempo y espacio. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres, y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. Desde el constituyente hasta cualquier acto de aplicación.

## ***VI. Definición dinámica del derecho***

Con el principio de imputación, Kelsen describe los órdenes normativos. Estos se diferencian entre sí por sus diversas sanciones. El orden moral tiene sanciones internas o no coactivas y no organizadas. En cambio, las sanciones jurídicas están socialmente organizadas y monopolizan la aplicación de la violencia legítima. Sin embargo, el derecho puede recibir normas morales y protegerlas. Eso es el caso de la recepción de los derechos humanos. De esa manera, vemos que la Constitución establece los principios jurídicos y derechos humanos, a la vez que regula la legislación, o sea, la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares, como son las decisiones judiciales o sentencias, los actos administrativos y los actos jurídicos de derecho privado. Por último, los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. De esa manera, el derecho

tiene la particularidad de que regular su propia creación y aplicación.<sup>23</sup> Es decir, el derecho es un sistema *autopoiético* en el que los tres poderes se coordinan y se controlan en la creación de las leyes para mantener la estabilidad llamada “Estado”. No así una tiranía propia del primitivismo, que necesita constantemente de la violencia y, por tanto, no es estable y está en permanente riesgo de violencia. La tiranía no es normativa, aunque así se autonombre.

En el proceso de creación aplicación del derecho, se explica la validez de una sentencia diciendo que ha sido creada por actos de autoridad determinados por normas superiores, como es el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales, que establecen la materia, la autoridad y el procedimiento creador; pero, a su vez, nos explicamos la validez de estas leyes diciendo que fueron creadas por actos de autoridad determinados por normas superiores, como es la Constitución. Aquí se establece la materia o derechos humanos como límites al poder de las autoridades, y los tres poderes como autoridades creadoras de normas, así como los procedimientos de cada poder. Pero si nos preguntamos: ¿Por qué es válida la Constitución? Podríamos ir hacia una Constitución anterior para explicar los actos del constituyente como creadores de normas. Sin embargo, si es una Constitución primera, como aquellas que surgen de alguna ruptura revolucionaria, tendríamos que explicar la validez recurriendo a una norma superior. Pero si la Constitución es suprema, no hay norma superior. Kelsen ha construido un método a partir del principio de imputación, para explicar el derecho, por eso no acude a los principios de otras ciencias, como es la causalidad, ni a los hechos, como es la eficacia, ni a los valores o ideologías. Por eso, conjetura una hipótesis que permite explicar la validez de la Constitución.

### **VI.1. Norma hipotética fundamental de los órdenes normativos**

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única.

Diferencia Kelsen al sistema estático, cuya validez normativa resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo,

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 44.

“no se debe mentir”, “no se debe engañar”, “se debe mantener la palabra empeñada”, “no se debe prestar falso testimonio” pueden ser derivadas de la norma de “deber decir verdad”. De la norma “se debe amar al prójimo” pueden derivarse las normas; no se debe ocasionar mal al prójimo y, en especial, no se debe matarlo, ni dañarlo física o moralmente, auxiliándolo en caso de necesidad. En las normas morales suelen afirmarse conjuntamente validez y contenido.

Según los axiomas de la TPD, el fundamento de validez de una norma solo puede encontrarse en la validez de otra norma: “La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior”.<sup>24</sup> Pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano, como cuando se funda la validez de los mandamientos en el hecho de que el Dios los entregó en la cima del Sinaí; o cuando se dice que se debe amar a los enemigos porque Jesús, hijo de Dios, así lo ordenó en el sermón de la montaña. En ambos casos, el fundamento de validez es presupuesto: no es el hecho de que Dios o el hijo de Dios haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos y la norma según la cual debe obedecerse lo que su hijo manda.

PREMISA MAYOR: Deben obedecerse los mandamientos de Dios o de su hijo. Suponemos que es autoridad: tanto Dios o su hijo. Ellos están facultados.

PREMISA MENOR: Dios ha dictado los mandamientos (*conditio sine qua non*).

CONCLUSIÓN. Deben obedecerse los mandamientos (“amar a los enemigos”, “no matar”, “dar abrigo”, etcétera).

La norma enunciada en la premisa mayor, según la cual deben obedecerse los mandamientos de Dios, está comprendida en el supuesto de que las normas por cuyo fundamento de validez se pregunta provienen de alguna autoridad; esa norma otorga a la personalidad que la impone, la “autoridad” de establecer norma. El hecho de que alguien ordene algo no es fundamental

<sup>24</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 201.

para considerar la orden como válida. La premisa mayor es la condición por la cual la conclusión de “amar a los enemigos” es norma válida. La premisa menor es la condición sin la cual no es válida la conclusión. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia solo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas.

Como la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como en la causa y efecto, tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Pero, como norma suprema, tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez: “Esa norma presupuesta como norma suprema, será designada como norma fundante básica. Ella es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden”.<sup>25</sup> La norma fundante básica es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden. En el caso visto de un sistema estático, el contenido de las normas se deriva de la norma fundante.

En cambio, en un sistema dinámico, la norma fundante presupone la facultad de una autoridad normativa o “una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”.<sup>26</sup> Aquí se determinan los procedimientos creadores y aplicadores de normas. Kelsen pone el ejemplo de un padre que ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿Por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer a los padres; si el niño pregunta: ¿Por qué debo obedecer las órdenes del padre? La respuesta podría ser: porque Dios ha ordenado obedecer a los padres y se debe obedecer lo que Dios manda. Si él no pregunta por qué deben obedecer las órdenes de Dios, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, no se puede buscar el fundamento de validez, sino que solo puede presuponerla. El contenido de la norma que constituye el punto de partida: el niño debe ir a la escuela. El contenido de ese mandato no puede ser derivado de esa norma fundante, puesto que esta se limita a efectuar una delegación en una autoridad normadora, o sea: es-

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>26</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 204.

tablece la regla conforme a la cual han de producirse las normas de ese sistema. El contenido de la norma como “deber ir a la escuela”, no vale por su contenido, ni puede ser deducida, mediante una operación lógica, de la norma fundante presupuesta. Tanto en una familia, una empresa o un Estado, las normas, en general, pueden ser dictadas de manera primitiva o civilizada; toca al científico del derecho establecer esa diferencia y ver cuándo las normas pueden ser anulables. Ante esto, no cabe otra cosa más que hacer una hipótesis de validez de la constitución. Una hipótesis es una fábula que nos habla de las condiciones en que podemos considerar válidas las normas. La cultura ciudadana de debate permite ver cuándo es posible suponer válidas las normas y cuándo no lo es y se pueden impugnar. El ejercicio del lenguaje simbólico se da en el debate y es un procedimiento más de creación de normas jurídicas.

Desgraciadamente, la teoría pura del derecho ha sido interpretada disciplinariamente definiendo el derecho formalmente como “orden coactivo de la conducta” y se le ha desligado tanto del lenguaje simbólico como de la exigencia de políticas adecuadas para llegar a ser iguales en el goce de derechos y libertades. De esta manera, la sociedad permanece en el primitivismo. Es posible hacer funcionar el derecho produciendo la paz cuando lo miramos como diálogo entre saberes disciplinarios y transdisciplinarios. Sin embargo, eso no es algo que sucederá necesariamente; es contingente. Podemos tanto transitar a la paz y organización como permanecer en la violencia autodestructora. Ello depende del tipo de conocimiento con el cual reconoceremos el derecho y sus normas válidas: disciplinario y formal y que produce violencia, o bien, transdisciplinario y que conduce al entendimiento pacífico.

La hipótesis de norma que nos propone Kelsen tiene que ser establecida por un acto del padre, y vale por haber sido establecida así: “Es la norma que estatuye la manera de implantar normas”.<sup>27</sup> Por eso, debemos distinguir a los padres de hecho, como Layo y Yocasta, que ejercitaron la fuerza extrema mandando matar al hijo por haber desobedecido; o bien, Pólipo y Mérope que todo le dan a Edipo y nunca le dicen que es adoptado, por lo que ninguna pareja enseñó a Edipo a renunciar a sus inclinaciones y socializar con los demás. Estos padres, de hecho, son diferentes de los padres simbólicos: los primeros imponen, los segundos ponen las condiciones para incluir en la palabra a hi-

<sup>27</sup> Se notan las raíces psicoanalistas del filósofo que, antes de ser filósofo del derecho, fue alumno y colaborador de Freud en la revista IMAGO.

jos, trabajadores o ciudadanos. Igualmente, se puede suponer la validez de las sentencias que surgen de tribunales independientes e imparciales y que, por tanto, consideran la suficiencia o no de las normas de los otros poderes.

La actitud de la teoría pura del derecho es objetivista y universalista. Apunta, fundamentalmente, a la totalidad del derecho en una validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. Quiere ser una concepción orgánica del derecho o *autopoiética*, pues está ligada a la cultura y a políticas de inclusión, que tienen que suponerse para conocer o desconocer si no las hay, a las normas jurídicas. Este concepto de derecho nos permite impugnar normas en donde no se puede suponer emergidas de una cultura de igualdad.

Como fundamentación en las normas lógicamente derivadas de los mandamientos divinos y de las palabras de Cristo, se usa el principio estático. En cambio, en la fundamentación de la validez de los mandamientos divinos mediante la norma fundante: “Debe obedecerse lo que dios manda”, y de la validez de la palabra de Cristo, se usa el principio dinámico.<sup>28</sup> Sin embargo, no estamos suponiendo la existencia de un dios personal que aboga por algunos en contra de otros. Kant, como Kelsen, hoy también Habermas, están suponiendo un símbolo que permite la comunicación universal. No es otra cosa más que el lenguaje significante que al humano permite una misma pragmática de acoplarse a la ecología profunda.

El sistema jurídico tiene un carácter dinámico: “La norma jurídica no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo de una norma fundante, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante presupuesta”.<sup>29</sup> Recordemos que el principio de imputación no siempre es retribución determinista, sino que también describe los permisos como excepción a las obligaciones. Toca a la cultura pintar un imaginario de padre primitivo, o bien, de padre simbólico, para permitir ver a la ciudadanía cómo es que podemos lograr la coherencia del sistema jurídico que instaura la paz y cuál es el orden que perpetúa la violencia. La capacidad de diferenciar un gobierno como el de Agamenón

<sup>28</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 205.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 210.

y de Clitemnestra, que solo violencia producía, a un gobierno como el que comprendió Edipo, que había omitido (es necesaria) para poder saber cuándo hablamos de validez y cuándo no.

La unidad del sistema jurídico está dada por la norma fundante básica y consiste en poder describirlo en reglas jurídicas que no se contradicen. Los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado pueden y tienen que ser disueltos por vía de la interpretación. Afirmar un conocimiento disciplinario del derecho que lo reduce a la fórmula de “orden coactivo de la conducta” es propio del primitivo. Tener un conocimiento complejo es considerar la definición teórica unida al lenguaje simbólico donde discute con el legislador, o bien, que tiene una cultura de autoconocimiento, y estos dos discursos unidos por las políticas obligatorias de los poderes representativos. Ya en Kelsen se delinea esto segundo, pero la modernidad tampoco lo leyó de esta manera.

La interpretación disciplinaria de la teoría pura nos describe el concepto estático del derecho de las dictaduras llamadas hoy democracias. En cambio, la interpretación transdisciplinaria o compleja nos describe el concepto de la sociedad constituida y pacífica por la acción de las políticas adecuadas, como son la del fomento de la libre expresión para hacer leyes, que son lo que dan el contenido válido a la ley.

En la realidad del ideal conceptual de la teoría pura, hay una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*. La condición por la cual conocemos la validez es esta presuposición que podemos hacer cuando hay cultura.

Se puede presumir la legitimidad de un Estado cuando sus normas jurídicas “solo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a esa Constitución”.<sup>30</sup> Claro que nos referimos a la constitución que constituye sociedad a partir de proteger e impulsar la ‘libre expresión’ en la toma de decisiones. Y esto es lo que les falta a muchas constituciones.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 143.

El derecho no puede subsistir sin la fuerza, pero no puede ser idéntico a ella; es más bien un modo de organizar la fuerza. Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional, y es el principio de efectividad: “Este principio constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales”.<sup>31</sup> Es decir, solo un estado de derecho, que se produce constantemente a sí mismo, puede ser aceptado.

La constitución es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. Hasta un Gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros Gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Sin embargo, el principio de efectividad se sustenta en una constitución que constituye sociedad a partir de la comunicación. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo y, por tanto, válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. Y esta efectividad se relaciona con la primera costumbre civilizada que surge en sociedad: el cumplimiento de la palabra empeñada: “*Pacta sunt servanda*”, que, a su vez, es la norma hipotética del derecho internacional.

## ***VII. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional***

### ***a) La Constitución***

La función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: “Él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido”.<sup>32</sup> En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 147.

Un orden jurídico es una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. Esquemáticamente, su estructura jerárquica es: de acuerdo con la norma fundamental hipotética, el grado superior del derecho positivo es la constitución, entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de “designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir”.<sup>33</sup> Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. (Prohibir las penas infamantes, prohibir el arresto sin orden fundada por autoridad competente). La prescripción de algún contenido equivale a menudo a la promesa de dictar una ley.

Por el contrario, una constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen alguna de las libertades que les están garantizadas.

“Se distingue la constitución en sentido formal como documento escrito, o normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solo bajo condiciones más estrictas mediante procedimiento especial”.<sup>34</sup> Las políticas constitucionales son principios dirigidos a las autoridades que les imponen obligaciones de superar los vicios de desigualdad de la ciudadanía. Su función es estabilizar las normas de la constitución material mediante un procedimiento de enmienda diferente al procedimiento de inicio o reforma de leyes.

Luego de la constitución, están las leyes generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no solo los órganos y el procedimiento, sino también, y sobre todo, el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. La constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido; la legislación determina tanto la creación

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 233.

como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Sin embargo, las constituciones modernas han recibido y juridificado ciertas normas morales, como son los derechos humanos. Precisamente, porque el derecho y la moral son órdenes distintos, podemos hacer críticas desde las costumbres morales e impugnar normas que no los expanden. Las leyes señalan no sólo a los órganos judiciales, administrativos y a los procedimientos, sino también a contenidos de las normas individuales, a las decisiones judiciales y a los actos administrativos emanados de los órganos que aplican el derecho. Las leyes pertenecen, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento penal y civil. Las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

En México, el Congreso tiene facultades para dictar las leyes sobre materia de vías de comunicación, tecnologías de la comunicación e información, radiodifusión, telecomunicaciones, banda ancha, Internet, postas y correos, uso y aprovechamiento del agua. Sin embargo, el fomento de la democracia directa o libre expresión para la ciudadanía, no ha sido ni siquiera planteada por nuestros representantes, al menos en algunos sectores. No contamos con un manejo correcto de los términos “comunicación” e “información”. La cultura difundida en todos los medios es comercial y forma consumidores y no seres pensantes. Las artes no tienden hacia la formación estética y civilidad que se acopla a la naturaleza o ecología, más bien, es el capital el que las impulsa o la nación lo hace con criterios ideológicos. Vivimos el primitivismo, sujetos a una cultura que arresta nuestro imaginario en sus intereses de lucro. Corremos el riesgo de naufragar en la ignorancia; sin embargo, es posible superar tales riesgos transitando hacia la civilización mediante las exigencias de democracia deliberativa ¡ya! e incluyendo la teoría de sistemas vivos en los programas de estudio generales.

#### ***b) El reglamento***

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. La distinción entre ley y reglamento es importante cuando la constitución atribuye al legislativo elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que estas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando en ciertas circunstancias excepcionales cuando la Constitución autoriza al Gobierno a

dictar, en remplazo del parlamento, una norma que se denomina reglamento en tanto la crea una autoridad administrativa. Pero tienen “fuerza de ley” y pueden ser anuladas por ella.

En la Constitución mexicana, en el artículo 89, se dice que el sentido de estos reglamentos es proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, cuando las leyes han sido omisas en políticas de inclusión democrática en la deliberación y en políticas educativas de la complejidad, pero la renuncia a la libre expresión, en beneficio de la información, es seguida por el ejecutivo, que tampoco ha presentado iniciativas de inclusión en la toma de decisiones o de cultura deliberativa. Antes bien, el primitivismo en la llamada educación nos lleva a cerrarnos en alianzas entre naciones y fundamentalismos religiosos o de mercado, borrando, paralelamente, nuestro autoconocimiento como especie humana sobre el planeta. En vez de organizarnos para conservar el futuro interespecie en una ecología profunda, nos cerramos en nuestros territorios nacionales para observar los nuevos “enemigos externos”. No desespero, sé que no necesariamente permaneceremos en este primitivismo, pero, por otro lado, no necesariamente transitaremos a la civilidad de la especie humana si no exigimos democracia deliberativa y educación en nuevos saberes evolutivos.

Por tanto, si la cultura, que Kelsen presupuso, no es algo vivo y significativo, el derecho no organizará su propia creación y aplicación, sino que echará mano de las sanciones y represión interminables por su ineficacia contra la violencia. Si el derecho no es un sistema en donde los tres procesos creadores de normas estén interrelacionados en un sistema de pesos y contrapesos, el orden jurídico se sostendrá por sanciones y sobrevendrá la violencia e ingobernabilidad. Es cultura deliberativa del cuarto poder la que contribuye al desarrollo del sistema nervioso y capacidades perceptivas, a la vez que acopla a las personas al mundo ecológico de la interrelacionalidad terrena.

### c) *La jurisdicción*

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general. El poder jurisdiccional es la función de la creación de sentencias y la *iuris dictio* tiene carácter constitutivo. El juez realiza un verdadero acto creador de derecho, puesto que

solamente gracias a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción; pero, además, lo es en cuanto comprueba los hechos condicionantes de la sanción. Esto sucede en el mundo conceptual del derecho: se determinan los hechos así como las normas aplicables.

Detenidos en el primitivismo, los jueces no son imparciales y no consideran las políticas de los otros poderes para tomar decisiones. ¿Cómo responsabilizar a los ciudadanos por los vicios sociales que no han sido atacados por el Estado? ¿Cómo, sin comunicación ni información veraz y oportuna que lleve a la ciudadanía a conocer el estado del mundo, pueden considerar imputable al ciudadano en todo caso? No hay “hechos en sí mismos”, sino en la manera en que los jueces los narran. El primitivo tirano solo mira el delito, pues sin él no hay sanción. Pero no mira las condiciones por las cuales se sanciona: la acusación, las reglas del proceso, la comunicación y libre expresión, la justa distribución de bienes, el respeto a la dignidad, etcétera, para saber si la norma vale para el caso concreto o no. El juez que tiende a la civilización es independiente e imparcial, por tanto, juzga la responsabilidad de los Gobiernos sobre la falta de organización de la especie y de la violencia que azota la sociedad. Para narrar los “hechos”, lo hace diferenciando cuándo el lenguaje es impuesto y cuándo el lenguaje emerge de la expresión de los hablantes. Sólo de esa manera determina las responsabilidades y las inimputabilidades.

El tribunal está ligado al derecho sustantivo y al derecho adjetivo preexistente. Si el tribunal encuentra que el acusado ha cometido el acto que se le imputa, tiene el deber de decretar la sanción señalada por el ordenamiento jurídico. En caso de que no haya una norma general que determine la obligación del reo, y que el fiscal o demandante considere violada, el tribunal está autorizado por el orden jurídico para decidir discrecionalmente el caso, condenando o absolviendo al reo o al demandado, negándose a ordenar que a este se imponga la sanción establecida por la ley. “El juez siempre está ligado, aunque no por el derecho sustantivo, sí por el derecho adjetivo”.<sup>35</sup> El juez debe conocer, aunque en ocasiones solo deba fundamentar por qué no se sanciona.

Una decisión judicial puede tener el carácter de precedente, es decir, de decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes. En ese caso, el tribunal procede como legislador. La decisión del tribunal en un caso concreto adquiere el carácter de precedente obligatorio

<sup>35</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 171.

para la solución de la norma individual creada por la primera resolución. En México, esta es la jurisprudencia, que se forma con cinco sentencias en el mismo sentido. Lo que constituye la jurisprudencia es la fuerza obligatoria de la norma general así obtenida. Solo sobre la base de esta norma general es posible establecer que otros casos son “análogos” al primero, cuya decisión es considerada como “precedente”, y que, en consecuencia, esos otros casos tienen que ser resueltos del mismo modo.

Vuelvo a hacer hincapié en la diferencia entre un orden primitivo y un sistema jurídico civilizado. En este segundo, los tribunales van a la tradición jurídica a retomar las características universales que, en una sentencia presente, abren la dimensión del futuro de las generaciones futuras. En cambio, los tribunales que se establecen en grupos de mentalidad primitiva no van a la tradición jurídica, sino a los intereses presentes para imponer interpretaciones de lo que debe ser la humanidad dentro del derecho, aunque esté destruyendo el futuro común. Es el caso de jueces actuales, que más defienden los intereses de los fundamentalismos religiosos o de mercado que la historia evolutiva de la especie y su futuro común.

Asimismo, al igual que la jurisdicción, la administración también tiene por función el individualizar y concretar las leyes. Desempeña el mismo papel de la jurisdicción, pero no están organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de que carecen casi siempre las autoridades administrativas.<sup>36</sup> Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre es este el caso de la administración. Esta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar: explotando ferrocarriles, prestando asistencia a los enfermos en los hospitales o bien, estableciendo democracia directa en sectores de la vida social. Los jueces, en cambio, tienen que razonar para concretar las leyes. Aquí se manifiesta plenamente la función creadora de los jueces.

La teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica.<sup>37</sup> Partiendo del supuesto de que esta norma es válida (por las condiciones generales del habla y la distribución), también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la norma confiere a

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>37</sup> Kelsen, *Teoría pura*, p. 138.

los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico, el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. Ello le concede al sistema jurídico una función inmunitaria mediante la anulación o derogación de leyes inconstitucionales y sentencias ilegales e inconstitucionales, que no es arbitraria, sino tiene sentido social de instaurar la paz. No sucede con ordenes primitivos.

### *VIII. Conclusiones*

Hemos visto las diferencias entre la humanidad primitiva y el ideal de humanidad civilizada. El primero pensó que el universo era parte de su sociedad de dioses; el civilizado piensa que la sociedad es parte de la naturaleza.

Con un enfoque antropológico, Kelsen establece la diferenciación de mitos de retribución inexorable y aquellos en donde hay modificación de la aplicación de sanciones.

La lectura que se ha hecho de Kelsen ha simplificado sus ideas y ha dado por resultado una ciencia disciplinaria del derecho en donde se supone que el sujeto del conocimiento está separado del objeto mundo por conocer. En cambio, Kelsen está haciendo una ciencia compleja en la que el sujeto está en el objeto de estudio, como en la física cuántica, la astrofísica y la teoría de la evolución biológica.

Mirarnos desde el punto de vista de la complejidad, dentro de la interrelacionalidad dinámica, nos lleva a vernos como sujetos evolutivos cuyo futuro es la trascendencia en el orden terreno ecológico, y para diferenciarla de la noción disciplinaria del derecho como “orden coactivo de la conducta” con la cual hemos llegado a un conjunto de sociedades nacionales en crisis por violencia.

Kelsen se propuso hacer una teoría pura que tuviera por único objeto el derecho. Para ello formula su método a partir del principio de imputación de sanciones, dejando de lado en la explicación del derecho el principio causal de otras ciencias, a los hechos, los valores, las ideologías. Logra no solo una definición estática del derecho como “orden coactivo de la conducta”, sino que también incluye una definición dinámica para explicar la creación y aplicación del derecho.

Un sistema dinámico tiene varios niveles y regula su autocreación. El derecho es un sistema dinámico u organización *autopoiética* y esto nos ofrece el conocimiento de la validez del derecho y de la invalidación de normas. La norma estática se puede fundar en el hecho de haber sido establecida por autoridad humana o sobrehumana. El sistema dinámico se puede fundar en una hipótesis básica: Norma Hipotética Fundamental (NHF).

La NHF se limita a efectuar una delegación en una autoridad normativa. Establece la regla conforme a la cual han de producirse las normas de un sistema. Ella varía y cambia.

Transitar hacia la paz es posible; no necesariamente nos autodestruiremos si y solo si la autoridad propone comunicación, democracia directa, defensa de dignidades y las ciudadanías lo exigen junto con una cultura de autoconocimiento. El jurista no legisla, pero describe las normas válidas y, por lo tanto, podemos ver la invalidez de normas que no han sido debatidas por la ciudadanía, ni han sido producto del sentido común de los representantes. Es, entonces, que el principio de legalidad se pone en colisión con otros principios.

La teoría pura del derecho no define el derecho mediante los hechos, como es el cumplimiento del derecho. Sin embargo, sí tiene una relación con la eficacia del derecho. La norma fundamental del civilizado indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a los cuales rige. Sólo cuando presuponemos la deliberación y cultura, podemos declararla válida. Sólo así se puede suponer una relación entre la validez y la eficacia jurídica.

Un orden jurídico tiene una estructura jerárquica dinámica. La constitución ocupa el grado superior y ella nos rebela que el derecho regula su propia autocreación cuando tenemos criterios fundamentales, como es la “libre expresión” para hacer normas y la “dignidad personal”, que lo son porque abren la posibilidad de decidir conforme a otros principios constitucionales. De esa manera, podemos plantear la inconstitucionalidad de las leyes.

En México, sin embargo, según la Constitución, el Congreso tiene facultades para legislar en materia de vías de comunicación, tecnologías. Pero no ha habido ninguna iniciativa en materia de hacer operativa la libre expresión para tomar decisiones por todos los medios tecnológicos. Sólo se habla de la imprenta, a la cual se le quedó incorrectamente el nombre de cuarto poder, cuando es la ciudadanía la que puede y debe operar distintos medios y tam-

bién la cultura para ser realmente un poder. Sólo así el derecho será una organización *autopoiética* que se produce continuamente a sí misma, pues estando bien coordinada en los pesos y contrapesos entre los poderes, es inmune a disposiciones no constitucionales.

Necesitamos legisladores que dispongan en asuntos de la vida cotidiana, que haya organización incluyente. Hay softwars para condominios o manzanas ciudadanas donde los administradores tienen un foro público para recibir notificaciones de problemas, conocerse entre sí, debatir las propuestas de los administradores condominales o en las ciudades los alcaldes; en esos foros públicos permanentes pueden ser presentadas para la consideración, aceptación o rechazo de la ciudadanía. O bien, se pueden administrar transparentemente fábricas, escuelas, negocios, etcétera. Basta estudiar teoría de sistemas vivos y los principios de cibernética que allí se muestran para saber cómo hacerlos y ser jurista transdisciplinario para saber su sentido. En el estudio de las nuevas prácticas deliberativas, se abre un gran campo de creatividad, que en las escuelas debería ser atendido. Y de ello, podríamos tener conocimientos de nuestros avances en la medida en que los efectos en la interpretación y argumentación dejan datos en nuestros egresados que pueden ser registrados.

Vivimos en un primitivismo al que llamamos “civilización”. Vivimos una tiranía a la que llamamos “democracia”. Esto es a causa de que hemos reducido nuestros conocimientos a las disciplinas y no vemos la dinámica de la complejidad del cosmos. Esto ha sucedido, en general, en la cultura: somos tecnocráticos. La teoría pura del derecho no ha sido comprendida transdisciplinariamente. La hemos reducido a formalismos disciplinarios. Ha desaparecido la creatividad de los jueces y la de los ciudadanos para señalarlos (...).

El razonamiento de los jueces se ha reducido a un juicio deductivo; sin consideración de los contextos. El resultado es una sociedad inestable y violenta. Si el juez se sabe responsable por la pacificación de la ciudadanía, juzga implícitamente a los otros poderes, cuando no aplica sus disposiciones y las fundamenta razonadamente. Solamente, así, los jueces pueden determinar responsabilidades e inimputabilidades.

En cambio, si los tribunales sólo atienden a los formalismos, sin buscar los fundamentos del derecho, harán interpretaciones de identidades grupales nacionales, partidistas, etcétera, aunque estén destruyendo el futuro común. Es el caso de jueces que se identifican más con los intereses de los fundamenta-

lismos religiosos o de mercado en vez de identificarse con la historia evolutiva de la especie y el futuro de las generaciones. Estos jueces son cómplices en la distorsión del lenguaje tanto jurídico como descriptivo.

La comunicación y libre expresión, la dignidad son principios que hacen emerger a la sociedad humana como especie civilizada en la interrelacionalidad planetaria, y esa es la manera de organizarse *autopoiéticamente* en una ecología que funciona a partir del lenguaje y de los actos comunicativos: eso es lo que mantendrá a nuestra Tierra autoproduciéndose constantemente a sí misma. Ello concede al sistema jurídico una función inmunitaria mediante la anulación o derogación de leyes inconstitucionales y sentencias ilegales e inconstitucionales. No sucede con órdenes primitivos cuya violencia los inestabiliza y los lleva a la autodestrucción.

He mostrado dos modos de interpretar la teoría pura del derecho: disciplinaria y transdisciplinariamente como organización *autopoiética*: el lector que decida cuál versión quiere tomar para abogar (...).

## ***Fuentes de consulta***

### ***Bibliográficas***

- Delgado, Carlos. *Hacia un nuevo saber*. Colombia, Universidad del Bosque, 2008.
- Esquilo. *Orestíada*. México, Porrúa, 1998.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Crítica del juicio*. México, Editorial Porrúa, 1981,
- Kelsen Hans. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires, Depalma, 1945.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho extendida*. México, UNAM, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, Editorial UNAM, 1979.
- \_\_\_\_\_. “Causalidad e imputación”. Estudios en memoria de Hans Kelsen. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974, pp. 207-232.
- Leff, Enrique. *Aventuras de la epistemología ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo entre saberes*. México, Siglo XXI, 2006.
- Sófocles. *Edipo Rey*. México, Porrúa, 1998.
- Varela y Maturana. *El árbol del conocimiento*. Buenos Aires, Lumen, 2000.