

TEORÍA DE KELSEN SOBRE LA UNIDAD DEL DERECHO *

H. L. A. HART **

Introducción

En este trabajo me propongo examinar una de las doctrinas más sorprendentes que Kelsen haya expuesto en su *Teoría general del derecho y del Estado* y en su más reciente *Teoría pura del derecho*.¹

Su argumento principal en sentido positivo es de que todas las normas válidas forman, necesariamente, un sistema único;² su principal argumento en sentido negativo es de que las normas válidas no pueden estar en conflicto.³ Ésta es la versión fuerte de la doctrina de Kelsen sobre la unidad del derecho; sin embargo, existen también argumentos

* Este artículo apareció bajo el título "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law" en *Ethics and Social Justice*, V. 4 of Contemporary philosophic thought. State University of New York Press. Copyright © 1970 by State University of New York Press. Traducción permitida.

** Profesor de Teoría del Derecho (Jurisprudence) en Oxford University. Inglaterra.

¹ Me referiré a la *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, Harvard Mass., 1949) como *GT*. (N. T. Esta obra fue reimpressa en 1961 y en 1973 por Russell & Russell, Ateneo Publisher Inc. Nueva York. Las citas de esta obra serán complementadas con las referencias correspondientes a la versión española de esta obra: *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México 1967, trad. Eduardo García Máynez, obra que denominaremos *TG*). Me referiré a *The Pure Theory of Law* (University of California Press) --versión inglesa de la *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Franz Deuticke, Viena 1960— como *PTL*. Asimismo, me referiré a la *Theorie Pure du Droit* (Dalloz, Paris 1960), más completa y, en general, más exacta versión de la *Reine Rechtslehre*, como *TP* (N. T. Las citas de *PTL* como de *TP* serán complementadas por las citas del original en alemán al cual nos referiremos como *RR*).

² "No es lógicamente posible sostener que normas simultáneamente válidas, pertenezcan a sistemas distintos y mutuamente independientes" *GT*, p. 363; *cfr. TG*, p. 432; *TL* p. 328 *TP*, p. *RR*, p.

³ Kelsen en la *GT* (y, por tanto, en la *TG*) y en la *PTL* considera a las normas que están en conflicto como "contradictorias" (*ibid.*, *infra*. sec. 2ª) y así expresa su doctrina de que las normas válidas no pueden estar en contradicción diciendo: "dos normas cuyos significados se contradicen y, por tanto, se excluyen lógicamente entre sí, no pueden ser consideradas simultáneamente válidas" *GT*, p. 375; *cfr. TG*, p. 446. *Vid. PTL*, p. 74. Es importante señalar que en la *PTL* (p. 18 al final del segundo párrafo) el traductor ha omitido las cruciales palabras "se puede considerar como válida ya sea una o ya sea la otra norma; pero, es imposible considerarlas válidas a una y a la otra a la vez" que aparecen en la *TP*, (p. 25). *Cfr. RR*, p.

que nos permiten encontrar en las obras de Kelsen una versión débil de la doctrina, a saber: que, aunque no es necesariamente verdadero que todas las normas válidas formen un sistema único y que no se encuentren en conflicto, es el caso de que las normas forman, efectivamente, un sistema único y no están en conflicto. Para Kelsen esta doctrina de la unidad del derecho conduce a ciertas conclusiones sobre las relaciones posibles o efectivas entre el derecho internacional y todos los sistemas de derecho nacional.⁴

De acuerdo con la versión fuerte de la teoría, el derecho internacional y los derechos nacionales constituyen necesariamente un sistema único⁵ y no puede haber conflicto entre sus normas.⁶ Según la versión débil precisamente se da el caso de que dichas normas forman un sistema único y, que de hecho, no existen conflictos entre ellas.⁷

Kelsen sostiene un punto de vista similar, aunque no idéntico, en lo que se refiere a las relaciones entre el derecho y la moral. Sin embargo no afirma que las normas jurídicas válidas y las normas morales formen, necesariamente, o de hecho, un sistema único. Por el contrario, Kelsen sostiene que, desde un punto de vista, existen sólo normas jurídicas y, desde otro punto de vista, existen únicamente normas morales. Estos dos puntos de vista son recíprocamente excluyentes y además, exhaustivos; por tanto, no existe un tercer punto de vista de conformidad con el cual puedan existir, a la vez, normas jurídicas válidas y normas morales válidas.⁸

Creo que la doctrina de Kelsen sobre la unidad del derecho, así como sus conclusiones, en lo que concierne a las relaciones posibles o efectivas entre el derecho internacional y el derecho nacional, son, e intento demostrarlo, erróneas. No obstante, considero, por numerosas y diferentes razones, que hay mucho que aprender del examen de esta teoría. En efecto, pienso que el esfuerzo que supone la crítica de estas difíciles tesis se encuentra recompensado en tanto que permite clarificar, al menos, dos cosas. Primeramente nos enseña que existe una gran cantidad de cuestiones aún no terminadas y por abordar por la teoría jurídica. Dentro de estas no terminadas cuestiones se incluyen: una mayor clarificación del sentido de la afirmación común de que el derecho perte-

⁴ La unidad del derecho nacional y del derecho internacional en un solo sistema es llamado por Kelsen "un postulado epistemológico". *Cfr. GT*, p. 373; *TG*, p. 443. Considerarlos así es "inevitable". *Cfr. PTL* pp. 332, 333 y 328; *TP*, pp. ... *RR*, pp. ⁵ *PTL*, p. 329; *cfr. TP*, c. ...; *RR*, p. ...

⁶ *Ibid.*; p. 328; *Ibid.*; p. ...; *Ibid.*; p. ...

⁷ *Ibid.*; pp. 330 y 331; *Ibid.*; pp. ...; *Ibid.*; p. ... La misma Doctrina se encuentra expresada en diferente terminología en *GT*, pp. 371 y 372; *cfr.*, *TG*, pp. 441 y 442.

⁸ *GT*, pp. 37 y ss. *Cfr.*, *TG* pp. 445 y ss; *PTL*, p. 329; *TP*, p. ...; *RR* p

nece o forma un sistema de normas, una descripción de los criterios para determinar el sistema al cual las normas o ciertas normas dadas pertenecen, así como determinar qué es lo que nos permite distinguir (*individuate*) un sistema de otro. En segundo lugar el examen de ciertos rasgos de la teoría de Kelsen nos conduce a las fronteras de la lógica de las normas y de sus interrelaciones y quizá apunta —más allá de esas fronteras— a la necesidad de algo más amplio que la actual forma familiar de la lógica deóntica.

Voy a abordar las cuestiones principales que acabo de mencionar en el siguiente orden: En la sección primera voy a considerar la teoría de Kelsen de la unidad del derecho internacional y del derecho nacional; primeramente, la versión débil de la teoría; después, la versión fuerte. En la sección segunda abordaré la teoría de la ausencia de conflictos (*the "no conflict" theory*) entre el derecho internacional y el derecho nacional; primeramente la versión fuerte de la teoría; después, la versión débil. En la sección tercera intentaré obtener, de las críticas hechas a las teorías de Kelsen, algunas enseñanzas que nos ayuden a construir un análisis más satisfactorio de la noción de "sistema jurídico" y de la naturaleza de los criterios para determinar la membresía y los principios de individuación de los sistemas jurídicos.

En este trabajo no voy a discutir la teoría de Kelsen referente a la posibilidad de la existencia simultánea de normas jurídicas válidas y de normas morales válidas y de sus posibles conflictos. Omitiré este tema no sólo porque ya lo he tratado, en algunos de sus aspectos, en otro lugar⁹ sino, también, porque, aunque Kelsen repite esta doctrina en su último libro, no repite, para ello, los anteriores argumentos ni tampoco aduce otros nuevos.

I. *La unidad del derecho internacional y del derecho nacional*

A. *Las teorías monista y pluralista*

Kelsen llama a su propia teoría de la unidad del derecho internacional y del derecho nacional una teoría "monista", y la contrapone al punto de vista tradicional que sostiene la existencia de sistemas independientes, teoría que denomina "pluralista".¹⁰ Existe, sin embargo, una complicación en la doctrina de Kelsen, complicación que consiste

⁹ "Kelsen visited" en *UCLA Law Review*, vol. 16, 1963, pp. 722 y ss.

¹⁰ *GT*, pp. 363-364; *cfr.*, *TG*, pp. 431-432; *PTL*, pp. 328-329; *TP*, pp. ... *RR*, pp. ...

en la existencia de dos formas posibles de la teoría monista:¹¹ “dos diferentes caminos para reducir a unidad, como partes de un solo sistema, todos los fenómenos jurídicos”.¹² De forma que, de acuerdo con Kelsen, es posible estructurar o arreglar los componentes de un sistema único que comprenda al derecho internacional y a todos los sistemas de derecho nacional, mediante cualquiera de estos dos caminos.

Uno de estos caminos (“primado del derecho internacional”) considera derecho internacional —o, más exactamente, a la norma fundamental del derecho internacional— como el fundamento (*foundation*) de un único sistema unitario y, todo el resto, incluyendo todos los sistemas de derecho nacional, como partes subordinadas del sistema, el cual deriva su validez, en última instancia, de este fundamento. El otro camino (“primado del derecho nacional”) considera a un sistema jurídico nacional (a cualquiera de ellos) —o, más exactamente, a su norma fundamental— como el fundamento de un único sistema unitario, y todo lo demás, incluyendo al derecho internacional y a los demás sistemas jurídicos nacionales, como partes subordinadas de un mismo sistema, el cual deriva su validez de su propio fundamento.

La opción entre estos dos alternativos puntos de vista (el de la primacía del derecho internacional o el de la primacía del derecho nacional) es, de acuerdo con Kelsen, una cuestión de ideología política y no de derecho y está guiada por consideraciones éticas y políticas.¹³ Sin embargo, el contenido del derecho internacional y del derecho nacional no se ve afectado, en absoluto, por esta opción; los derechos y obligaciones de los Estados y de los individuos son los mismos cualquiera que sea el camino que se adopte.¹⁴ No voy a cuestionar en este trabajo esta específica complicación de la teoría de Kelsen —aunque pienso que es altamente cuestionable—, puesto que, de hecho, no es un problema relevante para la doctrina monista de la necesaria unidad de todas las normas; los argumentos de esta teoría monista de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional no se ven afectados por el hecho de que exista una opción que pueda acordarle primacía al derecho internacional o al sistema del derecho nacional.

Kelsen afirma que un análisis de los sistemas efectivos del derecho internacional y del derecho nacional nos permite observar que ellos forman un sistema único. Sin embargo, esta afirmación descansa en una especial interpretación de los fenómenos jurídicos, la cual me parece,

¹¹ *GT*, pp. 376-383; *cfr.*, pp. 448-466; *PTL*, pp. 333-339; *TP*, pp. ...; *RR* pp. ...

¹² *GT*, p. 387; *cfr.*, *TG*, pp. 460-461.

¹³ *GT*, p. 387; *cfr.*, *TG*, pp. 460-461.

¹⁴ *TG*, p. 387; *cfr.*, *TG*, pp. 460-461; *PTL*, pp. 340-342; *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ...

por las razones que expondré a continuación, completamente errónea.

Antes de examinar esta interpretación voy a caracterizar, en términos generales, con la ayuda de un simple ejemplo, el tipo de error que, desde mi punto de vista, afecta a la interpretación de Kelsen. El ejemplo es el siguiente: supongamos que el problema que se presenta es si yo, Hart, escribí este trabajo en obediencia a la orden de alguien que señalaba que lo debía escribir. Presumamos que existen ciertas pruebas que señalan que, justo antes de que me pusiera a escribir este trabajo, el *Vice-Chancellor* de la Universidad de Oxford me envió un documento conteniendo la orden dirigida a mí de escribir un trabajo sobre la teoría de la unidad del derecho en Kelsen. Es claro que determinar si escribí ese trabajo en obediencia a una orden no podría ser resuelto comparando el contenido de la orden ("Hart, escriba un trabajo sobre la doctrina de la unidad del derecho en Kelsen") con la descripción verdadera de mi conducta ("Hart escribió un trabajo sobre la doctrina de la unidad del derecho en Kelsen").

Sin duda, la comparación demostrará que existe una correspondencia entre el contenido de la orden y la descripción de mi conducta; puesto que la descripción de la acción contenida en la orden es aplicable a mi conducta posterior. Pero, aunque sería necesario para saber si efectivamente escribí ese trabajo en obediencia a dicha orden, demostrar la correspondencia entre el contenido de la orden y la descripción de mi conducta, claramente se observa, sin embargo, que esto no sería *suficiente*. En efecto, sería necesario, también, establecer ciertos hechos que no tienen nada que ver con el contenido de la orden sino con las circunstancias que rodean la emisión y la recepción de la orden; circunstancias que comprenden consideraciones y cuestiones del orden siguiente: ¿Recibió Hart la misiva del *Vice-Chancellor*? ¿Reconoció Hart que era una orden? ¿Escribió Hart el trabajo para conformarse a esta orden? ¿Algún otro dio tal orden? Si esto es así ¿cuál de las órdenes trató Hart de obedecer? Una *teoría pura* de los imperativos que ignore los hechos y circunstancias que rodean la emisión y recepción de las órdenes y se restrinjan a la caracterización de las relaciones entre el contenido de las órdenes y la descripción de las acciones, sería necesariamente insuficiente para resolver la cuestión de si una persona ha obedecido una orden particular. Sin embargo, puesto que la relación de correspondencia entre el contenido de la orden y la acción descrita es una condición necesaria de obediencia, la teoría puede ser suficiente para identificar los casos en que las órdenes no han sido obedecidas, pero es importante recordar que "no obedecido" no es lo mismo que "desobedecido".

Voy a tratar de demostrar que de cierta manera, aunque no precisamente la misma, la *teoría pura del derecho* adolece de los mismos defectos que mi imaginaria teoría pura de imperativos. Se concentra exclusivamente en el contenido de las normas (en lo que las normas dicen) y presta muy poca atención a las circunstancias que se refieren a la producción u origen de las normas y si dichas normas son reconocidas como obligatorias y por quiénes.

Cuando estamos en presencia de normas que explícita o implícitamente se refieren a otras normas o a su existencia o validez, de esta sola relación no podemos determinar si tales normas pertenecen al mismo o a diferentes sistemas jurídicos. Esto depende de hechos que se refieren a la creación y al reconocimiento de las normas. La *teoría pura del derecho* es demasiado pura para tratar tales hechos, y al tratar como condiciones suficientes de las normas que pertenecen a un mismo sistema, lo que, cuando más, son condiciones necesarias, la *teoría pura*, llega, como intento demostrar, a conclusiones falsas, como la de la unidad del derecho internacional o del derecho nacional. Con esta caracterización general del tipo de error que, creo, es inherente a la *obsesión de contenido* propio de la *teoría pura del derecho*, permítanme ahora examinar la interpretación kelseniana de los fenómenos jurídicos.

B. *La relación de complementación normativa*

Kelsen ataca con cierta rudeza una burda y equívoca dicotomía entre derecho internacional y derecho nacional. El derecho internacional, se dice frecuentemente, impone obligaciones y confiere derechos a los Estados, mientras que el derecho nacional impone obligaciones y confiere derechos a los individuos. Esta distinción es frecuentemente usada para sostener la teoría pluralista. En efecto, se dice que el derecho internacional y el derecho nacional son sistemas jurídicos independientes puesto que regulan diferentes objetos: el derecho internacional regula la conducta de los Estados y el derecho nacional regula la conducta de los individuos.

Este argumento a favor del pluralismo es criticado por Kelsen en dos sentidos.¹⁵ Primeramente señala que existen normas de derecho internacional, sin duda, excepcionales, que se aplican directamente a los individuos en el mismo sentido que las normas del derecho nacional. Ejemplo de ello son las normas contra la piratería y las normas del derecho internacional que hacen punibles los actos ilegítimos de estado

¹⁵ *GT*, pp. 342-348; *TG*, pp. ...; *PTL*, pp. 325 y 327; *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ...

de guerra, verbigracia, los actos de agresión por parte de individuos que no pertenecen a las fuerzas armadas de un país. Pero, completamente aparte de estos casos excepcionales Kelsen sostiene, además, que si entendemos la estructura lógica de expresiones tales como "Estado", como una técnica o método para referirse indirectamente a los individuos identificados por ciertas normas jurídicas y dejamos a un lado la errónea concepción del Estado entendido como una entidad que se encuentra por arriba y atrás de los individuos que la componen, resulta manifiesto que las normas que pretenden aplicarse directamente a los Estados, de hecho se aplican a los individuos, aunque, ciertamente, la forma de su aplicación es indirecta. Por tanto, la descripción de las normas del derecho internacional como "que se aplican a los Estados" no debería ser concebida como contrastando con "que se aplican a los individuos": debería ser contrastada con "que se aplica directamente a los individuos", esto es, sin la ayuda o sin la complementación; de otras normas que determinan a los individuos a los cuales las primeras normas son aplicables.¹⁶ Las normas del derecho internacional cuando pretenden aplicarse a los Estados son, de acuerdo con Kelsen, *incompletas*: ellas sólo especifican qué es lo que debe o no debe hacerse, pero dejan o, como Kelsen dice, *delegan* a las normas del derecho nacional la determinación de los individuos que deben o no deben hacer dichas cosas.¹⁷ Estas últimas normas, las que determinan a los individuos, completan las normas del derecho internacional.

Kelsen ilustra la complementación del derecho internacional por parte de las normas del derecho nacional mediante un sencillo ejemplo, que es el siguiente:

Existe una venerable norma del derecho internacional común que señala que la guerra no puede ser iniciada sin una declaración previa y formal de guerra. La tercera Convención de La Haya de 1907 codifica esta regla y estipula (artículo 1) que las hostilidades: *no pueden comenzar sin un previo e inequívoco acto de guerra el cual tome la forma de una declaración de guerra dando sus razones o bien de un ultimátum con una declaración condicional de guerra*. Esta norma establece únicamente que la declaración de guerra tiene que ser emitida, pero no establece quién —es decir no establece qué individuo u órgano del Estado— tenga que hacer tal declaración. La mayoría de las constituciones facultan al jefe del Estado a declarar la guerra. La constitución de los Estados Unidos (artículo 1, sección 8) dice que *el Congreso tiene la facultad de declarar la guerra*. Mediante esta determinación del elemento personal, la constitución estadounidense

¹⁶ *GT*, p. 348; *PTL*, pp. 325, 327.

¹⁷ *GT*, pp. 348-349; *TG*, pp.; *PTL*, p. 325; *TP*, p.; *RR*, p. ...

completa la norma mencionada del derecho internacional. La característica del derecho internacional que "sólo obliga a los Estados" consiste meramente en el hecho de que sus normas determinan generalmente, únicamente el elemento material, dejando la determinación del elemento personal al derecho nacional.¹⁸

Permítasenos llamar a la relación entre un conjunto de normas de las cuales una delega en otra u otras la determinación de los individuos a los cuales la primera se aplica la "relación de complementación"; asimismo permítasenos llamar al conjunto de las normas, que así se encuentran relacionadas, "un conjunto que se complementa". La insistencia de Kelsen de que muchas normas del derecho internacional y del derecho nacional se encuentran formando una relación de complementación es, en muchos aspectos, luminosa. No criticaré el uso que de esta idea hace Kelsen al atacar la burda y confusa teoría según la cual el derecho internacional y el derecho nacional son sistemas jurídicos diferentes o independientes, porque el primero se aplica a los Estados y el segundo a los individuos. Sin embargo, es muy importante apreciar que el hecho de que se presente una relación de complementación entre ciertas normas no es por sí mismo suficiente para mostrar que dichas normas, las cuales constituyen la relación de complementación, pertenezcan a uno y mismo sistema: puesto que salvo que sea independientemente demostrado que la específica idea de la existencia de diferentes sistemas de normas es ilusoria y que por tanto existe sólo un sistema de normas, parece muy claro que las relaciones de complementación pueden presentarse entre las normas de un mismo sistema como entre diferentes sistemas.

Es necesario enfatizar este hecho puesto que puede ser oscurecido por la frecuente insistencia de Kelsen (y, repito muchas veces luminosa) en la similitud que existe entre las relaciones que se presentan entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho nacional por un lado; y entre una ley del derecho nacional y los reglamentos o estatutos de una sociedad, por el otro.¹⁹ Esta similitud, oscurecida por la terminología personificante o materializante de "Estado" y "sociedad" (*corporation*), reside en los siguientes hechos. Cuando una norma del derecho internacional pretende imponer, directamente, algún deber a un Estado, de hecho impone, indirectamente, estos deberes a los individuos que determina el sistema nacional estatal; y los actos y obligaciones de esos individuos son imputados al Estado. Similarmente,

¹⁸ *GT*, p. 343; *TG*, p. ...

¹⁹ *GT*, p. 349; *TG*, p. ...; *PTL*, p. 325; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

cuando una ley del sistema jurídico nacional impone un deber a una sociedad, de hecho impone, indirectamente, ese deber a los individuos (órganos o miembros de la sociedad) los cuales son determinados por los estatutos de la sociedad. Ambos casos ejemplifican una relación de complementación.

La relación entre el orden jurídico total que constituye el Estado, el llamado derecho estatal u orden jurídico nacional, y la persona jurídica que constituye una corporación, es una relación entre dos órdenes jurídicos, uno total y otro parcial, entre el derecho del Estado y los estatutos de una sociedad. Para ser más específico éste es un caso de delegación.²⁰

Al considerar este interesante paralelismo entre las relaciones de una ley del derecho nacional y los estatutos de una sociedad, por un lado, y el derecho internacional y el derecho nacional, por el otro, es importante no perder de vista el hecho de que cuando una norma del derecho nacional, por ejemplo, una ley inglesa, impone obligaciones a una sociedad creada de conformidad con el derecho inglés, las normas o estatutos de la sociedad, las cuales determinan los individuos que como órganos o miembros de la sociedad tienen que ejecutar dicha obligación, derivan su validez de otras leyes inglesas. Estas últimas determinan la manera cómo deben crearse los estatutos de las sociedades, y señalan los límites de su contenido o, como Kelsen dice, los estatutos que constituyen la sociedad son creados por un acto jurídico determinado por el orden jurídico nacional. De ahí que la ley que impone obligaciones a la sociedad, así como las leyes anteriores bajo las cuales fueron hechos los estatutos de la sociedad, pertenecen al mismo sistema jurídico, con independencia del problema de las relaciones de complementación que existen entre la ley que impone obligaciones a la sociedad y sus estatutos. Esas leyes y esos estatutos pertenecen al mismo sistema jurídico porque satisfacen los criterios reconocidos por los tribunales ingleses al identificar las normas que ellos tienen que aplicar.

Por supuesto una ley inglesa podría imponer obligaciones a una sociedad extranjera, por ejemplo, a una sociedad sueca. Aquí también la relación de complementación podría presentarse entre la ley inglesa y los estatutos de la sociedad sueca, en tanto que esta última determinaría los individuos que, como órganos o miembros de la sociedad, tendrían que ejecutar dichas obligaciones. Sin embargo los estatutos de la sociedad sueca, estatutos que de esta manera complementarían la ley

²⁰ *GT*, p. 100; *TG*, p. ...

inglesa, derivan su validez de una ley del Parlamento sueco que determina el procedimiento mediante el cual son creados los estatutos de las sociedades suecas. Esta ley sueca existe no como parte del derecho inglés sino como parte del derecho sueco y esto es así desde antes de la promulgación de la ley inglesa que impone obligaciones a las sociedades suecas. En cambio en el caso en que la ley inglesa impone obligaciones a la sociedad inglesa, los estatutos de esta última son parte del derecho inglés.

Es quizá valioso observar que la relación de complementación entre normas de un mismo sistema o diferentes sistemas no se limita sólo a los casos en que hablamos de entidades jurídicas abstractas, tales como Estado o sociedad (*corporation*). Así, una ley inglesa podría conferir ciertos derechos, por ejemplo, el derecho de voto, a ciertos individuos, los cuales serían determinados como aquellas personas obligadas a pagar ciertas contribuciones o derechos, de conformidad con otras leyes inglesas. O bien podría exceptuarse del pago de impuestos a ciertos extranjeros, si éstos se encuentran obligados, bajo el derecho de su país, a pagar impuestos similares. En el primer caso, la relación de complementación se presentaría entre normas del mismo sistema; en el segundo caso, se presentaría entre normas de diferentes sistemas.

C. *La relación de validez*

Pienso que no obstante cierta ambigüedad en el lenguaje,²¹ Kelsen no concibe la relación de complementación entre normas como en sí misma, suficiente para demostrar que dichas normas pertenecen al mismo sistema. Kelsen escribe:

Puesto que el orden jurídico internacional no sólo requiere de los órdenes jurídicos nacionales como una necesaria complementación, sino que, además, determina sus esferas de validez en todos sus ámbitos, entonces el derecho internacional y el derecho nacional forman un todo inseparable.²²

Mediante las palabras que he citado, Kelsen introduce el argumento fundamental de la teoría monista y, creo también, su error principal. El argumento, reducido a su aspecto esencial, es el siguiente: el derecho internacional contiene, entre sus normas, una que Kelsen denomina "el

²¹ *Vid.*, particularmente *GT*, p. 349; *TG*, p. ... y *PTL*, p. 325; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

²² *GT*, p. 351; *TG*, p. ...

principio de eficacia" el cual *determina o es la razón* de la validez del orden jurídico nacional y de sus esferas territorial y temporal de validez. El principio de eficacia es expuesto por Kelsen, en su última formulación, como sigue:

Una norma del derecho internacional general autoriza a un individuo o grupo de individuos, sobre la base de una constitución efectiva, a crear y aplicar, como gobierno legítimo, un orden normativo coactivo. De esta forma dicha norma, legitima a este orden coactivo, para el territorio en el cual es efectivo, como un orden jurídico válido y la comunidad constituida por dicho orden coactivo como *Estado* en el sentido del derecho internacional.²³

Puesto que, de esta manera, el principio de eficacia legitima u otorga validez a los diversos órdenes coactivos que son efectivos en diferentes territorios, entonces, el derecho internacional, al cual pertenece el principio de efectividad, forma, en compañía de los diversos sistemas de derecho nacional que legitima u otorga validez, un sistema único. Esto es, forma con ellos, como dice Kelsen, "un todo indeparable".²⁴

Al considerar este argumento es muy importante entender, con toda precisión, lo que desde el punto de vista de Kelsen constituye la relación entre el principio de eficacia y los diversos sistemas jurídicos nacionales, a los cuales, se dice, legitima o cuya validez, se dice, determina. El principio de eficacia establece que otras normas de una cierta descripción (normas coactivas que son efectivas en ciertos territorios) son válidas; y es el caso que existen ciertas normas (los sistemas jurídicos nacionales efectivos) que satisfacen esta descripción. Permítasenos llamar a esta relación "la relación de validez". Ahora bien, pretendo demostrar que lo que se ha dicho anteriormente sobre la relación de complementación se aplica también a la relación de validez. En efecto, no es suficiente mostrar, para establecer que dos normas forman parte de un mismo sistema, que una de ellas señale que las normas de una cierta descripción satisfechas por la otra, son válidas. Intento también demostrar que cuando tal relación se presenta entre dos normas, es altamente equívoco describir este hecho simplemente señalando, *sin remarcar una muy importante especificación*, que una norma "determina" o "es la razón" de la validez de otra.

El argumento de Kelsen se basa en sostener el hecho de que la relación de validez se presenta entre el principio de efectividad, considerado

²³ PTL, p. 215; TP, p. ...; RR, p. ...; cfr. PTL, pp. 336-340; TP, p. ...; RR, p. ...; y GT, p. 121; TG, p. ...

²⁴ GT, p. 351; TG, p. ...

como una norma del derecho internacional, y las normas de los sistemas jurídicos nacionales. Lo inadecuado del argumento, así como el carácter de la importante especificación que acabo de mencionar, pueden ser apreciados en el siguiente hipotético y descabellado ejemplo. Supongamos que el Parlamento británico (o *mutatis mutandis* el Congreso de los Estados Unidos) vota una ley (*la ley sobre la validez de las normas soviéticas*) la cual pretende dar validez al derecho de la Unión Soviética estableciendo que las normas que sean normalmente efectivas en el territorio soviético, incluyendo aquellas que se refieren a la competencia legislativa y judicial, serán válidas. La promulgación de esta ley por parte del Parlamento británico (o, en su caso por parte del Congreso de los Estados Unidos) no sería razón para decir que el derecho inglés (o el de los Estados Unidos) forman con el derecho soviético un solo orden jurídico, es decir, usando, *sans phrase*, cualquiera de las expresiones de Kelsen, que el derecho soviético *deriva de validez* del derecho soviético.

La razón para rechazar tales proposiciones es, con seguridad clara y contundente: y es que los tribunales y los otros órganos aplicadores del derecho en el territorio soviético, no reconocen, salvo en ciertas circunstancias especiales²⁵ a los actos del Parlamento británico (o del Congreso de los Estados Unidos) como criterios para identificar las leyes que ellos tienen que aplicar; y, por tanto, ellos no reconocen a *la ley sobre la validez del derecho soviético* —aunque norma inglesa (o norteamericana) válida—, como que determine o afecte, de alguna manera, la validez del derecho soviético dentro del territorio soviético. Sin duda es verdad que la relación de validez se presenta entre dicha ley (la ley votada por el Parlamento británico o por el Congreso de los Estados Unidos) y las normas creadas por la legislatura soviética, las cuales los tribunales soviéticos efectivamente reconocen. Pero la división de normas en distintos sistemas jurídicos corta de través la relación de validez, en tanto que dicha relación, al igual que la relación de complementación que hemos examinado, puede presentarse entre normas de diferentes sistemas como entre normas del mismo sistema.

La importante especificación que debería ser hecha al inferir cualquier conclusión de la existencia de las relaciones de validez entre normas, es quizás obvia. Al establecer *la ley sobre la validez del derecho soviético* sería correcto decir que *para los efectos* del derecho inglés, o de conformidad al derecho inglés, las normas soviéticas son “validadas por” o, las normas soviéticas “derivan su validez de”, una ley inglesa.

²⁵ Casos que contienen un “elemento extranjero”. *Vid., infra*. pp. ...;

El efecto de esto sería que los tribunales ingleses aplicarían el derecho soviético al conocer de cualquier negocio o comportamiento a los cuales las autoridades soviéticas hubieran aplicado el derecho soviético. *La ley sobre la validez de las normas del derecho soviético* haría al derecho soviético parte del derecho inglés para estos efectos. Sin embargo los dos siguientes pares de preguntas:

- A1. ¿El derecho inglés y el derecho soviético forman parte de un mismo sistema de derecho?
- A2. ¿El derecho soviético deriva su validez del derecho inglés?
- B1. ¿El derecho inglés trata al derecho soviético como formando parte, con él, de un único sistema jurídico?
- B2. ¿El derecho soviético es válido de conformidad al derecho inglés?

Son de un tipo diferente.

Las preguntas del primer par no se refieren meramente al contenido de las normas, y que tengan por tanto que ser resueltas considerando lo que las normas dicen. Las preguntas del segundo par se refieren al contenido de las normas y tienen que ser resueltas en ese sentido.

Existe el mismo tipo de diferencia entre los siguientes pares de preguntas:

- C1. ¿El derecho internacional y el derecho nacional forman un sistema único?
- C2. ¿El derecho nacional deriva su validez del derecho internacional?
- D1. ¿El derecho internacional trata (mediante su principio de eficacia) al derecho nacional como formando parte, con él, de un único sistema jurídico?
- D2. ¿El derecho nacional es válido de acuerdo al derecho internacional (a través de su principio de eficacia)?

La *teoría pura* oscurece la distinción entre estos diferentísimos tipos de problemas. Esto se debe a que la *teoría pura* concentra mucha atención en lo que las normas que otorgan validez dicen sobre otras normas, y presta muy poca atención a los problemas que no se refieren al contenido de las normas sino a su forma de reconocimiento. Por tanto, la *teoría pura* posee un toque de Midas de carácter jurídico que trans-

muta todas las cuestiones sobre las normas y sus relaciones en problemas del contenido de las normas dicen; pero este toque de Midas es completamente inadecuado puesto que no todas las cuestiones son de este tipo.

De conformidad con lo anterior se puede concluir que los argumentos sobre los cuales basa Kelsen la versión débil de su teoría sobre la unidad del derecho internacional y del derecho nacional, fracasan. Esto no quiere decir que mediante otros argumentos Kelsen no pueda tener éxito para establecer la versión débil de su doctrina —al menos hasta cierto punto—, puesto que determinar si el derecho internacional y el derecho de un Estado forman un solo sistema, depende de la manera y el grado en que un cierto Estado reconoce al derecho internacional. Si en el caso de que el derecho internacional contradiga al derecho nacional, los tribunales de dicho Estado consideran al derecho estatal como inválido y abrogado por el derecho internacional, esto podría constituir una buena razón para decir que el derecho internacional y el derecho del Estado forman parte de un único sistema de derecho —pero, de ninguna manera sería la razón para decir que el derecho de uno de los Estados miembros de los Estados Unidos forma parte, con la ley federal de un mismo sistema.

El argumento de Kelsen fracasa puesto que el hecho de que la relación de validez exista entre el principio de eficacia, entendido como norma del derecho internacional (o cualquier otra norma de derecho internacional que aspire a determinar la validez del derecho nacional), y las normas del derecho nacional, no demuestra que este último derive su validez del primero ni demuestra que los pluralistas estén en un error al negar que el derecho internacional y el derecho nacional formen un sistema único.²⁶

Voy ahora a examinar la versión fuerte de la tesis de Kelsen según la cual el derecho internacional y el derecho nacional necesariamente forman un sistema único.

D. *La necesaria unidad de todo el derecho positivo*

Pocos argumentos pueden encontrarse como fundamento de la versión fuerte de la tesis de Kelsen de que todo el derecho válido forma,

²⁶ Más tarde considero la posibilidad de introducir un sentido de "sistema jurídico" tal que la mera existencia de la relación de pretensión de validación entre normas sea suficiente para constituir las normas de un sistema único. Esto, por supuesto, no refutaría el pluralismo convencional según para el cual no es en este sentido de "sistema" que Kelsen afirma que el derecho internacional y el derecho nacional son sistemas diferentes.

necesariamente, un sistema único, con su corolario de que el derecho internacional y el derecho nacional necesariamente constituyen partes de este mismo sistema. Kelsen afirma que éste es un "postulado de la teoría jurídica".²⁷ La unidad del derecho nacional y del derecho internacional es un postulado epistemológico. El jurista que acepta ambos conjuntos de normas válidas tiene que tratar de comprenderlas como partes de un sistema armonioso.²⁸ Este postulado se hace frecuentemente referencia expresándolo como una necesidad lógica. "No es lógicamente posible asumir que normas válidas pertenezcan simultáneamente a diferentes órdenes jurídicos mutuamente independientes."²⁹

Para tales afirmaciones he identificado solamente dos argumentos. Ninguno de los cuales nos ocupará mucho tiempo. El primer argumento se reduce a la afirmación de que todo lo que es derecho forma un sistema único puesto que una forma de conocimiento (*jurisprudence*³⁰ o *connaissance juridique*)³¹ o una ciencia del derecho estudia el derecho internacional como el derecho nacional bajo la descripción única de "normas válidas" y, por tanto, representa "su objeto" como una unidad. Kelsen expresa este argumento de la manera siguiente:

La construcción pluralista es insostenible si las normas del derecho internacional como las normas de los órdenes jurídicos nacionales tienen que ser consideradas simultáneamente válidas. Este punto de vista implica de inmediato el postulado epistemológico: "entender todo el derecho en un solo sistema... como un todo hermético". La teoría jurídica subsume las normas que regulan las relaciones entre Estados, llamadas derecho internacional, así como las de los órdenes jurídicos nacionales, bajo una misma categoría de derecho. Procediendo de esta manera, la teoría jurídica trata de presentar su objeto como una unidad.³²

²⁷ *GT*, p. 373; *TG*, p. ...;

²⁸ *Ibid.*, *Ibid.*

²⁹ *GT*, p. 363; *TG*, p. ...

³⁰ *PTL*, p. 328; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

³¹ *TP*, p. 430; *RR*, p. ...;

³² *PTL*, p. 328; *TP*, p. ...; *RR*, p. ... El profesor J. L. Mackie me ha indicado que la afirmación de Kelsen de que sólo puede haber un sistema de normas válidas, se parece a la afirmación de Kant de que sólo existe un espacio. "Puesto que... nos podemos representar sólo un espacio; y si hablamos de diferentes espacios, nos referimos sólo a partes de uno y mismo espacio único" (*Crítica de la razón pura*, A. 25). Tengo la impresión de que por debajo de la teoría jurídica de Kelsen existe la suposición de que hay un solo "espacio normativo" el cual tiene que ser descrito por un conjunto consistente de reglas en sentido descriptivo [enunciados descriptivos deónticos]. (*vid.*, *infra*).

Seguramente también podríamos intentar deducir de la existencia de la historia de la guerra o de la ciencia de la estrategia, que todas las guerras son una o que todos los ejércitos son uno.

El segundo argumento revela que la doctrina de Kelsen de la necesaria unidad de las normas válidas, depende de la tesis del propio Kelsen de que no pueden existir conflictos entre normas válidas. Kelsen a este respecto dice:

Si pudieran existir, efectivamente, dos sistemas diferentes de normas mutuamente independientes en su validez . . . relacionados ambos con el mismo objeto (teniendo la misma esfera de validez), no podrían ser excluidas insolubles contradicciones lógicas entre ellos. La norma de un sistema podría prescribir la conducta *A* para una cierta persona bajo ciertas condiciones en un cierto tiempo y lugar. La norma del otro sistema podría prescribir bajo las mismas condiciones y para la misma persona la conducta *no A*. Esta situación es imposible para el conocimiento de las normas.³³

Ciertamente esto no se refiere a la posibilidad de que existan simultáneamente dos sistemas jurídicos que sean efectivos en diferentes territorios, en los cuales la posibilidad de contradicción está excluida puesto que las constituciones de cada uno de los sistemas determinó que, lo que Kelsen llama "la esfera de validez" de cada uno de los sistemas, deba ser diferente. Las normas de los dos sistemas, por ejemplo, pueden, de conformidad con sus respectivas constituciones, regular la conducta en diferentes territorios. Kelsen sostiene³⁴ que tal limitación ha sido impuesta por una norma superior a la que los dos sistemas de ámbito limitado estarían subordinados y con la cual formarían un solo sistema. Sin embargo, Kelsen no fundamenta esta afirmación con ningún argumento y es difícil ver por qué no podría ser, precisamente, el caso de que dos comunidades en forma independiente escogieran adoptar constituciones que limitaran el ámbito de sus normas en el sentido indicado. Empero, el argumento de la imposibilidad de contradicción, aunque no se refiere a este caso, es el único argumento que se mantiene en Kelsen para sostener la necesaria unidad de todas las normas jurídicas válidas³⁵ (*valid norms*).

³³ *GT*, p. 408; *TG*, p.

³⁴ *GT*, p. 407-408; *TG*, p.

³⁵ Completamente aparte este argumento para la necesaria unidad de todo el derecho válido en un solo sistema es incompleto, aun si se admite que el conflicto entre normas válidas (contrariamente al argumento la siguiente sección) es lógicamente imposible. Para completar el argumento hubiera sido necesario demostrar que lo que Kelsen llama "contradicciones lógicas insolubles", las cuales, piensa Kel-

En la siguiente sección voy a examinar la tesis de que la contradicción entre normas válidas es imposible.

II. *La teoría de la no contradicción*³⁶

Kelsen sostiene que, no obstante las apariencias, realmente, no existen conflictos entre el derecho internacional y el derecho nacional. Kelsen admite que, si hubieran tales conflictos, la teoría monista, según la cual el derecho internacional y el derecho nacional forman un sistema único, no podría sostenerse. La ausencia de conflictos, señala Kelsen, es el criterio negativo³⁷ de la unidad del derecho internacional y del derecho nacional en un solo sistema. Sin embargo, si tales conflictos se presentaran, el resultado, según Kelsen sería, no que el derecho internacional y el derecho nacional constituyeran sistemas separados de normas válidas, como lo sostiene la teoría pluralista convencional sino que tendríamos una opción entre considerar al derecho internacional como válido e ignorar cualquier norma contradictoria del derecho nacional, o bien consideramos al sistema del derecho nacional como válido ignorando cualquier norma contradictoria del derecho internacional. Ésta es, según Kelsen, la situación que existe en relación al derecho y la moral. Cuando tales normas entran en contradicción tenemos una opción: considerar las normas jurídicas como válidas, ignorando las normas morales contradictorias, o bien considerar a las normas morales como válidas, ignorando cualquier otra norma contradictoria.³⁸

Antes de que podamos evaluar éstas, en alguna forma sorprendentes doctrinas, es totalmente necesario discutir algunas cuestiones preliminares. ¿Qué significa que las normas o que los sistemas de normas estén en conflicto? ¿Cómo se relaciona un conflicto entre normas con el pro-

sen podrían surgir en el caso de dos sistemas independientes, no surgirían en el caso de un solo sistema.

³⁶ Esta sección se refiere al punto de vista que sobre conflictos ha sostenido Kelsen en sus libros *GT* (*TG*) y *PTL* (*TP*), *RR*. En un posterior trabajo titulado "Derogation" en *Essays in Honour of Roscoe Pound* (Nueva York, 1962) Kelsen admite la posibilidad lógica de un conflicto entre normas válidas. Kelsen no explica, sin embargo, por qué ha abandonado sus previos puntos de vista ni se refiere a su exposición en *GT* o en *PTL*. Tampoco ha abandonado o modificado la teoría monista del derecho internacional y el derecho nacional que ha expuesto en tales obras. Para un examen de esta última fase del pensamiento de Kelsen, v. A. G. Ponte, "In margine All'Ultimo Kelsen", in *Studi Giuridici* (Spudga Ghisleriana, Pabia, 1967), p. 113.

³⁷ *PTL*, p. 328; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

³⁸ *GT*, p. 410; *TG*, p. ...; *PTL*, p. 329; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

blema de la inconsistencia o contradicción lógica? Desafortunadamente el análisis de Kelsen sobre la noción de conflicto entre normas se reduce sólo a algunas observaciones dispersas; aunque lo que Kelsen dice, toca algunas cuestiones lógicas importantes y verdaderamente discutibles. Éste no es el lugar para una investigación completa sobre estos problemas; sin embargo en mis argumentos y en la crítica hecha a las doctrinas de Kelsen usaré, lo menos dogmático que pueda, algunas distinciones relativamente simples que han sido señaladas por autores de lógica deóntica y de lógica de imperativos, quienes se han enfrentado con cuestiones similares en materia de conflictos.

A. *La contradicción como imposibilidad lógica de una conformidad simultánea*

Muchos autores sostienen la idea (la cual parece intuitivamente aceptable) de que el conflicto entre dos normas que prescriben o prohíben acciones debe entenderse en términos de la posibilidad lógica de una obediencia simultánea a dicha norma. Dos normas se contradicen (o entran en conflicto) si, y sólo si, la obediencia a ambas ("obediencia simultánea") es lógicamente imposible. El casi más drástico³⁹ de tales conflictos se presenta cuando dos normas prescriben y prohíben, respectivamente, la misma acción, del mismo individuo, al mismo tiempo.

La imposibilidad lógica de la obediencia conjunta puede ser demostrada de la manera siguiente:⁴⁰ para cualquier norma que prescriba o prohíba una acción, podemos formar un enunciado (un "enunciado de obediencia") que afirme que la acción que es prescrita por la norma ha sido realizada. Dichas normas están en conflicto si sus respectivos enunciados de obediencia son lógicamente inconsistentes y no pueden ser al mismo tiempo verdaderos. Supongamos (tomando los ejemplos de Kelsen) que una norma prescribe a ciertas personas matar a determinados seres humanos, y otra norma prohíbe a los mismos destinatarios matar a los mismos seres humanos. Los enunciados de obediencia que corresponde a tales normas serían de la forma general "se ha ma-

³⁹ Lógica, puesto que la mayor parte de casos de conflicto entre dos normas surge porque algún hecho contingente hace posible en una ocasión particular obedecer a ambas y no porque las reglas que prohíben expresamente o prescriben la misma acción sean tales que en ninguna ocasión pudieran ser al mismo tiempo obedecidas.

⁴⁰ *Vid.*, B. A. O. Williams, "Consistency and realism", en *Proceeding of the Aristotelian society*, 1961, p. 1. Estoy muy reconocido a esta lúcida relación de las cuestiones lógicas que esto implica.

tado”, y “no se ha matado”. Por supuesto, antes de que podamos determinar si dos enunciados de esta forma general son lógicamente inconsistentes, dichos enunciados deben de ser completados con especificaciones relativas a los agentes, a las víctimas y al tiempo, a los cuales las normas, explícita o implícitamente se refieren. Si a ciertos agentes, cierta norma les prescribe que hagan y otra norma que se abstengan de una misma acción, al mismo tiempo, esto será reflejado en los correspondientes enunciados de obediencia, los cuales serán lógicamente inconsistentes. La obediencia simultánea a tales normas sería lógicamente imposible.

Hay que observar que esta definición de conflicto entre normas deja enteramente abierta la cuestión de la posibilidad lógica de que dos normas contradictorias coexistan como normas válidas en un mismo o en diferentes sistemas. Para la mayor parte de las personas ciertamente parecería posible que una norma de un sistema jurídico hecho por un grupo de legisladores entre en conflicto con la norma de un otro sistema jurídico hecho por otro grupo de legisladores; y, quizás parecería igualmente obvio que una norma jurídica pudiera estar en conflicto con alguna norma moral o con algún principio moral. La obediencia simultánea a tales normas sería lógicamente imposible; pero su coexistencia como normas válidas sería lógicamente posible. Pero aún más, si las normas de un mismo sistema se encuentran en contradicción y dicho sistema no proporciona, aunque esto sería deplorable en cualquier situación práctica, ningún procedimiento para resolver tales conflictos, está todavía lejos de ser obvio, que incluso esto sería una imposibilidad lógica.

Por lo que se refiere a la naturaleza y posibilidad lógica de un conflicto, existen pequeñas diferencias entre las normas que prescriben y prohíben acciones y las simples órdenes o mandatos emitidos en segunda persona dirigidos por un individuo a otro individuo. Dos órdenes de este tipo (“mata” y “no mates”) se encuentran en contradicción si la obediencia simultánea a dichos órdenes es lógicamente imposible. Esto puede ser mostrado en forma de enunciados de obediencia lógicamente inconsistentes. Sin embargo, es posible lógicamente que dos órdenes contradictorias sean dadas por diferentes personas al mismo individuo, y aunque pudiéramos pensar que una persona que da órdenes inconsistentes en pequeños intervalos al mismo individuo, está loca, falta de voluntad coherente y, quizás, en necesidad de atención clínica, tales situaciones no parecen lógicamente imposibles. Si tal individuo insistió en producir cantidades de órdenes inconsistentes y no puede ser explicado, por ejemplo, por un *lapsus* de memoria, al final nosotros debe-

ríamos concluir, sin duda, que tal individuo no entendió lo que estaba diciendo y podría ser perfectamente rechazado el clasificar como órdenes lo que este individuo dijo.

Sin embargo, en un importante aspecto, el cual es relevante para la teoría de Kelsen, los conflictos entre normas y otras reglas es más complicado que el conflicto entre simples órdenes de este tipo. Las normas y reglas, como Kelsen reconoce,⁴¹ en vez de prescribir o prohibir una acción pueden permitirla expresa o tácitamente, no prohibiéndola. Y es claro que puede haber conflictos entre normas que prohíben y normas o sistemas jurídicos que expresan o tácitamente permiten. Para conocer tales casos, nos es necesario utilizar no sólo la noción de obediencia, la cual es apropiada para las reglas que prescriben o prohíben acciones, sino la noción de “obrar de acuerdo con” o “aprovechar el permiso”. Podríamos adoptar el término genérico de “conformidad” para comprender tanto la obediencia a las normas que prescriben o prohíben como al obrar “de acuerdo con” o “aprovechando un” permiso. Asimismo podríamos adoptar la expresión “enunciados de conformidad” para referirnos a los enunciados correspondientes. De hecho, el enunciado de conformidad que demuestra que una norma permisiva (por ejemplo, que permite, pero no prescribe matar) ha sido aplicada, será de la misma forma que los enunciados de obediencia para las normas que prescriben la misma acción (se mató). Así, si una norma prohíbe y otra norma permite la misma acción realizada por la misma persona en un mismo tiempo, la conformidad simultánea será lógicamente imposible y dichas normas serán contradictorias.⁴²

B. *Conflicto de normas e inconsistencia lógica*

Pienso que Kelsen aceptaría esta definición de conflicto de normas en términos de la imposibilidad lógica de la conformidad simultánea. En efecto, los pocos ejemplos que da Kelsen sobre conflicto de normas y lo que a veces Kelsen llama “conducta contraria” o “conducta incompatible” son consistentes con ésta e, inclusive, hace, cuando menos, una rápida e informal referencia a lo que es, en sustancia, la prueba de la confor-

⁴¹ *PTL*, p. 16; *TP*, p. ...; *RR*, p. ... Kelsen describe tales normas permisivas (expresas o tácitas), como “regulación negativa” de conducta, y distingue un sentido positivo de la permisión cuando las normas prohíben la interferencia con la conducta de otro.

⁴² *PTL*, p. 18. Pero considérese el texto de *TP* (*supra* nota 3), *cfr.*, *RR*, p. ... *PTL*, pp. 25 y 205; *TP*, pp. ...; *RR*, p. ...

midad simultánea de conflicto de normas.⁴³ Sin embargo, la posición de Kelsen sobre la conexión entre el conflicto de normas y la inconsistencia lógica es diferente y más controvertida. De acuerdo con la doctrina de Kelsen, tal y como se encuentra expuesta en sus obras, el enunciado según el cual dos normas válidas están en conflicto es o, implica, una contradicción. Para Kelsen la coexistencia de normas válidas, pero contradictorias, ya sea del mismo o de diferente sistema es una imposibilidad lógica; y no es simplemente el caso de que la conformidad simultánea a dichas normas sea lógicamente imposible.⁴⁴

El argumento de Kelsen para tales conclusiones se basa en el uso que hace de la distinción (importante y luminosa por sí misma) entre las normas creadas y aplicadas por las autoridades jurídicas, por ejemplo, las leyes emitidas por un parlamento, las cuales no pueden ser verdaderas ni falsas, y el tipo de enunciados que describen el contenido de las leyes, las cuales Kelsen denomina: "reglas jurídicas en sentido descriptivo", las cuales pueden ser verdaderas o falsas. Las reglas en sentido descriptivo tienen la siguiente forma general: "de acuerdo con un cierto sistema jurídico positivo, una cierta consecuencia debe tener lugar" o "de acuerdo con una cierta norma jurídica algo debe ser hecho o debe no ser hecho". En dichos enunciados, el "deber ser" es usado, según Kelsen, en un sentido descriptivo. Me voy a referir a tales enunciados como "enunciados descriptivos-deónticos" (*descriptive-ought statements*).⁴⁵

Una ilustración simple de esta doctrina puede hacerse de la forma siguiente. Si existe un orden jurídico, por ejemplo, el orden jurídico inglés, y entre sus normas, debidamente promulgadas, existe una ley que prescribe, bajo ciertas sanciones, que un hombre que alcance la edad de 21 años deberá presentarse a cumplir el servicio militar, dichos actos constituyen parte del fundamento veritativo para los enunciados

⁴³ En la prueba de "Conformidad simultánea" del conflicto es aplicable sólo a todas las normas o todas salvo aquella que prescribe o prohíbe una acción. Las normas permisivas no pueden estar en conflicto, pero la conformidad simultánea a dos normas permisivas puede ser lógicamente imposible (Ejemplo, "abrir la ventana es permitido", "cerrar la ventana es permitido"). Estoy muy reconocido al profesor J. L. Mackie.

⁴⁴ *GT*, p. 409; *TG*, p. ...; *PTL*, pp. 18, 205-208 y 329; *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ...

⁴⁵ *PTL*, pp. 73 y 78; *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ... el término correspondiente en *TP*, es "proposition de droit" como distinto de "norme juridique"; y en *RR*, es *Rechtsatz*, para distinguirlo de "Rechtsnorm" en la larga nota de la *TP*, p. 99, *cfr.* *RR*, p. ..., omitida por el traductor en *PTL* Kelsen cita a Sigwart el apoyo de la noción "de verse él en sentido descriptivo". *Cfr.*, punto de vista similar de Vond Wright sobre los enunciados normativos en *Norm and Action* pp. 78 y ss.; Castañeda en "Deontic acceptableness" en *Proceeding of the Aristotelian Society*, actions imperatives and obligations (1967) p. 25.

descriptivos deónticos “de acuerdo con el derecho inglés las siguientes personas... deben de presentarse a cumplir el servicio militar...” Si existe tal norma el enunciado descriptivo deóntico es verdadero; si no existe, dicho enunciado es falso. Tres cosas, sin embargo, deberían tenerse en mente cuando se consideran a los enunciados descriptivos-deónticos de Kelsen.

1. El “deber ser” es utilizado por Kelsen en un sentido especial y amplio, de manera que los enunciados del “deber ser” incluyen no solamente descripciones de normas que prohíben o prescriben acciones, sino, también, a aquellas que describen normas o sistemas jurídicos que permiten acciones, expresa o tácitamente. El “deber ser”, tal y como lo usa Kelsen, es un tipo de variable deóntica que cubre lo que Kelsen llama “prescripciones” (o “mandatos”), “permisiones” y “autorizaciones”.⁴⁶

2. Los enunciados descriptivos-deónticos no se refieren exclusivamente al derecho. Enunciados similares, susceptibles de verdad o falsedad, pueden referirse a normas no jurídicas, por ejemplo, a normas morales.

La ética describe las normas de una moral determinada, ella nos enseña cómo debemos conducirnos de acuerdo con esta moral, pero, en tanto que ciencia, ella no prescribe que nos conduzcamos de tal o cual manera. El moralista no es la autoridad moral que establece las normas que aquél describe en proposiciones normativas [enunciados descriptivos-deónticos].⁴⁷

3. Las palabras que aparecen al comienzo de la formulación del enunciado descriptivo deóntico en las citas anteriores (“de acuerdo con un orden jurídico positivo”) y las palabras “según esta moral (determinada)” son importantes por las siguientes razones. Kelsen en algunas ocasiones ha sido acusado de sostener la creencia metafísica de que existe un dominio del “deber ser” (incluyendo el “deber ser” de las normas jurídicas) que no es creado por el hombre sino que aguarda a ser conocido o descubierto por el hombre, así como de creer que éste es el dominio del deber ser que los enunciados descriptivos deónticos verdaderos describen, dominio que se encuentra encima y atrás del mundo de los hechos. Contra tales críticas Kelsen insiste que, para él, todas las normas son creadas por actos humanos y no meramente descubiertas por los hombres. Y, aunque —en razón de la existencia de

⁴⁶ *PTL*, p. 5; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

⁴⁷ *RR*, p. ...; *TP*, p. 99. (Esta nota se encuentra omitida en *PTL*)

órdenes o sistemas jurídicos— pueden establecerse enunciados descriptivos verdaderos sobre el contenido de dichos órdenes, la verdad de tales enunciados no es absoluta sino relativa al específico orden o sistema jurídico referido.⁴⁸ En efecto, se podría argumentar, a favor de Kelsen, que mientras tengamos en mente esta relatividad esencial a un sistema dado, la descripción kelseniana de los enunciados descriptivos-deónticos clarifica un cierto tipo de discurso usado persistentemente entre abogados. Los abogados frecuentemente se plantean preguntas del tipo siguiente: “¿cuál es la situación jurídica (*legal position*) en relación al servicio militar?” y establecen, en respuesta a tales preguntas, enunciados como “los hombres al alcanzar la edad de 21 años deben cumplir el servicio militar” y consideran las respuestas como verdaderas o falsas. Es frecuente que los abogados describan lo que ellos podrían llamar “situación jurídica” sobre cierto problema sin hacer referencia [expresa] a un código o ley en particular o a alguna otra fuente del derecho relevante, pero, por supuesto, siempre sería entendido que la “situación jurídica” así descrita surge bajo las leyes de un sistema particular. Por tanto, una más exacta formulación debería hacer explícito esto, e incluir las palabras “de acuerdo con el derecho inglés...”

La relevancia inmediata de los enunciados descriptivos-deónticos de Kelsen, en relación con el problema del conflicto de normas, puede ser observado en el siguiente párrafo:

Puesto que las normas jurídicas, en tanto prescripciones, mandatos, permisiones, autorizaciones), no pueden ser ni verdaderas ni falsas, surge la siguiente cuestión: ¿Cómo pueden ser aplicados los principios lógicos, especialmente el principio de exclusión de contradicción y las reglas de inferencia a la relación entre normas jurídicas si, de acuerdo al punto de vista tradicional, tales principios son sólo aplicables a las aserciones que pueden ser verdaderas o falsas? La respuesta es: los principios lógicos son aplicables indirectamente a las normas jurídicas en el sentido de que ellos son aplicables a las reglas del derecho enunciados descriptivos-deónticos que describen las normas jurídicas, los cuales pueden ser verdaderos o falsos. Dos normas jurídicas son contradictorias y, por tanto, no pueden ser al mismo tiempo válidas si las dos reglas del derecho los dos enunciados descriptivos-deónticos que las describen son contradictorias...⁴⁹

Kelsen explica varias veces que los enunciados descriptivos-deónticos que describen dos normas jurídicas que prescriben, lo que Kelsen denomina, “conducta opuesta”, serían de la forma “*A* debe ser” y “*A* debe

⁴⁸ PTL, p. 18; PTL, p. ...; RR, p. ...;

⁴⁹ PTL, p. 74; TP, p. ...; RR, p. ...

no ser". Los enunciados de esta forma que se refieren a acciones realizadas por los mismos agentes y al mismo tiempo "se contradicen entre sí" ⁵⁰ para usar la expresión de Kelsen y su afirmación simultánea es un sinsentido: "decir que *A* debe ser y al mismo tiempo debe no ser" es un sinsentido exactamente igual que "decir que *A* es y al mismo tiempo *A* no es". ⁵¹

De acuerdo con esto es lógicamente imposible que las dos normas sean válidas: sólo una de ellas puede ser considerada válida. Kelsen, así, a través de sus obras, habla como si el conflicto entre normas fuera una forma de inconsistencia lógica. Esto es, como que es lógicamente imposible que las normas que se encuentran en contradicción puedan coexistir y no meramente que la conformidad simultánea a ellas sea lógicamente imposible.

Los argumentos de Kelsen originan cantidad de dificultades; ⁵² afortunadamente no todas necesitan aquí una consideración detallada. Podemos ignorar por el momento (aunque señalando para después) la objeción de que si "*A* debe ser" y "*A* debe no ser" son lógicamente inconsistentes ellas no son, como Kelsen sostiene, contradictorias sino contrarias. La contradictoria de "*A* debe no ser hecho" es "no es el caso de que *A* deba no ser hecho" y los enunciados descriptivos deónticos de esta forma describirían no dos normas que prescriben y prohíben la misma acción, sino dos normas, una de las cuales prohibió y otra que permitió la misma acción. Pero aparte de esto no es una verdad lógica, inmediatamente evidente, que "*A* debe ser hecho" y "*A* debe no ser hecho", incluso si dichos enunciados describen normas de un mismo sistema, sean lógicamente inconsistentes. En efecto, se requiere cierto argumento para mostrar que son inconsistentes. Sin duda, si asumimos ciertas premisas (1) "debe ser" implica poder y (2) "*A* debe tanto ser hecho como no ser hecho", se seguiría que "*A* debe ser hecho" y "*A* debe no ser hecho" no pueden ser lógicamente verdaderas al mismo tiempo. ⁵³ Por supuesto, es posible definir "debe ser" en el sentido de que "*A* debe ser hecho" implica "no es el caso de que *A* deba no ser hecho"; pero es importante señalar que los lógicos de gran reputación, en lo que a construcción de sistemas de lógica deóntica se

⁵⁰ *PTL*, p. 206; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...;

⁵¹ *Ibidem*, *Ibidem*

⁵² Entre estas dificultades, las cuales necesitan una mayor exploración, es la determinación del sentido que Kelsen da a "válido". Algunas veces Kelsen escribe como si decir que una norma es "válida" equivale a decir que este es final y sólo correcto estándar de conducta y de esa manera describe la validez de las normas que están en contradicción. Así por ejemplo *GT*, p. 410, *TG*, p. ...

⁵³ *Vid.*, Williams, *loc. cit.*

refiere, han permitido la posibilidad de obligaciones contradictorias ("se debe hacer *A*" y "se debe no hacer *A*"). No parece presentarse ninguna consistencia formal en dicha noción, y un cálculo lógico, el cual se encuentra lejos de poder captar las propiedades de los reales códigos humanos de comportamiento, no debería excluir, por adelantado, las posibilidades de conflicto, tomando como axioma el que "se debe hacer *A*" implica que no es el caso de que no se debe hacer *A*.⁵⁴

Sin embargo, para criticar la tesis de Kelsen según la cual el derecho internacional y el derecho nacional no pueden estar en contradicción, no es necesario insistir en el punto de que la existencia de conflictos, aun entre normas del mismo sistema, no es una imposibilidad lógica. Puesto que los argumentos de que no puede haber conflictos entre el derecho internacional y el derecho nacional son considerados por Kelsen con independencia de la tesis de que el derecho internacional y el derecho nacional forman un mismo sistema.⁵⁵

Los argumentos de Kelsen sobre la imposibilidad de los conflictos entre normas resultan, completamente, de su posición sobre las relaciones lógicas entre los enunciados descriptivos deónticos que describen normas contradictorias. Sus argumentos parecen estar viciados de un simple error. Kelsen no considera el importante hecho de que, como él mismo lo ha señalado, los enunciados descriptivos deónticos, cuando son verdaderos, lo son sólo en relación a los sistemas que ellos describen, y una exacta formulación de ellos debería ir precedida de las palabras "de acuerdo con el derecho inglés".⁵⁶ Si concediéramos que "*A* debe ser" y "*A* debe no ser" son, como Kelsen sostiene, lógicamente inconsistentes, o que las normas del mismo sistema no podrían estar en conflicto, de ahí no se seguiría, ni sería el caso, que los enunciados descriptivos-deónticos de la forma de acuerdo al derecho internacional "*A* debe ser" y de acuerdo con el derecho inglés "*A* debe no ser" sean lógicamente inconsistentes. Parece que no hay ninguna razón, una vez que se tiene en mente la relatividad de los enunciados descriptivos-deónticos, para pensar que dos enunciados de esta forma no puedan ser al mismo tiempo verdaderos. Ahora bien, puesto que Kelsen no ha dado ninguna razón satisfactoria para sostener que el derecho interna-

⁵⁴ *Vid.*, Para una más clara discusión sobre este punto, E. J. Lemmon, "Deontic logic and the logic of imperatives", *Logique et analyse*, 1965, especialmente pp. 45-51.

⁵⁵ Suposición es de que si hubiera tales conflictos no podríamos considerar al derecho internacional y al derecho nacional como un solo sistema y la ausencia de conflicto es el criterio negativo de la unidad del sistema. *Vid.*, *supra*.

⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, *PTL*, pp. 73 y 205, *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ...

cional y el derecho nacional forman un único sistema, parece que no existe nada para apoyar la tesis de que sus normas no puedan estar en contradicción.

C. La versión débil de la teoría de la no contradicción

Después de este más que pesado encabezamiento, pero necesario preliminar, procederemos a la evaluación de la afirmación de Kelsen de que, de hecho, no existen conflictos entre las normas válidas del derecho internacional y del derecho nacional. La prueba de Kelsen de que no existen conflictos entre el derecho internacional y el derecho nacional, toma la forma siguiente.⁵⁷ De acuerdo con una teoría "pluralista" tradicional, un conflicto entre el derecho internacional y el derecho nacional surgiría si un Estado promulga una ley incompatible con una disposición de un tratado válido de conformidad al derecho internacional, del cual dicho Estado es parte. Kelsen cita como ejemplo el caso de un tratado celebrado entre dos Estados, los cuales denominaré "A" y "B". Dicho tratado dispone que los miembros de un grupo minoritario en el Estado B deberán tener los mismos derechos políticos que la mayoría. Si el Estado B promulga una ley que priva a la minoría de todos sus derechos políticos, no obstante la existencia del tratado, la teoría pluralista convencional afirmaría que en este caso la ley, válida de conformidad con el derecho del Estado B, y el tratado, válido de conformidad al derecho internacional, se encuentran en conflicto. Sería imposible cumplir simultáneamente el tratado y la ley puesto que sería tanto como permitir y no permitir a la minoría ejercer ciertos derechos al mismo tiempo.

Kelsen sostiene que considerar de esta manera tales casos es mal interpretar las normas del derecho internacional de acuerdo con las cuales los tratados son obligatorios para los Estados. Dichas normas hacen de la promulgación de una ley incompatible con los términos de un tratado válido, del cual el Estado es parte, un delito del derecho internacional, exponiéndose el Estado [infractor] a las sanciones del derecho internacional. Pero aunque la promulgación de tal ley es prohibida por el derecho internacional, una vez promulgada (aunque ilícitamente promulgada) es, no obstante, válida, aun de conformidad con el derecho internacional. Esta ley no se encuentra en contradicción con las normas del derecho internacional relativas a los tratados puesto que su verdadera fuerza se limita a hacer ilícita la promulgación de tal ley por par-

⁵⁷ *PTL*, p. 330; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...;

te del Estado,⁵⁸ esto es, la promulgación de tal ley es un delito en contra del derecho internacional. En otras palabras, la norma del derecho internacional no busca determinar directamente el contenido de las leyes estatales, sino, sólo, determinar la licitud o ilicitud de su promulgación. Por tanto, así interpretada la norma del derecho internacional, no existe conflicto entre ésta y la ley; aunque la promulgación de esta última viole la norma internacional. Kelsen cita, como ejemplo paralelo, una interpretación de las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales en aquellos órdenes jurídicos nacionales en los cuales no existe control jurisdiccional de la constitucionalidad para anular las leyes que son inconstitucionales por violar los derechos fundamentales que la constitución pretende proteger. Contrariamente a lo que ocurre cuando existe control jurisdiccional, en estos casos, la constitución es interpretada haciendo penalmente responsables (*liable to punishment*) a los funcionarios o legisladores que participen en la promulgación de leyes inconstitucionales. En tales casos la constitución no determina directamente el contenido de las leyes sino sólo la licitud de su promulgación. Así interpretada la constitución, no existen conflictos entre la constitución y la ley, y esta última se mantiene válida aunque su promulgación constituya un delito.

Este argumento es ingenioso, pero, aun admitiendo esta sugerida interpretación de las normas del derecho internacional relativas a tratados, no impide, en realidad, el conflicto entre el derecho internacional y el derecho nacional. Este argumento meramente coloca el conflicto en un punto diferente y enseña que no es un conflicto entre normas (el tratado y la ley) que prescriban y prohíban la misma acción sino entre normas que prohíben y *permiten* la acción: la promulgación de la ley. Es un conflicto de esta última forma el que surge cuando un Estado promulga una ley violando sus obligaciones derivadas de un tratado, siempre que tal promulgación sea un delito de acuerdo con el derecho internacional, aunque no lo sea dentro del derecho nacional.

Ciertamente existen varios sistemas de derecho nacional, entre ellos el inglés, de acuerdo con los cuales no es un delito promulgar o procurar la promulgación de alguna ley y, por lo tanto, está permitido. Es lógicamente imposible conformarse (en el amplio sentido que, con anterioridad, ha sido dado a esta expresión) simultáneamente a la norma (permisiva del derecho nacional que permite la promulgación de cualquier ley y la norma del derecho internacional relativa a los trata-

⁵⁸ PTL, p. 331; TP, p. ...; RR, p. ...; *cfr.*, PTL, p. 274; TP, p. ...; RR, p. ... p. ...

dos), la cual (si aceptamos la interpretación de Kelsen) prohíbe tal promulgación y hace de ella un delito. Siendo éste el caso, y, aun si aceptamos la interpretación de Kelsen sobre las normas del derecho internacional, de esto no se deriva que las normas del derecho internacional no estén en contradicción con el derecho nacional.⁵⁹

III. *La membresía de un sistema jurídico*

En esta concluyente sección voy a tratar de obtener, de la anterior crítica a Kelsen, algunos puntos más constructivos que nos puedan ayudar en la comprensión del concepto de "sistema jurídico" y de los criterios de membresía de las diferentes normas en un sistema único. Ciertamente no puedo adelantar un análisis completo de esas difíciles nociones. Tal análisis es, como lo he dicho, parte de los aún no terminados problemas de la teoría del derecho y no me siento aún competente para terminarlo. Aunque, quizá, cuando menos, la forma o

⁵⁹ Hay que observar que a través de esta sección he ignorado, como Kelsen mismo lo hace, un argumento en favor de la forma débil de la teoría de la no contradicción, apropiada si su propia interpretación contravertida de que todas las normas entendidas como normas que estipulan sanciones dirigidas a los órganos o funcionarios que determinan las condiciones bajo las cuales las sanciones "deben ser" aplicadas, fuera tomada seriamente. De acuerdo con esta interpretación "sólo los actos coactivos que funcionan como sanciones deben ser" (*PTL*, p. 119; *TP*, p. ...; *RR*, p. ... *TP*, p. ... esta idea no aparece o no se observa en la versión inglesa *PTL* cfr. *RR*, p. ... Esto es, las solas personas que "deben" hacer algo de acuerdo al derecho son los "órganos" o funcionarios, y lo que ellos "deben" hacer es aplicar sanciones si las condiciones establecidas en la ley son satisfechas. Como en los diferentes Estados esos órganos o funcionarios son personas diferentes, ningún conflicto surgiría entre las normas de diferentes Estados: la conformidad simultánea a estas normas sería siempre posible. Así, aun si las normas del Estado *A* estipularan que ciertas sanciones deben ser aplicadas por sus funcionarios a ciertas personas en el caso de que realicen ciertas y específicas acciones, y las normas del Estado *B* prohíban a los oficiales la aplicación de sanciones bajo esas mismas condiciones, ningún conflicto surgiría puesto que los funcionarios de los dos Estados serían personas diferentes. Similarmente, en tanto que los órganos (agencias) aplicadora de sanciones en el derecho internacional son (de acuerdo con Kelsen) los representantes o agentes (representatives) de los Estados contra los cuales un delito ha sido cometido, mientras que los órganos (agencias) aplicadores de sanciones de un Estado son sus propios funcionarios, ningún conflicto podría surgir. No existe nada en las obras de Kelsen sobre que es para las normas estar en conflicto que excluya este argumento. Yo no acepto la interpretación de Kelsen del derecho como normas que estipulan sanciones y por tanto no considero este argumento como correcto. Kelsen podría haber también usado como argumento en favor de la teoría de la no contradicción su propia doctrina (desde mi punto de vista errónea) de que "el deber ser" necesariamente (para evitar un regreso vicioso) tener el sentido de "permitido" o "autorizado" más que "ordenado" (*PTL*, p. 25; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

dirección general de este análisis pueda ser percibida en las explicaciones siguientes.

A) *Reconocimiento y relación de pretensión de validación*

Permítanos considerar nuevamente la relación entre normas que he denominado “la relación de pretensión de validación”, y recordar la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* que he imaginado para exhibir el absurdo de la tesis, de la cual Kelsen parece participar, de que dicha relación es suficiente para hacer que las normas que participen en ella sean miembros del mismo sistema jurídico. Creo que esta tesis es absurda porque la *ley sobre la validez de las normas soviéticas*, aunque se propone dar validez a los actos de creación normativa del legislador soviético, no sería reconocida, por los órganos (*agencias*) de identificación y aplicación del derecho, como teniendo algo que ver con la validez del derecho soviético. Sin tal reconocimiento, nosotros solamente podemos decir que la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* pretende dar validez a las normas de la URSS, o que, de acuerdo con el derecho inglés, o para los efectos del derecho inglés, el derecho soviético es una parte subordinada del sistema jurídico inglés. Pero no podemos decir, salvo que existiera tal reconocimiento, que la validez de las normas de la URSS se deriva de la *ley sobre la validez de las normas soviéticas*, o que el derecho de la URSS y del Reino Unido forman parte de un sistema único.

Quizá sean necesarias algunas especificaciones en relación con este último punto. Sin duda, podríamos reunir todas las normas que se presentan en la relación de pretensión de validación sin tener en cuenta el sistema jurídico al cual ellas pertenecen, y denominar a ese grupo de normas así reunidas “un sistema jurídico único”. Esto sería introducir un *nuevo* significado para la expresión “sistema jurídico” puesto que un grupo de normas relacionadas solamente por la relación de pretensión de validación no corresponde al concepto de “sistema jurídico” que los abogados y politólogos o cualquier autor serio de derecho o de política efectivamente usa. La nueva definición tendría muy poca utilidad y sería regresivo si llegara a desplazar el actual sentido de “sistema jurídico”. En tal caso estaríamos impedidos de decir que, no obstante la existencia de la *ley sobre la validez de las normas soviéticas*, las normas del Reino Unido y de la URSS pertenecen a diferentes sistemas. Los “sistemas” de normas construidos solamente mediante la relación de pretensión de validación ignorarían que la línea divisoria,

introducida por la idea de que el reconocimiento que los órganos (*agencies*) de identificación y aplicación del derecho realizan en un territorio dado, es de crucial importancia para determinar el sistema al cual dichas leyes pertenecen. Es seguramente obvio que estas líneas divisorias no pueden ser ignoradas por cualquier fructífera teoría jurídica o política. Negar su importancia sería tanto como negar la importancia de la división entre Estados nacionales a abogados y politólogos.

B) *La individuación de normas*

Cuando desviamos nuestra atención de la relación de pretensión de validación para considerar cómo la idea de reconocimiento por parte de los tribunales y de los demás órganos dada en diferentes territorios es usada para distinguir los diferentes sistemas jurídicos, así como a los criterios de membresía de las normas de un sistema determinado, ciertos problemas importantes surgen por sí mismos ante nosotros. Por ejemplo, un importante contraste emerge entre dos diferentes caminos para individuar o distinguir diferentes normas. Por un lado, podemos individuar o distinguir una norma, simplemente refiriéndola a su contenido (como por ejemplo, "la norma hace de la posesión de L. S. D. un delito"). Sin embargo, puesto que la idea de dos diferentes normas con un mismo contenido es perfectamente inteligible, podemos, y algunas veces efectivamente lo necesitamos, individuar o distinguir las normas no sólo por su contenido (esto es por lo que las normas dicen o prevén) sino también refiriéndolas a sus autores, su modo de promulgación y fecha (como por ejemplo, "la norma que hace de la posesión de L. S. D. un delito, promulgada por el parlamento británico el 30 de diciembre de 1967").

La relevancia de esto último en relación con el problema que ahora tratamos es el siguiente: La relación de pretensión de validación es aquella relación que se presenta entre el contenido de las leyes que pretenden dar validez a otras leyes o procedimientos de creación normativos y estas leyes o procedimientos. Los ejemplos más significativos de esta relación son las leyes que confieren poderes legislativos a personas o cuerpos de personas. El más simple ejemplo de una ley que confiere facultades es una ley que otorga la facultad de crear leyes o reglamentos a un individuo X (un monarca o un ministro). La norma que confiere tales poderes de hecho dice: "las normas creadas por X deben ser obedecidas". En la terminología de Kelsen tenemos que la norma que confiere poderes legislativos "autoriza" a X a crear nuevas normas y el

acto de promulgación de X es “un acto creador de normas”, mientras que de las normas creadas por X se dice que “derivan su validez” de la norma que confiere poder legislativo, la cual es “la razón de su validez”. Es claro que si, en este caso, la norma que confiere poder legislativo es la razón de validez de otras normas, entonces, es necesario que la descripción de estas normas (en el caso, las normas “creadas por X”) debe corresponder con la descripción usada por la norma que confiere poder legislativo (“las normas creadas por X deben ser obedecidas”).

Para que la relación de pretensión de validación pueda llegar a sostenerse entre las normas que confieren poder y las normas creadas, esta correspondencia no debe ser meramente necesaria sino suficiente. Pero, como hemos explicado con anterioridad, aunque necesario, no es suficiente mostrar que las normas creadas por X efectivamente derivan su validez de las normas que pretende conferir a X el poder de crear normas. Lo que necesitamos para movernos de esta norma pretende dar validez a las normas creadas por X a “las normas creadas por X efectivamente derivan su validez de aquella norma” es que los tribunales o los órganos que identifican el derecho en el territorio respectivo *reconozcan* a una específica norma que propone conferir poderes a X y la traten como la razón para reconocer también a las normas a las cuales pretende dar validez.

Para responder a la pregunta de si esta norma es reconocida de este modo, la tenemos que identificar no sólo por su contenido, como lo hicimos cuando considerábamos únicamente la relación de pretensión de validación, sino considerando a sus autores, a su modo de creación, su fecha o todo esto conjuntamente. Tenemos, en otras palabras, que cambiar nuestra atención del contenido hacia esos otros elementos de individuación. Este cambio de atención es necesario y evidente por las siguientes consideraciones. La efectiva constitución de la URSS y la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* puede tener justamente el mismo contenido, y, ambas, se encuentran en relación de pretensión de validación con los procedimientos de creación normativa del legislador soviético. Sin embargo, los tribunales soviéticos las distinguirían perfectamente reconociendo, sólo a la constitución soviética, y no a la *ley sobre la validez de las normas soviéticas*, como relevante para la validez de las normas soviéticas y perteneciendo al mismo sistema que estas últimas. Los tribunales las distinguen a través de los factores de individuación que he mencionado con anterioridad, no obstante la identidad del contenido.

C. Razón de validez y criterio de membresía

Estas explicaciones muestran que para considerar si dos normas pertenecen al mismo sistema o a diferentes sistemas no podemos usar como criterio de pertenencia al mismo sistema, el hecho de que una de ellas derive su validez de la otra. Esto es así porque hasta que la cuestión de membresía no sea resuelto por una prueba independiente de reconocimiento no podemos descubrir si una de las normas deriva su validez de la otra. Únicamente podemos saber que una pretende dar validez a la otra. Por tanto, el criterio de pertenencia de las normas a un mismo sistema es independiente y ciertamente presupuesto por nosotros cuando usamos la noción de que una norma deriva su validez de otra.

Sólo cuando sabemos que la constitución soviética es reconocida por los tribunales soviéticos como la razón para reconocer las normas creadas en conformidad con sus disposiciones, como perteneciente al mismo sistema que estas últimas, estamos en posición de establecer que dichas normas derivan su validez de la constitución soviética. Hasta que no sepamos que la constitución es reconocida de esta forma, todo lo que podemos decir es que esa constitución, al igual que la *ley sobre la validez de las normas soviéticas*, intentan dar validez a dichas normas.

D. La norma fundamental como criterio de membresía

Los lectores de Kelsen recordarán que, en todas las versiones de su teoría, éste se adhiere a la tesis según la cual lo que unifica las diferentes normas en un mismo sistema es la norma fundamental.⁶⁰ Eso es así, porque todas las normas positivas de un sistema derivan su validez, según Kelsen directa o indirectamente de la norma fundamental. La norma fundamental, de acuerdo con Kelsen, a diferencia de todas las otras normas de un sistema, no es una norma positiva, no es una norma creada.⁶¹ A diferencia de todas las otras normas del sistema (normas positivas) la norma fundamental no deriva su validez de ninguna otra norma. Ésta es una "norma supuesta", la cual es "la razón de validez" de la constitución. La norma fundamental puede ser formulada como "se debe comportar como la constitución lo prescribe"⁶²

⁶⁰ *GT*, pp. 110 y 367; *PG*, pp. ...; *PTL*, pp. 195 y 201; *TP*, pp. ...; *RR*, pp. ...

⁶¹ *PTL*, p. 199; *TP*, p. ...; *RR*, p. ...

⁶² *PTL*, p. 201; *TP*, p. ...; *RR*, p. ... Su formulación sería diferente si el derecho nacional es considerado como una parte subordinada del derecho internacional.

y dicha norma fundamental es supuesta por cualquiera que considera a la constitución como una norma válida.⁶³

Si la norma fundamental es la razón de validez de la constitución, la cual deriva su validez directamente de ella, todas las normas del sistema que deriven su validez, directa o indirectamente, de la constitución, derivan su validez, indirectamente y en última instancia, de la norma fundamental. La tesis de Kelsen es que las normas forman un sistema porque su validez se remonta y deriva de una norma fundamental. Sin embargo, si sólo podemos, como ya vimos, remontar la validez de las normas en otras normas (a diferencia de lo que sostiene la relación de pretensión de validación) cuando conocemos, mediante la prueba de reconocimiento, a qué sistema pertenecen las normas, entonces no podemos remontarnos hasta la norma fundamental para que nos diga a qué sistema pertenecen las normas o para que explique su unidad en un solo sistema.

Nuevamente, nuestro ejemplo hipotético puede aclarar esto. La norma fundamental de la constitución de los Estados Unidos puede formularse (de una manera burda) que la constitución es válida. Sin embargo, salvo que tengamos algún criterio independiente que nos permita saber qué significa para las normas pertenecer a un sistema, no podemos, buscando la validez de estas normas, remontarnos a la constitución y, por tanto, tampoco a la norma básica. Sólo podemos establecer relaciones de pretensión de validación las cuales, como hemos visto, cortarían, de través, diferentes sistemas jurídicos. Las relaciones de validación vincularían a la constitución de los Estados Unidos no solamente la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* (suponiendo que ésta hubiera sido promulgada por el Congreso de los Estados Unidos) sino toda la legislación soviética que se propone validar. Si nuestro único criterio de membresía del sistema es la pretensión de validación que implica remontarse en la búsqueda de la validez, entonces, no podemos interrumpir en la línea divisoria en la cual queremos interrumpir. No podemos parar en la constitución soviética tal y como lo hacen los tribunales soviéticos, e ignorar la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* considerando que ésta pertenece a un sistema diferente, aunque pretenda dar validez al sistema soviético. Tendríamos que continuar desde las normas promulgadas por el legislador soviético a la *ley sobre la validez de las normas soviéticas* y, por tanto, hasta la constitución de los Estados Unidos y así, hasta su norma fundamental; más allá de la cual, por definición, no pueden ser establecidas relaciones de valida-

⁶³ PTL, p. 204, Nota 72. TP, p. ...; RR, pp.

ción. Pero tal recorrido es poco fructífero porque no muestra que tales normas deriven su validez de la norma fundamental ni tampoco que ellas pertenezcan a un mismo sistema jurídico.

IV. *Problemas de reconocimiento*

La sección anterior, como ya dijimos, constituye una mera explicación tentativa del criterio apropiado para determinar la membresía de un sistema jurídico, así como para determinar la individuación de diferentes sistemas jurídicos. Es claro que la noción de reconocimiento, en la que he insistido, necesitará pulirse en diferentes aspectos. Por ahora voy a terminar explicando brevemente algunas de las razones que me llevaron a expresarme de manera tentativa.

1. He hablado de reconocimiento por parte de órganos de identificación y aplicación del derecho existentes en diferentes territorios. Esto obviamente contempla situaciones (*arrangements*) propias de sistemas jurídicos nacionales modernos, en donde existen tribunales y órganos especiales para la aplicación del derecho. Pero no podemos perder de vista situaciones más primitivas: donde puede no haber tribunales ni órganos especializados para la aplicación del derecho, y donde la aplicación de sanciones, en caso de que las normas sean violadas, puede ser dejado a las víctimas o a sus parientes o a la comunidad en general. El derecho internacional, al menos según Kelsen, es igualmente un sistema descentralizado. Presumiblemente, en tales casos, habremos de usar, como nuestra prueba de membresía, la noción de reconocimiento por parte de la sociedad o de la comunidad; pero ciertos problemas en definir lo que constituye un reconocimiento suficiente, tendrán que ser abordados.

2. Pero aun en el caso de los órdenes jurídicos nacionales modernos la noción de reconocimiento por parte de los tribunales no se encuentra sin ambigüedades. En un sentido estricto de interpretación, el reconocimiento por parte de un tribunal, como criterio de membresía, podría significar que una norma no podría ser considerada como perteneciendo a un orden jurídico hasta que ésta fuera efectivamente aplicada por un tribunal al resolver un litigio. Esta interpretación sería parecida a la teoría de Gray⁶⁴ y a la doctrina sostenida por algunos realistas americanos posteriores. Pero eso seguramente sería muy *irreal* puesto que

⁶⁴ *Ibid.*, *Nature and Sources of Law*.

parece haber pocas razones para negar que una norma promulgada por una legislatura en un sistema jurídico que funciona normalmente sea una norma del sistema aun antes de ser aplicada por los tribunales en litigios. Sin embargo, una precisa formulación de una más amplia interpretación de la idea de reconocimiento que incluya las normas que los tribunales pueden aplicar, así como aquellas que efectivamente aplican no dejarían de ser discutibles.

3. Todos los sistemas jurídicos civilizados tienen normas especiales para resolver casos que contienen elementos extranjeros (tales como contratos o matrimonios celebrados en el extranjero). Dichas normas especiales determinan cuándo tienen jurisdicción los tribunales para conocer de casos que contienen elementos extranjeros y cuáles son los sistemas jurídicos que deberían guiar a los tribunales en el ejercicio de esta jurisdicción. Estas normas son conocidas como derecho internacional privado o reglas de conflicto de leyes. Y si tenemos que tomar en cuenta a tales normas entonces la noción de reconocimiento por parte de los tribunales tendrá que ser afinada en algunas otras direcciones. Si un hombre y su esposa, cuyo matrimonio es válido de conformidad a las normas del país en el cual fue celebrado, viajan a través de diferentes países, pueden confiar que los tribunales de la mayoría de esos países considerarán su matrimonio como válido, por lo menos en todo en lo que a las formalidades de la celebración se refiere. Esto es sólo un ejemplo muy sencillo de los casos en los cuales se diría que los tribunales de un país reconocen y aplican las normas de otro.

A menos que la noción de reconocimiento que hemos explicado como criterio de membresía sea, en alguna medida, especificada, deberíamos llegar a la conclusión de que las normas de un país que son reconocidas y aplicadas por los tribunales de otro pertenecen al orden jurídico tanto del primero como del segundo. Es posible objetar el lenguaje que he usado al describir tales casos, puesto que puede ser dicho que cuando, por ejemplo, un tribunal inglés considera un matrimonio celebrado en la Unión Soviética como válido porque las formalidades fueron las que requería el derecho soviético, aunque ellas difieran de las del derecho inglés, el tribunal no aplica realmente el derecho soviético sino que aplica, a las partes que ante este tribunal comparecen, una norma similar en contenido a aquella que el tribunal soviético aplicaría a las partes si éstas comparecieran ante él en un caso similar aunque de carácter completamente doméstico.⁶⁵ Esto evitaría el carácter complejo y posiblemente equivoco de la aserción de que una y la misma norma es apli-

⁶⁵ *Fid.* W. W. Cook, *The Logical and Legal bases of the Conflict of Law*, cap. I,

cada por los tribunales de diferente sistema. Sin embargo, esto aun nos deja sin una satisfactoria distinción entre el tipo de reconocimiento que los tribunales dan a las normas extranjeras en los casos en que se refieren a elementos extranjeros y el reconocimiento que es usado como criterio de membresía. Necesitamos tal distinción puesto que parece claro que en algún sentido de "reconocimiento" los tribunales efectivamente *reconocen* normas extranjeras en casos que originan cuestiones de derecho internacional privado aun si en atención al argumento anteriormente citado, no decimos que aplique el derecho extranjero sino que apliquen una ley propia con un contenido similar al de la norma extranjera que ellos reconocen.

Quizás esta dificultad pueda ser superada distinguiendo dos diferentes tipos de reconocimiento que pudieran ser llamados "reconocimiento original y reconocimiento derivado". En un caso ordinario en el cual no aparece ningún elemento extranjero, por ejemplo, en el que un tribunal inglés simplemente aplica una ley inglesa, el tribunal no basa su reconocimiento y aplicación de la ley en el hecho de que los tribunales de otro país hayan reconocido o que reconocerían; esto sería el reconocimiento original. Pero en los casos en los que surgen cuestiones de derecho internacional privado, parte del razonamiento del tribunal para reconocer una norma es que ésta haya sido o pudiera ser originalmente reconocida por los tribunales de algún otro país; esto es un reconocimiento derivado de una norma extranjera. Si en tales casos debemos decir que el tribunal aplica la norma que derivadamente reconoce o sólo que el tribunal aplica una norma con contenido similar, esto, pienso, no afecta tal distinción; aunque no tengo la menor duda de que ésta necesita una mayor elaboración.