

II. VALIDEZ DE UN SISTEMA LEGAL

¿Por qué un sistema legal debe ser (es) obedecido? O dicho de otra manera, ¿por qué el derecho debe ser (es) obedecido? Quizás esta sea la pregunta más difícil de la ciencia jurídica. Obviamente no pretendemos resolverla ni tenemos elementos para ello, simplemente bosquejaremos algunas ideas para poder entender el problema.

La respuesta a la pregunta formulada, en el párrafo que antecede, puede ser muy directa: el derecho debe ser (es) obedecido por que es un deber objetivo en el sentido de Kelsen, es decir, es válido normativamente. Pero entonces tenemos otra pregunta: ¿qué es la validez normativa? La validez normativa de un sistema legal puede entenderse de manera intuitiva a través del ejemplo propuesto por Ross, consistente en dos personas que juegan ajedrez mientras que un tercero les observa.⁷⁹ Si el que observa no sabe nada de ajedrez, seguramente no entenderá lo que está sucediendo, quizá de su

⁷⁹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, pp. 11 y ss.

conocimiento de otros juegos deduzca que se trata de alguno.

Un juego, como el ajedrez, puede definirse como la interacción basada en reglas entre dos o más jugadores, donde cada jugador tiene estrategias alternativas. Para cada elección de estrategias, realizada por cada jugador, existe un único resultado del juego. Se supone que cada jugador tiene como objetivo obtener los mejores resultados para sí.⁸⁰ Esta definición subraya el hecho de que el juego es un fenómeno de interacción social con base en reglas.

Por “interacción social”⁸¹ entendemos que los objetivos e intereses buscados y las acciones mutuamente condicionadas de los involucrados, solamente tienen significado como parte de un todo mayor que incluye las acciones de la otra persona. No toda actividad humana se desarrolla en interacción social, aún en sociedad existen actividades del hombre donde la interacción social no es relevante. Que dos hombres cavén un pozo, no implica que uno de ellos no pueda hacerlo por sí mismo, sin la ayuda del otro. Sin embargo, actividades como los

⁸⁰ D. Fudenberg, J. Tirole, *Game Theory*, Cambridge, MIT Press, 1991.

⁸¹ Traducimos *fellowship* como interacción social. Cfr. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 13.

juegos y la vida jurídica necesariamente implican interacción social.

¿Cómo nace esta interacción social? Las relaciones de un ser humano con otro, y de un ser humano con la sociedad pueden ser explicadas si los pensamos como relaciones entre dos sistemas que son o pertenecen simultáneamente al entorno uno del otro, en este caso hablamos de una relación “inter-sistemática”. Decimos que existe “penetración” cuando un sistema pone a disposición de otro sistema su propia complejidad, de forma que en la penetración nace otro sistema. Si la penetración es recíproca entonces hablamos de “interpenetración”. En este último caso el sistema receptor ejerce también una influencia retroactiva sobre la formación de estructuras del sistema penetrador. Dos sistemas que se interpenetran juegan el papel de entorno el uno para el otro. Los fenómenos sociales, la relación de un ser humano con otro, y la relación de un ser humano con la sociedad, además de ser intersistemáticas, son también relaciones de interpenetración.

La interpenetración intersistémica no se realiza mediante la conexión de toda la complejidad de un sistema con toda la complejidad del otro, ello resulta muy complicado. La interpenetración intersistémica se da a través de una forma más ágil y eco-

nómica, bajo el esquema de conformidad y desviación.⁸² La interacción social de las reglas del juego de ajedrez, interpenetración sistémica, se revela en el carácter intersubjetivo⁸³ de las reglas del juego; sin este carácter intersubjetivo, o estratégico, no existiría el juego mismo y los movimientos separados de los jugadores permanecerían aislados entre sí sin significado coherente.

La vida humana en comunidad no es un caos de acciones individuales, sino acciones en “comunidad”; no acciones aisladas, sino relacionadas entre sí, en interacción social. Este carácter comunitario, relacional, nace del hecho de que ciertas acciones de los individuos son relevantes para los otros individuos y tienen significado en conexión con un conjunto común de reglas.

En efecto, desde tiempos inmemoriales, el derecho ha sido visto como una relación intersubjetiva entre los hombres. En el derecho romano podemos

⁸² Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, pp. 199 y ss.

⁸³ Las acciones humanas tienen dos modos de interferir entre sí: el modo subjetivo y el modo intersubjetivo. La interferencia es subjetiva cuando al hacer se opone el omitir (realizado por la misma persona), y es intersubjetiva cuando al hacer se opone el impedir (realizado por otra persona) Así, la moral es la interferencia subjetiva de las acciones humanas, el derecho y otras normas sociales la interferencia intersubjetiva de las mismas. Rojina Villegas, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, p. 11.

apreciar esta relación intersubjetiva cuando se señalaba que el deudor se encontraba en un estado de sujeción (*nexum*) frente al acreedor. En aquel entonces esta relación entre deudor y acreedor, más que jurídica, era ejercida realmente por el acreedor y no se distinguía muy claramente si dicho *nexum*⁸⁴ se debía al poder del deudor o derivaba del sistema jurídico.

En el derecho moderno, la intersubjetividad del derecho se revela en el concepto de “relación jurídica”; esta última concebida como la articulación funcional de diversos elementos simples que sólo para efectos de análisis jurídico podemos aislar, pero que en realidad están siempre combinados en un proceso dinámico y funcional.⁸⁵

En el juego de ajedrez, como en todo juego, como en toda interacción social, como en toda vida comunitaria, como en todo fenómeno social, existen reglas destinadas a los jugadores y participantes. Aquí nace la pregunta importante: ¿por qué los participantes sociales siguen las reglas del juego? ¿Por qué se da esta interacción social? Una res-

⁸⁴ Nexum se utilizaba para referirse a una obligación (*ob ligare*, atar), literalmente significa encadenar, pues el acreedor tenía el derecho a encadenar al deudor hasta que la deuda estuviera saldada.

⁸⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V: *Obligaciones*, México, Porrúa, 1981, vol. I, p. 17.

puesta inmediata es que la necesidad de seguir las reglas del juego es requerida para la existencia del juego mismo, aquí el razonamiento es circular y no nos lleva muy lejos.

En el caso de la interpenetración ser humano-sociedad, ser humano-ser humano, es decir en la interacción social, las acciones del hombre se juzgan por la sociedad de acuerdo a su correspondencia o desviación con la norma, bajo el esquema binario de aceptación o rechazo, bien o mal, legal o ilegal, debido o indebido. En general, los sistemas normativos como la moral, religión, trato social, cumplen con la función de reductor de la complejidad de los nexos de interpenetración intersistemática a través de la estima social. *Aestimare*, el reconocimiento general y la valoración con la que se honra a quien responde a las “expectativas”⁸⁶ que se consideran necesarias presuponer para la continuación de las relaciones sociales. Los seres humanos en sus relaciones unos con otros se confirman recíprocamente y a cada instante que les importa la estima del otro.

⁸⁶ Una expectativa se produce al limitarse el espacio de posibilidades; lo que queda es lo que se espera. Si ante una decepción se reacciona se dice que estamos frente a una expectativa cognoscitiva, si a pesar de la decepción se insiste en la conducta esperada, aun en contra de los hechos, se dice que se trata de una expectativa normativa. Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, pp. 268 y 292.

La protesta social es, por tanto, fundamental para que las reglas se sigan. En el juego de ajedrez cualquier desviación de la regla necesariamente implica una reacción de protesta de los otros participantes, en cambio, un movimiento dentro de las reglas del juego, aunque estúpido, seguramente dará lugar a sorpresa, pero no a una protesta.

No toda expectativa puede ser calificada de normativa. Si la expectativa la posee únicamente un agente del sistema, la misma no ha incursionado al mundo normativo, es necesario que dicha expectativa sea compartida por la comunidad, que esté apoyada en un consenso. En este sentido se ha dicho que una regularidad de comportamiento, para llegar a ser expectativa normativa, debe estar acompañada de “presión normativa”: exhortaciones para cumplir con ella, crítica a la desviación, justificación en la violación.⁸⁷ La presión normativa implica que la expectativa es general⁸⁸ y no personal, la expectativa tiene que estar desobjetivizada, descargada de relaciones específicas; sólo así puede suponerse con suficiente seguridad un apoyo social para el caso de una decepción, sin conocer a las personas involucradas.

⁸⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 64.

⁸⁸ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 27.

Enunciados directivos como las instrucciones, consejos o exhortaciones, son todos personales en el sentido de que presuponen necesariamente una persona que los emite, y de que su efecto sobre el oyente depende de que hayan sido emitidos por esa persona particular. Las disposiciones jurídicas que integran un sistema legal son directivos impersonales ya que carecen de fuente definida y cuya fuerza motivadora, por tanto, no depende del poder, autoridad o sabiduría de ningún individuo en lo particular. Careciendo de remitente, carecen también de receptor.⁸⁹

Si se toma en cuenta que la expectativa debe ser general, se puede distinguir entre normas y ordenes. En principio, es característico de una orden que usualmente se refiera a un contexto particular en el cual la misma es dada, mientras que la norma por su generalidad está descontextualizada. En segundo lugar, cada norma pertenece a un sistema normativo, mientras que las órdenes pueden o no pertenecer a un sistema normativo.⁹⁰ Las normas, debido al consenso social que requieren y al contrario de las órdenes, son necesariamente demandas o expectativas justificadas. Kelsen llamaba por ello

⁸⁹ Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, pp. 53 y 54.

⁹⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, pp. 128 y 129.

a la orden “deber subjetivo” y a la norma “deber objetivo”.⁹¹

El consenso social general no es suficiente para que una expectativa normativa sea válida, es decir, exista como disposición jurídica obligatoria. El padre de la ciencia jurídica moderna sostuvo que “derecho y facultad de obligar son la misma cosa”.⁹² Contradictoriamente con lo anterior, también sostuvo que la razón exigía adoptar, como imperativo categórico, la máxima de conformar las acciones de cada uno al derecho. La *res publica noumenon* deducida a partir de la *razón*, debía encontrar en la *res publica phainomenon* una reproducción lo más fiel posible.⁹³ Esta relación entre “exterioridad” del derecho (la constricción como fenómeno del mundo) y la “pureza” del mismo (conformar las acciones de cada uno al derecho por la razón misma) ha sido calificada como:

...el punto crítico de la concepción kantiana del derecho, y no sólo de la concepción kantiana, sino

⁹¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 21.

⁹² Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 28, p. 35.

⁹³ Habermas, Jüngen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, trad. de Manuel Jiménez Redondo, *Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA*, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, p. 31.

de la ciencia del derecho en general: la exterioridad del derecho lleva el problema al necesario reconocimiento de su eficacia, algo que no estaba previsto en la filosofía de Kant, pero que constituía su verdadero nudo gordiano.⁹⁴

En efecto, el derecho a partir de Kant trata de construir categorías jurídicas válidas para cualquier sociedad y al mismo tiempo busca ordenar la realidad social. El derecho, en cuanto se le toma fuera de la realidad, refluye en la ética, y en cuanto se le vincula con la misma, se le exige positividad, se confunde con el uso de la fuerza. Legalidad y justicia, hecho y derecho, eficacia y validez normativa, son los binomios en los que se encierra la discusión moderna de la teoría jurídica.⁹⁵

Si las expectativas son normativas, la presión social para el conformismo será generalmente más fuerte que para las expectativas cognoscitivas. En las últimas, esperar que el sol salga por el poniente será una expectativa calificada de falsa por la realidad. En la expectativa normativa el riesgo de una posición contra fáctica, como los homicidios o la

⁹⁴ Córdova, Arnaldo, “*Introducción a los principios metafísicos de la doctrina del derecho*”, en Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 28, p. XVI.

⁹⁵ Cerroni, Umberto, *Marx y el derecho moderno*, Buenos Aires, Jorge Álvarez Editor, 1965, p. 24.

guerra a pesar de su prohibición, debe ser compensado por posiciones “internas” correspondientes de quienes sostienen tal expectativa. En general, en caso de atentar contra expectativas normativas se puede esperar una disposición para reestablecer la norma, por lo menos, mediante explicaciones y disculpas, incluso la mentira puede ser suficiente para sanearla. La norma exige la confirmación simbólica incluso si el daño es irreparable.⁹⁶

Respecto a estas posiciones internas de quienes sostienen la expectativa normativa, Hart ha subrayado que existe una diferencia enorme entre *fui obligado* y *tuve una obligación*. Austin consideró irrelevante las creencias subjetivas del sujeto obligado, y trató de definir a la obligación en términos objetivos, como la posibilidad o probabilidad de que la persona obligada sufriera una pena. Nosotros comulgamos con Hart en que:

Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría legal ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos es recordar la presencia de ambos puntos de vista (el interno y el externo) y no definir uno de ellos sin el otro. Quizá toda nuestra crítica a una teoría predictiva de la obligación pueda ser sintetizada como la acusación de que esto es lo

⁹⁶ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 296.

que sucede al aspecto interno de una regla obligatoria.⁹⁷

En el campo del derecho internacional, por ejemplo, se ha buscado evitar subjetivismos y asir al derecho de algo concreto, comportamiento real de los Estados. Al mismo tiempo, el derecho internacional ha pretendido ser normativo, busca regular la conducta y poder ser exigido aún en contra de la voluntad del obligado. Según Koskenniemi, ambas exigencias son contradictorias, se nulifican mutuamente y lo único que ocasionan en el discurso jurídico es pasar de la apología a la utopía.⁹⁸

¿Cómo hacer que el derecho sea concreto y normativo al mismo tiempo? ¿Cómo sintetizar los aspectos interno y externo de una norma legal? La búsqueda de esta síntesis es contraria a la tradición impuesta por Kant y perfeccionada por Kelsen, pa-

⁹⁷ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 88.

Inclusive este carácter es un fuerte postulante del derecho estatal soberano, como Jellinek, sostenía que el carácter positivo del derecho, en el último análisis, descansa en la *convicción* de que es obligatorio. Jellinek, Georg, *L'Etat Moderne et son droit*, trad. de Georges Fardis, París, V. Girard & E. Brière, 1911, t. I, p. 504.

⁹⁸ Koskenniemi, Martti, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, Oxford University Press, vol. 1, núm. 1, 1990.

ra quien la validez de una norma no podía derivarse de su eficacia, de lo externo. Para Kelsen, la razón de validez de una norma está siempre en otra norma nunca en un hecho.⁹⁹ Kelsen tiene razón, en parte, al señalar que la validez de una disposición jurídica no existe, sino en relación con la validez del sistema legal como un todo, y si una disposición jurídica es válida, ello se debe a que pertenece a un sistema legal válido. Sin embargo, como Ross ha hecho notar, este proceso no puede aplicarse a la *grundnorm*, ya que ahí se rompe el proceso de relación de validez internormativa. En ese momento es urgente llegar al punto de relación entre el contenido de la idea normativa y de la realidad social.¹⁰⁰

El punto delicado de la síntesis concretitud-normatividad es la respuesta al por qué el derecho debe ser obedecido. El análisis del aspecto interno de la norma es relevante y creemos suficiente. En efecto, para evitar apologías, la normatividad de la norma no debe buscarse en las creencias de quien analiza, sino en las de aquellos que obedecen y aplican el derecho.

Que las reglas de un juego, como el ajedrez, sean válidas significa que los participantes en di-

⁹⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 130.

¹⁰⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 70.

cho proceso de interacción social se sienten obligados a seguir dichas reglas. La validez normativa se basa necesariamente en el sentimiento de estar obligado, que es el aspecto interno de la norma.

Desde esta perspectiva de validez, no se requiere la existencia de poder político alguno que sustente el derecho. La validez normativa del derecho puede darse en sociedades denominadas horizontales, donde sus integrantes no tienen un poder que los diferencie entre sí, donde no existe la capacidad mediante el ejercicio de dicho poder de obligar a otros a seguir las reglas. Las normas jurídicas pueden surgir sin necesidad de un derecho oficial supuesto por el Estado, igual que el conocimiento, el derecho nace en forma rudimentaria.¹⁰¹

Santi Romano señala al respecto que el concepto del derecho que se ha formado bajo el modelo estatal es inexacto lógicamente e históricamente. Por ejemplo, en el medievo existió una pluralidad de ordenamientos jurídicos, ninguno de los cuales era un ordenamiento jurídico estatal. Un ejemplo claro de un ordenamiento jurídico que por definición no es estatal y que pocos dudan en calificarle de legal es el derecho eclesiástico, mismo que tiene todo un sistema de normas, tribunales y sanciones. Sostener que el Estado es el señor no sólo de su derecho, si-

¹⁰¹ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 301.

no de todo derecho es una exageración que no puede sostenerse.¹⁰²

La doctrina que ve al Estado como el único productor de derecho va de la mano con la postura romántica que sostiene que “el Estado es la realidad de la idea ética”.¹⁰³ La doctrina que ve al Estado como la máxima expresión jurídica requiere ser modificada frente a las exigencias globalizadoras contemporáneas. Dicha globalización puede correr por dos vertientes: bajo la enseña de la opresión y la violencia o, por el contrario, por el camino del derecho y la justicia. En nosotros está escoger el camino.

¹⁰² Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, pp. 46, 109.

¹⁰³ Hegel, G. W. F., *Filosofía del derecho* (1820), México, UNAM, 1985, § 257.