

LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO FRENTE A LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Óscar CORREAS

SUMARIO: I. Introducción; II. La teoría general del derecho contemporáneo; III. La sociología del derecho y la crítica jurídica; IV. La TGD frente a la crítica jurídica; V. La TDI y los tratados internacionales; VI. Los procesos de integración frente a la TGD y la crítica jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

Los llamados “procesos de integración” pueden ser vistos desde distintos puntos de vista teóricos y científicos. Para los economistas pueden aparecer como fenómenos de creación y/o traslación de valores, incluso como problemas de explotación de mano de obra transnacional por parte de los países más industrializados. Para los sociólogos pueden aparecer como fenómenos del tipo de la migración o de influencias culturales. Para los sociólogos del derecho son, tal vez, motivo de inquietud por los efectos que tendrán en los países protagonistas. Para los juristas aparece como una cuestión dogmática de los ámbitos comercial e internacional. Se trata, para éstos, de saber cuáles son las normas aplicables y su interpretación.

Pero hay un punto de vista que, al parecer, no ha sido suficientemente discutido. Se trata de saber si, y cuánto, estos fenómenos de integración trastocan las categorías básicas del pensamiento jurídico contemporáneo. Y éste es un punto de vista propio de la *Teoría General del Derecho* (que en adelante llamaré TGD y “Teoría”, así, con mayúscula).

Entenderemos aquí por TGD algo que ya no es la antigua Filosofía del Derecho.¹ Las teorías construyen conceptos que luego son utilizados por las ciencias particulares y, por tanto, puede decirse, *fundan* esas ciencias, en el sentido de que le sirven de soporte “teórico” precisamente. Las teorías, a su vez, encuentran su fundamento en la filosofía o visiones del mundo aceptadas por los teóricos.

La TGD es, entonces, una disciplina que, surgida del tronco de la Filosofía del Derecho, se ocupa de poner a punto los conceptos básicos con que procede la Ciencia Jurídica propiamente dicha o, como también se denomina, Dogmática Jurídica. Aunque cabe aquí hacer una aclaración: la Ciencia Jurídica como hoy la conocemos, la Dogmática Jurídica, no es en realidad una ciencia como la Teoría quisiera que lo fuera. Actualmente, al favor —o disfavor— de los juristas, la TGD es una *crítica* de la dogmática, precisamente porque ésta no consigue elevarse al nivel que le requiere la Teoría, principalmente porque los juristas no están interesados en proceder como quisieran los teóricos. Los motivos son políticos y no interesan en este momento. Lo importante es entender de qué hablamos cuando decimos, en este trabajo, “Teoría General del Derecho”: hablamos de esta disciplina que se ocupa del estudio conceptual del derecho o, mejor, de la producción de conceptos teóricos adecuados para estudiar el fenómeno que la propia Teoría denomina *derecho*. Pero, conviene repetir, la dogmática jurídica al uso no registra para nada la existencia de esta Teoría que, por su cuenta, se ocupa en criticar los conceptos, a veces ingenuos, a veces arteros, que utilizan los juristas en su trabajo.²

La TGD es, entonces, una disciplina de gran desarrollo en el mundo contemporáneo, pero que no tiene mayor influencia en el pensamiento de los juristas. De allí que denominaremos a éste “ideología jurídica” para diferenciarlo de la Teoría. *Ideología jurídica* es el conjunto de ideas que aparecen en los *discursos jurídicos*, que, por su parte, no son el derecho mismo sino los que se refieren a éste. Los que tienen al derecho como *referente*, son, por relación con el derecho, *metadiscursos*.³

1 Escribo el nombre de las ciencias con mayúsculas para diferenciarlas del derecho positivo, ya que en nuestra materia suelen coincidir. Por ejemplo, Derecho Civil y derecho civil denotan dos cosas distintas.

2 Sobre la Ciencia Jurídica véanse dos textos de Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989, y *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1993.

3 Remito a otros textos, en este caso uno en el que he desarrollado más detenidamente esta

Es decir, que en este trabajo nos las veremos con dos discursos distintos: el de la Teoría y el de la ideología jurídica. Y de ambos nos preguntamos si, y en qué medida, los procesos de integración los afectan o trastocan.

II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

La TGD, nadie lo discutirá, tiene como figura señera la de Hans Kelsen. Puede decirse que lo que actualmente es esta Teoría se posa en su pensamiento, mientras que sus desarrollos posteriores lo han sido precisamente por su referencia con él. Se trata de un cuerpo teórico más que de una teoría en la que todos estuvieran de acuerdo. Pero a pesar de eso no podría decirse que carece de cierta unidad. Por ejemplo, nadie diría que una norma es una regla de conducta (puesto que es una petición de principios, en virtud de que norma y regla de conducta son lo mismo) o que un sistema de normas es tal porque mantiene algún tipo de congruencia ética. Todos los teóricos están de acuerdo en que se trata, el derecho, de un fenómeno lingüístico, así como ninguno aceptaría que la palabra “derecho” debe reservarse únicamente para los sistemas normativos “justos”: todos acuerdan en que “derecho” es el conjunto de las normas positivas de un país, aunque desacuerden sobre cuáles son éstas, y mucho acerca de la justicia de las mismas. Es decir, en fin, que se trata de un cuerpo teórico con bastante consenso; mucho más, diría, que el de otros científicos sociales como los sociólogos y los politólogos, pareciéndose mucho más al de los lingüistas.

Siendo así las cosas, pueden establecerse algunos puntos centrales de consenso entre los teóricos, precisamente sobre los conceptos que nos interesan aquí. Tales como: *derecho, norma, sistema jurídico y estado*.

A. Derecho

Me parece que puede creerse en el consenso sobre el uso de la palabra derecho. Es difícil que algún teórico del derecho pueda llamarse tal y no acepte que el derecho es un conjunto de enunciados que se caracteriza por contener normas coactivas —que amenazan con uso de la violencia— cuya

explicación: Correas, Óscar, *Crítica de la Ideología Jurídica*, México, UNAM, 1993, capítulos 6 y 7.

aplicación está a cargo de un cuerpo de funcionarios. Las pretensiones pseudo marxistas que hacían del derecho una relación social han quedado sepultadas por el peso de los éxitos de una teoría que ha mostrado suficientemente la pertinencia, la conveniencia, de reservar el uso de esta palabra para designar una clase entre los conjuntos discursivos que contienen normas.⁴

Ahora bien, como las normas son fenómenos lingüísticos, el derecho es un *discurso*, lo cual coincide con la añeja visión marxiana del derecho como *ideología*.

Existen teóricos, sin duda, que desean entender el fenómeno jurídico “en su integralidad”, y que por lo tanto designan con esa palabra un conjunto de fenómenos que comprende las normas mismas, los discursos normativos, pero también las “prácticas” de quienes usan ese discurso. Aparentemente habría discordancia en este punto. Sin embargo no es así, porque se trata de teóricos que conocen y aceptan los términos más generales del pensamiento kelseniano. Se trata simplemente de una diferencia asentada en el *objetivo* de los estudios a los que se dedican estos teóricos: se trata de no perder la visión de conjunto de este fenómeno lingüístico que, no hay duda y nadie lo niega por lo demás, tiene una formidable influencia en la vida social. Pero ello para nada impide aceptar que el derecho es un discurso, y que se puede distinguir entre él y su eficacia social.⁵

La ideología jurídica al uso, por su parte, también entiende por *derecho* algún conjunto de normas, aunque generalmente no se interesa en el hecho de que no contiene solamente normas. Pero no se ha percatado para nada que se trate de un fenómeno lingüístico, sino que más bien habla de él como de una “cosa” en el sentido más pedestre del término. La razón de esto, posiblemente, estriba en que los abogados perciben su tarea como *actividad* material más que como sus propios discursos. Los abogados se enfrentan con clientes, jueces, funcionarios, políticos, en el sentido más literal de la

4 Entre decenas de textos, pueden verse: Capella, Juan Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968; Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1986; Vernengo, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976 (hay varias ediciones posteriores); Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991; *Id.*, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980; Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985; Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Materiales para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1992.

5 Mari, Enrique y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

palabra “enfrentamiento”: como contienda. El abogado “lucha” por un asunto contra otros abogados y/o funcionarios; debe obtener de otro una resolución que, aunque es también un fenómeno lingüístico, tiene efectos sociales que trascienden el mundo del lenguaje y que son, precisamente, lo que el jurista busca. Es por eso, precisamente, que algunos teóricos se niegan a conformarse con solamente constatar que el derecho es un discurso. Lo cierto es que mientras lo que importe sean los resultados sociales, sensibles, empíricamente perceptibles, el derecho no aparecería, a los abogados, pero tampoco a los politólogos y sociólogos, como un fenómeno discursivo.

B. Normas

Ningún teórico pondrá en duda la afirmación de que las normas pertenecen a los fenómenos lingüísticos llamados “enunciados”. Tampoco habrá desacuerdo en que una cosa es su estructura lingüística y otra es la utilización que de ellas puede hacerse. Desde el punto de vista de su estructura, una norma consiste siempre en la descripción de una conducta con más de un modalizador deóntico del tipo “obligatorio-prohibido”. Una norma siempre será la unión de (la descripción de) una conducta —“abortar” por ejemplo— más el modalizador “prohibido”, cuyo conjunto dice “prohibido abortar”.⁶

Sin embargo, cabe agregar que la Teoría siempre destaca el hecho de que las normas jurídicas existen en la forma del condicional del tipo “si A entonces *debe ser* B”. La conducta obligatoria debe producirse en el caso de que se produzca otra conducta condicionante.

La Teoría, en cambio, es más parca en reconocer que las normas son en realidad *el resultado de la lectura de los textos jurídicos*. Casi nunca el discurso del derecho enuncia las normas en la forma canónica “si A entonces *debe ser* B”. Por el contrario lo hace en forma alambicada de tal manera que los juristas, pero también cualquier interesado, se ven en la necesidad de realizar una *interpretación* del texto para poder decir que en él existe la norma x.

⁶ Véase la bibliografía general citada anteriormente, y también Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, capítulo III, y de los mismos autores, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, 1979.

De allí que la Crítica Jurídica haya destacado que el derecho existe en textos donde es posible identificar, en primer lugar normas, pero en segundo lugar otros discursos que transmiten mensajes de mayor eficacia social que las mismas reglas.⁷

C. *Sistemas jurídicos*

El derecho constituye un *sistema* y eso es algo generalmente aceptado. Este término es también usado por la ideología jurídica. Se habla del “sistema jurídico mexicano”, del “sistema jurídico internacional”, de los “sistemas jurídicos socialistas” —se hablaba al menos. Y si se pregunta a esa ideología qué es lo que hace de las normas un sistema, qué es lo que hace que las normas mexicanas constituyan el *sistema jurídico mexicano*, contestará que el hecho de que han sido producidas por los órganos establecidos por la constitución política de México y conforme con los procedimientos por ella establecidos.⁸

Esta respuesta es criticada por la TGD y en este punto hay discrepancias de criterios entre teóricos de primera línea. La discrepancia está en la definición misma de derecho: ¿constituyen a éste las normas dictadas o las aplicadas? ¿Cómo podemos saber si una norma existe o no? La ideología jurídica al uso no se pregunta por esta cuestión, aunque parezca extraño a primera vista. La idea de que el derecho es lo que el poder legítimo quiere, es la más arraigada en la enseñanza del derecho. Lo cual tiene una explicación clara: las facultades de derecho son la parte de la educación más importante para el poder. Allí se enseña, precisamente, a reconocer qué es derecho y qué no lo es. Y es fácilmente entendible que quien tiene el poder necesita una capa social “técnicamente” capacitada para señalar como derecho, como *lo que se debe hacer*, precisamente lo que el detentador legítimo del poder quiere que se deba hacer. De allí que la ideología jurídica al uso sostenga, sin mayor crítica, que el derecho es lo que el poder legítimo quiere. Lo curioso es que ningún abogado que ejerza su profesión, a pesar de estar dispuesto a sostener eso, desconoce que el derecho, en realidad, es *lo que el juez o funcionario encargado de la aplicación quiera*.

7 Legendre, Pierre y otros, *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Hachette, 1982.

8 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit.

De allí que la TGD, con Kelsen a la cabeza, pero con otros teóricos aún más radicales que él, como Ross por ejemplo, sostengan que el derecho es el conjunto de normas, producidas, sí, por el poder legítimo, pero siempre que sean efectivas. Para Ross, más radicalmente, las normas deben buscarse en lo que digan los jueces y no en lo que digan los legisladores. La discusión no nos concierne en este momento, salvo por un aspecto en el que también hay cierto consenso: el derecho es un conjunto de normas *eficaz*.⁹

Con la palabra “eficacia” los teóricos se refieren al *hecho* de que la conducta de los sujetos corresponda con lo querido por las normas. Lo sociólogos del derecho han distinguido entre *eficacia* y *efectividad* porque si bien respecto de algunas normas puede comprobarse que las conductas de los sujetos se ajustan a ellas, de todos modos tales normas no son “eficaces” porque no consiguen *el objetivo* que el poder se ha propuesto al dictarlas. Y se pone como ejemplo el del narcotráfico: tal vez todos los traficantes detenidos son condenados, pero no por ello termina el tráfico de drogas. En tal caso, se dice, las normas son efectivas pero no eficaces. Como lamentablemente ésta es una distinción de sociólogos del derecho, los teóricos no la han recogido conforme con la importancia que tiene.¹⁰

Que el derecho es un sistema *eficaz* quiere decir que, en términos generales, la mayor parte de las normas que lo componen, son *efectivas*. Desde el punto de vista de las ciencias políticas, podría decirse que un sistema jurídico es *eficaz* cuando consigue el objetivo perseguido: mantener el poder de quien produce las normas.

Los teóricos contemporáneos del derecho concuerdan en que sólo son normas de un sistema jurídico, aquellas que pertenecen a un conjunto normativo *eficaz*. De allí que la creencia de la ideología jurídica al uso sea incorrecta: no es el acto de producción de normas lo que define al derecho, sino la clase de poder que las produce. Y obsérvese que ese poder es “legítimo” precisamente porque está “autorizado” a producir normas jurídicas. Pero lo que lo autoriza a producir tales normas es el *hecho* de que es *eficaz*. Porque si no fuera eficaz nadie diría que se trata de un poder apoyado en una constitución. En cambio, por el solo hecho de ser eficaz, un sistema normativo es considerado *derecho*, “sistema jurídico”, y aceptado

9 Una explicación de esta cuestión en Pattaro, Enrico, “elementos para una teoría del derecho” Madrid, Debate, 1986, citado.

10 Sobre la diferencia entre “eficacia” y “efectividad”, Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Coyoacán (en prensa).

por la ahora llamada “comunidad internacional”. Nuestra América proporciona cientos de ejemplos; el más cercano es el régimen de Fujimori. Nadie diría que su poder proviene de la ley, pero nadie tampoco deja de reconocer como sistema jurídico peruano el que proviene del poder efectivo en ese país.¹¹

Esto pone a la TGD en el ámbito de la Ciencia Política, en especial, de la Teoría del Estado. Y en este punto es donde comienzan nuestras inquietudes respecto de los conceptos de *derecho* y de *estado* como se verá. En efecto, ¿qué pasa cuando hay varios poderes que se disputan un territorio, sin que ninguno logre controlarlo totalmente? ¿Cuántos estados y sistemas jurídicos hay? Y cuando diversos sistemas jurídicos tienen aplicación simultánea o alternativa, a criterio de los propios sujetos ¿hay un solo sistema o hay varios simultáneos? ¿No trastoca eso nuestra ideología sobre la *soberanía* y la unidad del orden jurídico? El TLCAN parece proponer algo de esto: habrá aplicación de normas que tal vez no sean las de ninguno de los estados intervinientes. Controversias, incluso dentro de un mismo país, pero que afecten intereses de ciudadanos de varios, pueden tener que llegar a ser resueltas por un organismo extrajudicial (“panel”), integrado incluso por no juristas, aplicándose las normas del tratado, pero con criterios que pueden diferir de las reglas tradicionales de interpretación de los derechos nacionales. Todo lo cual producirá diversas “cadenas normativas” de distinto origen, que afectará, tal vez, la tradicional concepción de la ideología jurídica acerca de la primacía constitucional. Y cuando estemos ante diversas cadenas normativas, ¿estaremos frente a un estado? ¿Frente a varios? ¿Frente a un super estado o estado universal? Como veremos, nuestra conclusión será que es la ideología jurídica la que tiene problemas, pero no así la TGD que es mucho más firme de lo que podría parecer.

D. La unidad de un sistema jurídico

Bien; pero ¿cómo se *reconoce* un sistema jurídico? O ¿cómo se diferencia de otros? O, de otra manera, ¿qué es lo que hace que el sistema jurídico sea “uno”? La respuesta nos dirá la clase de sistema que es el jurídico.

¹¹ Kelsen ha explicado esto en múltiples ocasiones. En su *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, p.224.

La ideología al uso, con cierta razón puesto que no necesita más para proporcionar pautas de acción, diría que el sistema mexicano se distingue de todos los demás porque es el que rige en el territorio mexicano. Y de alguna manera eso es cierto. En efecto, ningún abogado extranjero deja de saber, si viene a litigar un asunto de su cliente estadounidense, que, desde el momento que entra en México, debe argüir a partir de normas del sistema jurídico mexicano y no del de Estados Unidos (a menos que haya tratados, pero en ese caso se trata de leyes mexicanas porque los tratados que autorizan la aplicación de leyes no dictadas por el congreso mexicano son leyes generales de la nación, como se sabe).

Pero esta respuesta no es teóricamente satisfactoria, porque precisamente el territorio mexicano se define como la porción del planeta en que el conjunto de normas es eficaz. En algún momento esa eficacia se extendió por todo el estado de Texas; pero éste dejó de ser estado mexicano cuando su derecho dejó de ser efectivo en ese territorio. Lo que la guerra hizo fue precisamente entregar la “soberanía”, es decir, la efectividad de las leyes, a otro sistema jurídico. Es decir, el sistema jurídico mexicano no se reconoce por el territorio sino al revés. Es el territorio el que se reconoce como el espacio en el que son efectivas las normas del sistema jurídico mexicano. Y tampoco se reconoce al sistema por los habitantes, porque también éstos lo son de México precisamente porque están sujetos a su sistema jurídico.

La Teoría ha respondido a esta pregunta con la *norma fundante* o la *regla de reconocimiento*. Un sistema se reconoce y se diferencia de todos los demás, y por lo tanto es uno y no varios, porque existe una norma o regla que permite, a quien quiera hacerlo, saber cuáles normas lo integran.¹² Dicho de otra manera, un grupo de normas es un *conjunto* porque todas ellas resultan tales normas válidas en virtud de ser *reconocidas* por el uso de la misma regla. Se supone —la Teoría lo supone— que este criterio es válido para cualquier conjunto normativo, sea o no jurídico. Y siendo así, puede ejemplificarse el problema con el grupo de muchachos que identifica un grupo de reglas como las de su pandilla. Por ejemplo, sobre la manera cómo deben saludarse los miembros, o la identificación de los miembros mismos. La Teoría sostiene que para identificar esas normas se *usa* una regla especial que, como sirve para eso, se llama “de reconocimiento”: porque permite

¹² Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y el estado*. México UNAM, 1969. p. 436: “varias normas pertenecen al mismo orden jurídico cuando todas ellas derivan su validez de la misma norma básica”.

reconocer normas. Y así resulta que todas las normas reconocidas gracias al uso de la misma regla forman un *conjunto* o sistema.¹³

Cabe decir que eminentes teóricos han puesto en crisis esta idea mostrando la conveniencia de usar otra definición de “sistema normativo”.¹⁴ Sin embargo, con todo lo deslumbrante de la demostración, y lo convincente de los argumentos lógicos empleados, de todos modos no han logrado consenso entre los juristas. La razón parece residir en el hecho de que alguna necesidad teórica cubre el concepto de sistema como conjunto de normas reconocidas por la misma regla básica. En efecto, la teoría de la norma fundante de Kelsen y su homóloga de la regla de reconocimiento de Hart, dan cuenta del fenómeno *real* de la existencia de estados o sistemas jurídicos. Si bien es cierto que las críticas contra esta idea de sistema normativo es poderosa, de todos modos también es cierto que existen los estados y que de alguna manera son reconocidos por los interesados. De manera que nos quedaremos aquí con la teoría kelseniana de los sistemas jurídicos, sin dejar de reconocer que éste es un problema planteado a la TGD y que no ha sido resuelto por consenso.

Ejemplificaremos con México. Supongamos que alguien pregunta cuáles son las normas que constituyen el sistema jurídico mexicano. Cualquier jurista contestará que todas aquellas producidas conforme con las reglas establecidas en la Constitución y que no hayan sido abrogadas. Y si se pregunta por qué valen, es decir, por qué deben ser cumplidas, contestará que deben serlo debido a que la constitución autorizaba a esos funcionarios a producir tales normas. Pero, si se pregunta por qué vale esa Constitución, la de 1917, entonces la respuesta de la ideología jurídica se interna en una selva de recursos discursivos que se refieren al “poder constituyente” que proviene del pueblo, en la apología de la revolución y de los sabios constituyentes. Este procedimiento de justificación es universal y no privativo de nuestra ideología jurídica. Todos los países tienen sus respectivos mitos y héroes de fundación. Piénsese en Estados Unidos, Francia, la antigua Unión Soviética, países todos “surgidos” de una revolución “justa” contra el poder anterior.

13 Es cierto que la doctrina kelseniana ha sido criticada: Hart, H. L. A., “La doctrina kelseniana de la unidad del derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año VII, núm. 21, pp. 105-140.

14 Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

Pero la respuesta de la Teoría es otra. En primer lugar, se acepta con claridad y sin rodeos, que una constitución es válida porque es eficaz, y su eficacia consiste en que el gobierno que la invoca consigue hacerse obedecer recurriendo a la fuerza cuando no lo consigue con la persuasión.¹⁵ Sin embargo, el hecho de que una constitución y un gobierno se mantengan en última instancia por la fuerza, no implica que la violencia organizada sea, ni el único medio de mantenerse en el poder, ni el *argumento* que esgrime el gobierno. Nunca un gobierno, excepto en circunstancias excepcionales, de esas de las que no hay muchos ejemplos, confiesa que se mantiene por la fuerza. Al contrario, recurre a una ideología que, una vez asumida por la población, fuerzas armadas incluidas, hace aparecer al gobierno que invoca esa constitución, como *legítimamente* surgido de ella. Kelsen dice que este procedimiento discursivo implica una *ficción*.¹⁶ La ficción consiste en que, no habiendo ninguna razón, que no sea la fuerza, para imponer una constitución, se finge que la hay y por lo tanto se finge que quien detenta el poder además *debe* detentarlo. Kelsen dice que se actúa “como si” quien detenta el poder e impone una constitución, hubiese “tenido derecho” a hacerlo. Porque está bien claro que si es una norma, lo es porque fue producida conforme a derecho, la primera norma no puede ser conforme a ningún derecho puesto que éste es precisamente creado por ella. Es decir, la Constitución crea el sistema jurídico mexicano, pero ella misma no fue producida conforme con normas anteriores.

Kelsen dice, con toda razón, que esta *norma básica* del sistema aparece en realidad *después* que la constitución. Si bien es primero “lógicamente”, es en realidad *posterior* históricamente hablando.

Yo no sostengo que la norma básica “garantiza” la eficacia del orden jurídico a que se refiere. Lo que sostengo es que la norma básica se refiere únicamente a un orden social coercitivo que, en general, es eficaz. Esto significa: presuponemos la norma básica solamente si existe un orden social coercitivo generalmente eficaz. [...] Puesto que —de acuerdo con mi teoría— la norma básica se refiere únicamente a un orden coercitivo generalmente eficaz, y puesto que la norma básica es adaptada a tal orden coercitivo y no el orden coercitivo a la norma básica,

¹⁵ Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho”, *op. cit.*, p. 224: “Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas”.

¹⁶ Kelsen, Hans, “La función de la constitución” en Marí, Enrique y otros, *Derecho y Psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987, pp. 79 y ss. y *General Theory of norms*, New York, Oxford, 1991, capítulo 59, pp. 252 y ss.

es en este sentido que, en la norma básica, la efectiva creación de las normas del orden coercitivo mediante actos reales de voluntad, y la eficacia de esas normas, se convierten en la condición de la validez objetiva del orden coercitivo).¹⁷

Con esto quiere decir, trasladado al ejemplo mexicano, que primero sucedió la constitución en virtud de la fuerza de que disponía el ejército vencedor, y sólo después se construyó la ficción, el discurso legitimador en que consiste la norma básica o regla de reconocimiento. Está claro cómo se crea, transmite e introyecta esta regla: por obra de la educación.

Kelsen dice también que cada constitución tiene su propia norma básica; es decir, no hay una norma para todos los sistemas, sino una para cada uno; es “histórica” en el sentido de que cada poder debe construir una que permita decir que las normas que dicte son *legítimas* o “constitucionales”. Esto quiere decir que en el México contemporáneo existe una regla de reconocimiento que fue creada durante los primeros actos posteriores a 1917. Esto explicaría por qué la Constitución sigue siendo, en el imaginario social, la misma de entonces, cuando en realidad sabemos que cada modificación crea una nueva constitución: es que el poder necesita justificarse con la gesta revolucionaria que ya ha adquirido la simpatía de propios y extraños.

E. Estado

La palabra “estado”¹⁸ es una de las que aparece con más frecuencia en los textos sociológicos y jurídicos. Sin embargo un pequeño repaso a la bibliografía existente, muestra que pocas veces se define el término. Por otra parte, cuando se hace, cabe notar que resultan conceptos como “es el conjunto de aparatos e instituciones que expresa la correlación de fuerzas entre los grupos sociales”; o bien “es.... que permite ejercer el poder al grupo social dominante”. También, “que cumple la función de ...”

Lo que quiero hacer notar es que estas definiciones suelen pasar por alto la diferencia entre lo que una cosa es y aquello para lo cual se usa o sirve.

¹⁷ Kelsen, Hans. “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991, pág. 67.

¹⁸ Escribo “estado” con minúscula porque me parece que la única razón para hacerlo con mayúscula es, como en el caso de Dios, la veneración implícita por el referente de ese signo. Como no me parece que deba haber ninguna veneración hacia el estado, sostengo que no debe escribirse con mayúscula.

Los sociopolitólogos suelen dedicarse al estudio de lo segundo, a lo que viene después de la palabra “que”, dejando de lado lo que debe escribirse después de la cópula “es”. Se conforman con usar metáforas como “instituciones” o “aparatos”, sin decir en lugar de qué están esas figuras del lenguaje. Pero una auténtica Teoría General del Estado debería dirigir su atención a lo que el estado es y no solamente a hablar de aquello para lo cual sirve.

Es notorio que Kelsen y Weber son los clásicos más importantes en términos de Teoría del Estado, precisamente porque no eluden la cuestión. Pero poco saben los sociólogos que es Kelsen quien ha sido más cuidadoso en este punto, llegando incluso a criticar a Weber por cierto descuido metodológico en el tratamiento de este tema.¹⁹ Los sociólogos, lamentablemente, desconocen a Kelsen, perdiendo así la oportunidad de aprovechar sus lecciones metodológicas que, fundamentalmente, consisten en advertir que existen dos puntos de vista que deben ser cuidadosamente separados para entender de qué hablamos cuando decimos “estado”.²⁰

Kelsen sostuvo siempre, siguiendo por lo demás una constante de la filosofía moderna, que una cosa es decir que algo es, y otra que algo *debe ser*. Y que un mismo fenómeno puede ser analizado tanto desde el punto de vista del deber como desde el punto de vista de la causalidad. En el primer caso hacemos de una interpretación jurídica, y en el segundo una sociológica. En el primer caso usamos normas y en el segundo la idea de causa. Así es que podemos analizar la conducta de un individuo que ejerce el poder de que dispone, como una conducta motivada por determinadas causas, sociales desde luego, o bien podemos analizarla como las acciones del ciudadano presidente. Pero, advierte la posición metodológica de Kelsen, para saber que son conductas del “presidente”, y por tanto imputables al estado mexicano y no al individuo que ocupa el cargo, es necesario hacer referencia, o suponer, la Constitución Política de México. Porque lo que hace la diferencia entre decir que son las conductas de un individuo poderoso y decir que lo son del presidente, es que en el segundo caso usamos una norma constitucional para interpretar así sus acciones.

19 Véase Kelsen, Hans, “El concepto de estado de la sociología comprensiva”, en Correas, Óscar (comp.) *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, pp. 267 y ss.

20 Entre otros muchos de sus textos, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, México 1969, UNAM, traducción de Eduardo García Máynez (en adelante TGDE), pp. 215-229.

Con base en esta regla metodológica, Kelsen sostiene que el estado es lo mismo que el orden jurídico. Esto es, que las palabras “estado” y “derecho” —o mejor, “sistema jurídico”— tienen el mismo referente. Nosotros podríamos decir que Kelsen define de esta manera lo que el estado “es”, sin por ello negar que pueda “servir”, “ser usado” o “tener la función” que se quiera darle desde el punto de vista sociológico. Sólo que, generalmente, los sociólogos no advierten que, en sus análisis, usan categorías, como “funcionario”, “presidente”, “parlamento”, las cuales implican un inconsciente uso de normas jurídicas.

La Teoría General del Estado propuesta por Kelsen es generalmente desconocida por los sociólogos. Pero también la TGD ha dejado de lado la cuestión, al punto que puede decirse que pocos teóricos del derecho posteriores han desarrollado las bases kelsenianas. La razón parece ser sencilla: la TGD contemporánea dominante se afilia a la llamada Filosofía Analítica, y su principal preocupación ha sido el estudio de las normas y los conceptos usados por la ciencia que debería practicarse en caso de querer los juristas pertenecer al gremio de los científicos. La preocupación, en esta línea, ha sido el análisis de conceptos y el intento de reducir los enunciados del discurso del derecho a los cánones de la lógica. No se ha interesado esta Teoría en el problema del estado, de modo que la cuestión ha quedado prácticamente tal cual la dejó Kelsen, y por ello nos referimos a la suya como la teoría del estado propia de la TGD contemporánea.

Es verdaderamente difícil concederle a Kelsen esta identificación entre derecho y estado. Incluso él mismo escribió un libro de teoría del derecho y del estado.²¹ Pero es principalmente la ideología jurídica dominante, en definitiva *ciertos usos lingüísticos*, los que impiden aceptar el punto de vista según el cual el estado no es algo que *produce* el derecho, sino el derecho mismo. Hay varias maneras de introducirse al problema.

No hay ninguna “cosa” de la que se pueda decir que es el “estado”. Ningún conjunto de edificios, cañones, lienzos vistos como “banderas”, escudos, barcos, estaciones de radio o televisión, “líneas” fronterizas, que puedan ser un buen referente de la palabra “estado”. Mucho menos si lo vemos como una “persona jurídica”, de las cuales incluso la ideología jurídica dominante acepta que se trata de ficciones.

Pero ¿podría el estado ser el conjunto de los funcionarios públicos? Sin duda que es el referente con mejor vocación de serlo de la palabra “estado”.

21 Precisamente el ya citado.

Sólo que, para saber quiénes son funcionarios y quiénes no, es necesario recurrir al discurso que, literalmente, los *crea*: el derecho. Dicho de otra manera, si “estado” es el conjunto de los funcionarios, el estado es un *efecto* del discurso del derecho. Y un efecto *ficticio* en el sentido de tratarse de una ideología o contenido de conciencia y no de alguna “cosa” o “ente” de alguna realidad material.

Por otra parte, no todos los actos de los funcionarios son imputables a este ente llamado “estado”. Solamente lo son aquellos “actos” —en realidad son *discursos*— que las normas dicen que deben ser vistos no como de los individuos productores, sino como de este ente que, sin tal imputación, no existiría. Es decir, es el acto ideológico de *imputar* ciertos discursos a una ficción lo que *crea* al estado. El estado es, entonces, una creación del discurso jurídico y, sobre todo, de su *uso* por parte de todos los ciudadanos. Puede decirse que el estado es el efecto de la eficacia propia del derecho. Es decir, esa es la principal función del derecho: la creación del ente ficticio llamado estado.

Esto quiere decir que tampoco es acertado decir que el estado es el conjunto de los funcionarios que, conforme con la división del trabajo, están retirados de la producción y dedicados a “gobernar”, es decir, a producir normas, prescripciones que “deben” ser obedecidas so pena de coacción. No es acertado porque no son los individuos los que constituyen el estado, sino esa parte de su “actuación discursiva” que, usando las normas jurídicas, pueden ser imputados a ese ente llamado estado. Es la fetichización propia del uso del discurso del derecho lo que nos hace creer que son los individuos los que forman el estado. Es una fetichización en el sentido clásico del término: son los propios dominados quienes, usando el derecho, identifican cierta actuación de ciertos individuos como no común, como no ordinaria, como distinta a la de todos los demás, como perteneciente, no a ellos, sino a otro ser en realidad inexistente. Y luego esta creación humana, efecto del lenguaje, que es el estado, se vuelve contra su creador para oprimirlo. Y los individuos, gracias a la aparente necesidad de *personificar* el poder, los funcionarios creados por el uso del derecho, de pronto aparecen como *realmente* distintos de los demás hombres y destinados a gobernarlos.

Es esto lo valioso de la teoría kelseniana: la denuncia del estado como una ficción, como un fetiche. Como algo creado por la mente humana, pero que luego se vuelve contra su creador apareciendo como algo que tiene, por sí mismo, esas calidades que en realidad sólo tiene porque le han sido dadas

por el hombre.²² Kelsen dice que no hay nada más allá del derecho mismo. No hay una “cosa” llamada *estado* que “cree” al derecho. Es al revés. Tal vez la idea de que el estado es un efecto del uso del lenguaje no es tan precisa en sus escritos. Pero nadie que lo haya leído puede desconocer la importancia que le concede a la *imputación* que se hace al estado, en virtud de ciertas normas, de ciertas conductas de ciertas personas.

En suma, Kelsen define el “ser” del estado, dejando a los sociólogos la explicación del para qué se usa, sirve o la función que cumple. Para nosotros, juristas que aceptamos la definición del estado desde el punto de vista jurídico, resulta que, cuando el sociólogo dice que el estado “expresa la correlación de fuerzas entre los grupos sociales”, está hablando de lo que la Sociología Jurídica ve como las causas del derecho —o del estado: que el estado sea así y no de otra manera, aquí y ahora, es el *efecto* de las relaciones sociales. Y cuando el sociólogo no explica el “qué” del estado, está hablando de los *efectos* del derecho en las relaciones sociales.

Según todo esto, el estado también es “uno” en virtud de la misma razón que lo es el sistema jurídico: en virtud de que hay una norma fundante o regla de reconocimiento que permite identificar al estado mexicano como uno y distinto de todos los demás.

F. La soberanía

En el lenguaje cotidiano, y especialmente de frente al fenómeno de la globalización, la privatización y el ingreso irrestricto del capital y las mercancías extranjeras, se ha hablado mucho de la “pérdida de soberanía” que todo ello implica. Podemos, utilizando el fecundo principio metodológico kelseniano, decir que esta cuestión puede verse desde dos puntos de vista: el jurídico y el sociológico.

Cuando los opositores a la política económica del liberalismo actual dicen que los países latinoamericanos pierden soberanía, se refieren al hecho de que las normas jurídicas producidas por los gobiernos tienen como *causa* una voluntad política “no nacional”. Lo que se critica, en efecto, es la legislación que permite realizar actos jurídicos como ventas, reducción de aranceles, ingresos de capitales, asegurar sus ganancias en la bolsa, etcétera. Y la crítica consiste en decir que tales normas son perjudiciales

22 Véase Kelsen, Hans, “Dios y estado”, en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen, citado*.

para el país y que si se han dictado es obedeciendo a deseos extranjeros, principalmente estadounidenses. Adviértase que, de todos modos, esa legislación ha sido producida conforme con la constitución mexicana y que sólo en casos excepcionales se ha acusado al gobierno de violaciones a la carta magna. Se le acusa, sí, de violentar el “espíritu” de los constituyentes de 1917; pero no siempre de violentar las normas de la Constitución ya reformada.

Esto muestra los dos puntos de vista desde los cuales se habla de soberanía: desde el punto de vista sociológico y político, se trata de las *causas* de la legislación. Desde el punto de vista jurídico se trata de la *validez* de las normas. En el primer caso puede discutirse la pérdida de soberanía; en el segundo la discusión no tiene sentido.

La TGD tiene una excelente definición del término “soberanía”: supremacía del estado. Esto quiere decir que la

afirmación de que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, significa que el Estado es un autoridad suprema. La “autoridad” suele definirse como el derecho o poder de expedir mandatos obligatorios... Sólo un orden normativo puede ser “soberano”, es decir autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir... y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser “soberano” en el sentido propio del término.²³

Obsérvese que Kelsen descalifica el uso sociológico de la palabra “soberanía”; desde el punto de vista de su teoría, tiene razón. Sin embargo la palabra se usa cotidianamente con sentido sociológico y por eso lo hemos citado aquí.

Esto quiere decir que soberanía significa simplemente que el discurso del derecho autoriza a ciertos individuos, que por eso son “funcionarios”, a producir normas. Pero, adviértase, el concepto jurídico de *soberanía* nada dice acerca de las *causas* de tales normas. A este concepto no le interesa cuales hayan sido las presiones a que haya estado sujeto desde el exterior el funcionario productor de esas normas. Sería lo que suele denominarse “formalismo”: al pensamiento jurídico no le interesa la “realidad” sino la “formalidad” normativa. Con lo cual no se quiere decir otra cosa sino que

23 Cfr. Kelsen, *op cit.*, p. 456.

lo que importa es la validez y no la eficacia o las *causas* de las normas, problemas que son dejados a la Sociología Jurídica.

Como se advierte, la TGD dominante no es ni siquiera rozada por el problema de la globalización en lo que a la cuestión de la soberanía se refiere.

Hasta aquí los resultados de la TGD respecto del tema del estado visto desde su particular punto de vista teórico. Ahora vienen las preguntas. El TLCAN, pero más ampliamente, este proceso de globalización del que se habla hoy, ¿pone en crisis los resultados de la TGD? ¿Deberá esta Teoría replantear o modificar algunas de sus conclusiones para pensar el mundo jurídico que parece avecinarse?

III. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA CRÍTICA JURÍDICA

Hace ya algún tiempo que la Sociología Jurídica, la Teoría Crítica del Derecho y la Crítica Jurídica, han planteado diversos problemas ante los cuales la TGD dominante, de cuño analítico como hemos dicho, ha hecho oídos sordos. Uno de estos temas es el del pluralismo jurídico.

A. *El pluralismo jurídico*

La Sociología Jurídica ha comprobado, hace años ya, que, contrariamente a lo que mantiene la ideología jurídica dominante, no es cierto que el fenómeno llamado “derecho” se reduzca al conjunto de las normas producidas conforme con la constitución, que es “constitución” pero sólo respecto de ese conjunto de normas y no de cualquier otro. Adviértase, ya el solo planteamiento de la cuestión pone en crisis la idea de “constitución”: si hay varios conjuntos de normas, ya no sabemos cuál es la constitución, a menos que hablemos de “la dominante” o *hegemónica*. Adviértase también que esto pone en crisis el concepto de estado único; en efecto, si estado es derecho, entonces si hay varios derechos hay varios estados. O, menos agresivamente, si hay varios sistemas normativos, ¿cuál es el “estatal”? O bien: ¿quién lo autoriza, al estatal, a ostentarse como el único sistema válido?

Para aceptar que en un mismo territorio conviven varios sistemas normativos, es necesario tener un concepto de “sistema normativo”. Y, como

vimos, en efecto la TGD lo tiene: es un “sistema” el conjunto de normas efectivas que pueden ser reconocidas usando la misma regla de reconocimiento. Por otra parte, la TGD también ha sostenido que no se trata de cualesquiera normas, sino de las que amenazan con la violencia y han sido producidas por funcionarios autorizados por normas superiores.

Pero he aquí que este concepto es perfectamente aplicable a, por ejemplo, los sistemas normativos indígenas que subsisten en muchos países latinoamericanos. En efecto, se trata de grupos de normas que esas comunidades identifican usando la misma regla de reconocimiento, que amenazan con la violencia y disponen de funcionarios autorizados por normas superiores para dictar normas inferiores y aplicarlas.

Entonces designaremos aquí como “pluralismo jurídico” el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Por lo tanto estaremos frente a un fenómeno de “pluralismo jurídico” en los casos en que, como en el del derecho indígena, un sistema convive con las normas de otro sistema hegemónico. Es decir, que las normas pertenezcan a sistemas distintos, significa que son reconocidas por distintas reglas de reconocimiento.

Esto nos obliga a hablar en términos de sistemas jurídicos superpuestos, con distinto nivel de prestigio o *hegemonía*. Podemos decir que el sistema jurídico mexicano es hegemónico en el territorio definido por él mismo, pero no que sea el único.

El concepto de “hegemonía”, aquí, se refiere a *hechos* comprobables sociológicamente, es decir, con métodos de observación propios de la Sociología Jurídica. Lo observable son ciertas conductas que pueden verse como *efecto* de ciertas normas. Esas conductas muestran que ciertas normas son obedecidas, esto es, que ciertos grupos o actores sociales mantienen hegemonía sobre otros puestos que consiguen “dirigirlos”, hacer que se comporten como ellos desean y prevén. Si las normas producidas por un grupo en el poder son obedecidas, entonces son efectivas y por tanto el sistema normativo es *eficaz*. En esto consiste la *hegemonía* de la que hablamos aquí.

Un sistema normativo es hegemónico respecto de otro cuando puede observarse que, en los casos de alternatividad de normas, las suyas tienen mayor efectividad que las del sistema hegemónico o subalterno. “Mayor efectividad” nos remite, nuevamente, a comprobaciones sociológicas. Y

“alternatividad de normas” quiere decir que alguna o algunas normas de un sistema obligan a conductas que son prohibidas por el otro.

Esto nos permite pensar en el discurso jurídico estatal como discurso hegemónico sobre otros similares, y no en una “pirámide” jurídica que parecería dar la idea de que el derecho es único y que los sistemas coexistentes, como los indígenas, están “incluidos” en ese sistema que ahora ya podemos ver, no como único, sino sólo como “hegemónico”.

Por otra parte, en un caso de pluralismo normativo, los sistemas son *alternativos* cuando algunas de las normas que componen a uno de ellos ordenan conductas contradictorias con las ordenadas por el otro. Dejaremos a los lógicos establecer si estaríamos frente a contradicciones lógicas. Bástenos decir que hablamos de normas de un sistema que hacen obligatorias ciertas conductas que, conforme con el otro sistema, son prohibidas. El ejemplo de mayor contundencia es el de los indígenas encarcelados y que se preguntan por qué están allí si sólo han producido conductas obligatorias o permitidas según el sistema jurídico que ellos aceptan. Se comprueba allí la existencia de pluralismo jurídico, con sistemas alternativos, uno de los cuales, el mexicano, es hegemónico.

Por último, podemos hablar también de sistemas normativos *subversivos*. Los sistemas jurídicos alternativos pueden tener o no la siguiente característica: que la efectividad de sus normas, si llegase a ser hegemónica, es decir, si, por eso mismo, tales sistemas fuesen *eficaces*, ello implicaría la desaparición del sistema actualmente hegemónico, o al menos su transformación en uno subalterno o hegemonzado. Llamaremos a tales sistemas alternativos, *sistemas normativos subversivos*. La historia latinoamericana es pródiga en ejemplos de esto. Cada uno de los sistemas jurídicos impuestos por los patriotas insurgentes del siglo pasado en las guerras de independencia, son ejemplos de sistemas normativos subversivos que fueron ganando efectividad hasta convertirse en eficaces y, por lo tanto, hasta convertirse en hegemónicos o “estados independientes” excluyentes de los estados virreinales. Los sistemas jurídicos español y portugués, los de los conquistadores, fueron subversivos respecto de los indígenas. Y en relación con algunos de ellos se hicieron hegemónicos sin suprimirlos, cosa que sí hicieron los sistemas impuestos en las guerras de la independencia que sí suprimieron a los coloniales. Pero la historia contemporánea también ofrece ejemplos, como en los casos de Cuba y Nicaragua: sistemas subversivos cuyo triunfo suprimió los sistemas anteriores, organizados alrededor de normas fundantes distintas. Y nuestra Amé-

rica ofrece también el ejemplo de sistemas normativos subversivos en países como Colombia, Guatemala y Perú. Boris Yeltsin por su parte, muy lejos de realidades indígenas, ha mostrado en qué consiste un sistema jurídico subversivo que consigue suprimir el anteriormente hegemónico.

Estos aportes de la Sociología Jurídica contemporánea no han sido receptados aún por los teóricos de la corriente dominante. Posiblemente porque si bien su teoría no tiene inconvenientes en aceptar la existencia de sistemas jurídicos alternativos, de todos modos constituye un atentado a las pretensiones de los estados hegemónicos de ser los únicos existentes y por tanto los únicos encargados de dictar derecho “legítimo”. Lo cierto es que, como hemos visto, el fenómeno del pluralismo jurídico puede ser pensado por la TGD contemporánea con sólo leves retoques. Pero lo que sí resulta seriamente dañado por estos retoques es el prestigio y las pretensiones del estado hegemónico y el derecho de sus funcionarios a regir la vida de comunidades que viven en otros sistemas normativos, alternativos, sólo que dominados.

Más aún; llevadas las ideas al límite, si es cierto que estado y derecho son lo mismo, entonces donde hay varios sistemas jurídicos hay varios estados, sólo que algunos hegemónicos por otros más fuertes. Si esto no resulta absurdo, y no lo es a la luz de la TGD dominante, lo que ha estallado es la ideología del estado nacional, del estado burgués o capitalista, con su pretensión de unidad y exclusividad.

IV. LA TGD FRENTE A LA CRÍTICA JURÍDICA

Una teoría sirve para practicar una ciencia. En nuestro caso, obviamente, la ciencia que resulta fundada por la TGD es la ciencia jurídica llamada Dogmática Jurídica, Jurisprudencia o Ciencia Jurídica a secas. Este último nombre tiene la dificultad de que parece sugerir que la única posibilidad de estudiar el discurso del derecho es describiendo las normas válidas; de modo que debe preferirse alguna de las otras dos designaciones.

Las teorías sirven —o fundan— a las ciencias, porque les proporcionan los conceptos que éstas utilizan. Conceptos como “fuerza” en Física, “átomo” en Química, “vida” en Biología, “norma” en Jurisprudencia, “clase social” en Sociología, “aprendizaje” en Psicología, son conceptos que no han sido producidos por esas ciencias, sino por una teoría que es anterior a la ciencia; que sirve para practicar esa ciencia. Y por eso los

conceptos teóricos no son ni verdaderos ni falsos: porque no han sido producidos por la ciencia que procede a verificar enunciados, sino por una actividad protocientífica que no procede a verificación alguna. Los conceptos teóricos son útiles o inútiles, aptos o no aptos para la ciencia; sirven o no sirven; pero no son ni verdaderos ni falsos. Si no sirven, el científico los desecha inmediatamente; y la teoría debe producir otros.

La TGD ha producido conceptos útiles sin duda alguna. Otra cosa es que los juristas los utilicen. Puede decirse que la Dogmática Jurídica actualmente existente en las facultades de derecho de todo el mundo, no utiliza los conceptos teóricos producidos por la Teoría. Esto es, sin duda, una rareza en el campo de la ciencia. Y mucho más lo es el hecho de que esta teoría es tan buena como para que pueda decirse, sin temor a la equivocación, que bien podría ser la envidia de todas las otras ciencias sociales si esos científicos la conocieran. Y he aquí que los juristas, en posibilidad de poseer una buena teoría, prefieren usar los antiguos conceptos que no resisten a la menor crítica teórica. De allí que, en nuestro campo, debemos diferenciar entre Teoría e ideología jurídica. Estamos, en conclusión, ante una excelente teoría y una ideología, en cambio, útil. ¿Cómo una ideología puede ser útil? Como todas las ideologías: es útil para ejercer el poder; un poder que está más interesado en su pervivencia que en la ciencia.

Por su parte, las diferentes manifestaciones de la Crítica Jurídica han tendido siempre a montar guardia en las vías de escape falso de la teoría dominante. Por otra parte, no ha dejado de reconocer las virtudes de una teoría que exhibe esos éxitos irrefutables y que, además, al menos en la pluma de sus más eminentes autores, como Kelsen, pone las bases de las más severas críticas contra el estado y el derecho en general, pero sobre todo contra el estado autoritario moderno.

Los éxitos de la Teoría son obvios: su capacidad para pensar el fenómeno jurídico es grande. Hasta ahora los fenómenos jurídicos más novedosos no han conseguido escapar a su virtud explicatoria, incluido, como vimos, el del pluralismo. Estamos, pues, ante una buena teoría puesto que ha cumplido cabalmente su cometido: producir los conceptos hábiles para pensar el fenómeno que ha dibujado como el objeto de la ciencia que funda.

Pero, dado el poder de la ideología jurídica, desde el punto de vista de la Crítica Jurídica, sí podemos esperar que las conclusiones que hemos visto, sugeridas por la Sociología Jurídica y obtenidas tensionando al máximo los conceptos de la TGD, no sean aceptadas por el estado y por las facultades de derecho. En todo caso, ha de pasar mucho tiempo aún para que esta nueva

manera de ver el estado muestre su escaso poder subversivo y sean por tanto aceptadas. Baste pensar solamente en que ni las ideas de Kelsen sobre la identidad del derecho y el estado son suficientemente asimiladas todavía. Con mucha mayor razón serían rechazadas conclusiones más atrevidas que ponen en tela de juicio al estado hegemónico.

Bien; pero ¿qué tiene esto que ver con el fenómeno de la globalización, que es un fenómeno que parece sólo comprometer a esos estados hegemónicos y no a los sistemas subalternos? En realidad tiene mucho que ver. Se trata de otra manera de ver el derecho que, a mediano plazo, demandará a la TGD aunque no a la ideología jurídica asumir las conclusiones de sus propias premisas: si hay varios derechos hay varios estados. Y la globalización pone en juego las mismas ideas: ¿cuántos sistemas normativos hay allí donde comenzamos a ver algo más que los antiguos tratados entre estados? ¿Cuántos estados hay allí donde alcancemos a descubrir varios sistemas normativos? La globalización ¿obligará o no a reconocer la existencia de sistemas subalternos? ¿Influirá sobre ellos? ¿Contribuirá a su desaparición? ¿O la lucha de los pueblos indígenas, llevada ahora a alturas de Nobel, arrancará al sistema internacional su reconocimiento y, por tanto, influirá en las concepciones jurídicas del derecho internacional, obligando a la TGD a mejorar sus conceptos para incluir a los sistemas subalternos?

Pero hasta ahora hemos repasado sólo algunos de los logros de la TGD respecto del derecho interno de los estados. El TLCAN pone en juego, en cambio, conceptos propios de la ciencia —o la ideología— del derecho internacional. Si nos hemos demorado en el derecho interno es porque, como veremos, la Teoría del Derecho Internacional (TDI) tiene como fundamento las adquisiciones de la TGD respecto del derecho nacional.

V. LA TDI Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Si la TGD puede exhibir una parte que pueda llamarse TDI es, principalmente, y otra vez, porque Kelsen se ocupó de ello. Pocos, muy pocos de los otros autores, se han ocupado de brindarnos conceptos teóricos hábiles para pensar el fenómeno del derecho internacional. Es claro que los internacionalistas tienen sus conceptos puesto que sin ellos no podrán decir nada respecto de su materia. Pero, entiéndase bien, aquí estamos instalados en la TGD contemporánea que pretende producir los conceptos que “deberían” usar los juristas. Y si no los usan, desde el punto de vista en que de intento

nos hemos colocado, entonces su tarea es “ideología” y no “ciencia” jurídica. Claro, la TGD debe tener, además, una explicación de cómo es posible que las ideologías, no sólo pervivan, sino que además sean de gran eficacia. Lo cual no es demasiado difícil: se ha explicado cientos de veces por qué las ideologías lo son.

Veamos la posición de Kelsen en este respecto, teniendo siempre presente que estamos en la búsqueda de conceptos hábiles para pensar el fenómeno de la integración económica vía tratados internacionales como nuestro TLCAN.

A. *El objetivo político de la TDI*

Kelsen pensó y escribió sobre derecho internacional a la luz de las trágicas guerras que le tocó vivir y sufrir personalmente. No es de ninguna manera extraño, por lo tanto, que la Teoría esté presidida por el objetivo político de encontrar caminos para la paz —internacional— duradera:

Que la guerra es en principio un delito y que sólo está permitida como sanción, es una posible interpretación de las relaciones internacionales, pero no la única. Escogemos esta interpretación con la esperanza de haber reconocido el comienzo de un desarrollo del futuro y con la intención de reforzar hasta donde sea posible todos los elementos del Derecho internacional actual que tienden a justificarla y a fomentar la evolución que deseamos.²⁴

Obsérvese que, con toda claridad, sostiene que su teoría no es la única posible y que su único fundamento, frente a las rivales, es que la suya tiene como objetivo, político, reforzar la paz y pensar un futuro presidido por ella. Esta confesión de un científicista como él, es decir, de un teórico que muchas veces confesó también su confianza en la ciencia, es una que pone los límites justos a la pregonada “imparcialidad” de la ciencia.

²⁴ Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, 1986, p. 79. Casi todas las ideas de este libro fueron incorporadas a su *Teoría general del derecho y el estado*, México, UNAM, 1969, traducción de Eduardo García Máynez.

B. *La unidad del estado o derecho universal*

La idea central que la TDI quiere fomentar es la de que los sistemas jurídicos de los estados existentes en el mundo, son solamente una parte de un sistema mayor e incluyente de todos, que es el derecho internacional concebido como un macro sistema jurídico que “autoriza” la existencia de los sistemas parciales. Vale la pena decir en este momento que la TDI no es refractaria al pluralismo de sistemas jurídicos, pero siempre que todos ellos estén reconocidos por el superior. Es decir, la TDI de Kelsen no se da por enterada de la existencia de sistemas jurídicos alternativos en los términos de la Sociología Jurídica contemporánea. En cambio, sujeta todos los sistemas jurídicos nacionales al internacional:

cada orden jurídico nacional, se encuentra orgánicamente conectado con el internacional y, a través de éste, con todos los demás órdenes jurídicos nacionales, de tal manera que todos los órdenes jurídicos nacionales se funden en un solo sistema integral....²⁵ el orden jurídico internacional sólo tiene significación como parte de un orden jurídico universal que comprende a todos los nacionales.²⁶

Este orden jurídico universal determina

los ámbitos territorial, personal y temporal de validez de los nacionales, haciendo así posible la coexistencia de una multitud de Estados. Finalmente, hemos visto que el orden jurídico internacional restringe el ámbito material de validez de los órdenes jurídicos nacionales, al someterlos a cierta regulación de sus propias materias, que de otra manera serían arbitrariamente reguladas por cada estado.²⁷

Adviértase que el derecho internacional es *el que hace posible* la existencia de los estados nacionales según la Teoría. Esto pone de cabeza las convicciones de la ideología jurídica dominante, que ve el derecho internacional como existiendo gracias a la autorización de los estados que componen lo que hoy se ha dado en llamar “comunidad internacional”, nombre

25 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, México, UNAM, 1969, p. 422.

26 *Ibid.*, p. 431.

27 *Ibid.*, p. 432.

que se usa sobre todo cuando es necesario justificar las acciones de la ONU como la guerra contra Irak.

Kelsen denomina a esta, su posición, teoría *monista* del derecho internacional, siendo su contraparte la teoría *pluralista* que supone que ambos cuerpos jurídicos, el nacional y el internacional, son diversos e independientes entre sí, pero *ambos simultáneamente válidos*. Y es esto último lo que Kelsen rechaza con sus acostumbrados buenos argumentos.

Sostiene, por tanto, que la teoría pluralista sólo sería aceptable si se demostrara que “entre ambos sistemas normativos pueden darse conflictos insolubles. Sólo si esta cuestión tiene una respuesta afirmativa, quedará excluida la unidad del derecho estatal y el derecho internacional”.²⁸

Y procede luego a mostrar que no hay tales conflictos. Se supone que los hay, argumenta, cuando una tratado obliga a un estado, por ejemplo a otorgar los mismos derechos a todos sus habitantes, mientras que según las normas internas se discrimina a alguna comunidad específica. Kelsen dice que eso no es una contradicción porque ambas normas pueden describirse en enunciados que no son lógicamente contradictorios.²⁹ También, dice, en el derecho interno puede suceder que una sentencia contravenga la constitución y que no obstante sea una norma válida si hace cosa juzgada, por ejemplo porque no es apelada. Y, si se comprobara tal ilegalidad, eso “no significa un conflicto entre una norma inferior y una norma superior, sino sólo la anulabilidad de la norma inferior, o la punibilidad del órgano responsable”.³⁰

En México sucedió esto hace unos años, cuando un tribunal colegiado, el de Chilpancingo, sobreescribió la causa contra un acusado de violación de una menor, descubriéndose luego que había habido cohecho por parte de dos de los jueces. La norma que era la sentencia quedó firme y sólo pudo actuarse penalmente contra los jueces pero no contra aquel acusado.

Kelsen dice que no hay dificultad lógica “en que mediante un acto, calificado como delito, puedan producirse normas jurídicas válidas. La promulgación de la norma puede llevar a sanciones, pero la norma así establecida mantiene validez”.³¹

28 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, p. 331.

29 Cabe decir que este argumento de Kelsen podría tener que ser revisado, tanto a la luz de la Lógica Jurídica contemporánea, como a la luz de lo que él mismo escribió sobre estas cuestiones después de su *Teoría pura* de 1960. En este lugar debemos prescindir de ello.

30 *Ibid.*, p. 332.

31 *Ibid.*, p. 333.

Esto mismo, dice, es lo que sucede en las relaciones entre derecho internacional y nacional:

La norma dictada en el orden jurídico particular de un estado, en “violación” del derecho internacional, permanece válida; y ello inclusive desde el punto de vista del derecho internacional. Puesto que éste no prevé procedimiento alguno mediante el cual se pueda anular la norma “contraria al derecho internacional”.³²

Kelsen pretende con estos argumentos probar que no existe dificultad en pensar normas contradictorias como simultáneamente válidas, y por ende que tal contradicción no impide considerar al derecho nacional integrado al derecho internacional de modo que formen un solo sistema normativo. Se nota en todo esto un esfuerzo por mostrar, y demostrar, que el sistema nacional está subordinado al internacional, cosa que a él le parece, cuando menos en la década de los cuarenta, pero también en este libro de 1960, un importante paso hacia la paz duradera. Pero tampoco podemos dejar de ver aquí cierta artificiosidad, que campea en toda su teoría del derecho internacional. Artificiosidad, sin embargo, que no ofrece, por otra parte, fisuras evidentes, salvo tal vez las desconfianzas propias de su recurso a una Lógica que después confesaría que no conocía bien.

Descartado que ambos derechos sean independientes y válidos al mismo tiempo, y que por tanto hay un solo sistema jurídico mundial, se dedica a demostrar que para pensar a ambos se requiere una actitud monista pero que puede tener dos variantes: o bien el internacional,

tiene que ser concebido como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste, o como un orden jurídico supraordinado a los órdenes estatales, que son su delegación, como un orden jurídico total que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales.³³

Como es obvio, lo primero significa dar primacía al orden jurídico particular de los estados nacionales, y lo segundo otorgársela al orden internacional. Lo interesante es que, como otras veces, Kelsen muestra que ambas posiciones tienen fuertes argumentos a su favor, pero que la decisión por una u otra posición es una opción *política* y no científica. No podemos repetir aquí el desarrollo de su pensamiento, pero remitimos —y recomen-

³² *Ibidem*.

³³ *Ibid.*, p. 335.

damos— al lector al texto kelseniano, que termina diciendo que la posición según la cual la primacía la tiene el orden nacional es el argumento propio del imperialismo, mientras que la posición contraria ofrece sustento a la ideología pacifista, con la cual, desde luego, Kelsen se identifica. Esto significa, por cierto, pronunciarse en contra de la soberanía del estado nacional.

C. *Conceptos básicos de la TDI*

La TDI que acabamos de reseñar tiene apoyos en argumentos sólidos, algunos de los cuales son los siguientes.

a) Derecho internacional es “derecho”

Lo primero que hay que preguntarse es si el internacional es “derecho” en el mismo sentido en que lo es el nacional. La conclusión, aparentemente aceptada universalmente, es que sólo es: se trata de un discurso prescriptivo reconocido y que amenaza con el ejercicio de la violencia en la forma de la guerra o la represalia. Esto sin duda responde al espectáculo que ofrece actualmente la ONU juzgando y reprimiendo lo mismo a Irak que a Haití, aunque con grados diversos de violencia. Como se ve, el concepto de “derecho” de la Teoría es aplicable a este fenómeno. Este punto no ofrece problemas para ser entendido.

b) El derecho internacional, derecho primitivo

Frente al hecho incontrovertible de que la guerra, entendida como sanción coactiva, no está a cargo de la comunidad internacional sino de alguno de los estados, pero también frente al hecho de que los gobiernos poderosos —agreguemos nosotros— obedecen a los tribunales internacionales sólo si les da la gana, como en el caso de Estados Unidos que fue condenado a indemnizar a la Nicaragua sandinista por haberle ilegítimamente minado sus puertos, la Teoría sale del paso con un artificio que tiene los ribetes de lo genial: es que, dice, el internacional es un derecho *primitivo*.³⁴ Este artificio es tan genial como el de Aristóteles cuando tuvo que

³⁴ Kelsen, Hans, *TGDE*, citado, p. 404.

explicar porque vuela una piedra arrojada con la mano. Según su sistema de la Física, un objeto se mueve gracias al impulso de otro y sólo mientras tal impulso se mantiene. Pues bien ¿por qué vuela la piedra luego de que ha salido de la mano si la fuerza ya no se ejerce sobre ella? El genio aristotélico se muestra precisamente en no dejarse arredrar por la dificultad: la piedra continúa volando impulsada por el aire impulsado por la mano. Sin esta respuesta hubiera caído toda la teoría de su sistema físico, cosa que un genio no puede permitir.

El genio kelseniano, como el aristotélico, se percibe aquí sosteniendo artificiosamente que el internacional es un derecho primitivo. Para ello debe argumentar que la guerra puede ser vista como una sanción, y para ello es necesario aceptar que hay guerras “justas” y guerras que no lo son. Las “justas” son, sin duda, las que constituyen la sanción del derecho internacional. Nada más que, como en el caso del derecho primitivo, la sanción no es ejercida por un cuerpo central de funcionarios, aunque ellos la decidan, sino por los mismos agraviados. Claro que para ello es necesario aceptar la teoría de la guerra justa y rechazar la contraria, la que sostiene que no hay tal. Y tales razones no son científicas sino políticas: de donde resulta, otra vez, que la Teoría tiene fundamentos políticos y no de otra clase.

No es un juicio científico, sino una decisión política, la que le da la preferencia a la teoría de la guerra justa (*bellum justum*). Esta preferencia se justifica por el hecho de que tan sólo esta interpretación concibe el orden internacional como Derecho, aunque se trate de un Derecho primitivo, es decir, aunque se trate únicamente del primer paso en una evolución que, dentro de la comunidad nacional, esto es, el estado, ha conducido a un sistema de normas que en general son aceptadas como derecho.³⁵

La idea es que el internacional es un derecho que evolucionará como el estatal, hacia la centralización de una autoridad única que asegurará la paz definitiva. Paradójico es que una Teoría que desea construir la paz deba justificar algunas guerras y descalificar otras. Lamentable que, por otra parte, la Teoría no diga nada acerca de quiénes son los sujetos internacionales que toman las decisiones y califican las guerras. Los últimos años nos han mostrado quiénes son los que deciden y cuáles son las guerras que ellos califican de justas.

35 Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, 1986, p. 78.

De todos modos, el argumento de que el internacional es un derecho primitivo si bien tiene la característica de la artificiosidad, es impecable. Un derecho es primitivo porque es *descentralizado* dejando a los miembros de la comunidad el ejercicio de la violencia que sanciona el acto ilícito. Por otra parte, el hecho de que las sanciones de la Corte de La Haya contra Estados Unidos no pudieran hacerse efectivas porque Nicaragua no tenía la fuerza suficiente para imponerlas, no significa otra cosa que la ineffectividad eventual de normas, lo cual no hace que el sistema jurídico sea inexistente.

Por otra parte, la visión, o tal vez mejor, la cosmovisión histórica que acompaña a este postulado de la Teoría, consiste en avizorar un futuro en el que el orden jurídico internacional se convierta en un super estado que asegure la paz para siempre. Algo de escatológico no puede ocultarse aquí.

c) La desaparición de la soberanía

El TLCAN le pone a la ideología jurídica dominante frente al problema de la soberanía.³⁶ Algunos juristas se escandalizan por ciertos mecanismos de arbitraje que postula el tratado, porque saca la jurisdicción de manos de los jueces “naturales” para ponerla en las de “paneles” que, incluso, pueden estar constituidos por expertos no juristas. Por otra parte, el tratado no es para nada claro sobre cuáles son las normas cuya aplicación queda en manos de estos panelistas. Esto, para la ideología jurídica dominante entre los abogados, pero también para la particular sensibilidad nacionalista de muchos de ellos, constituye un escándalo: está, se dice, en juego la soberanía en sentido jurídico, ya no solamente en sentido sociológico.

Algo de cierto hay en esto: efectivamente este tratado, como casi todos por lo demás, pone en juego la soberanía, tanto sociológica como jurídica. Y, a primera vista, esto deja fuera de juego a la teoría jurídica.

Pero no es así; lo que queda fuera de juego es la ideología jurídica dominante; porque la TGD había ya dejado dicho que, en realidad, *soberanía* es un concepto obsoleto en el mundo contemporáneo: en efecto, el derecho internacional, en la visión kelseniana al menos, supone la inexistencia de la soberanía entendida como supremacía del orden jurídico nacional. Y, como vimos, mantener esta última, significa adherir a la ideología

³⁶ Véase Capella, Juan-Ramón, “Una visita al concepto de soberanía”, en *Crítica Jurídica*, México, UNAM, 1993, núm. 13 (en prensa).

del imperialismo. En la TDI del siglo XX, la soberanía no tiene cabida junto a la concepción de un orden jurídico universal, garantía de la paz duradera.³⁷

Esto según la TDI. Pero ¿debemos aceptarlo? Como bien dice Kelsen, se trata de un problema político, ideológico, no científico. Todo depende de la cosmovisión que aceptemos; depende de si concebido el orden nacional o el internacional como el superior. Volveremos sobre esto. Que quede claro hasta aquí que la TGD no tiene dificultad alguna en pensar un tratado como el TLCAN, aún cuando pueda decirse de él que pone en juego la soberanía nacional en sentido jurídico. *Soberanía* no es un concepto necesario para la TGD contemporánea.

d) La ideología contractualista

Esta TDI cuyo fundamentos estamos repasando, se encuentra pertrechada, además, de una ideología típicamente moderna, que es la contractualista. Según esta ideología, existe la voluntad, extendida a veces a los estados y no solamente a los individuos humanos, que es capaz de “querer” cualquier cosa, y que el derecho respeta —o debe respetar—. Lo querido por voluntades coincidentes, como se sabe, constituye el objeto o materia de los contratos. Y, conforme con esta ideología, se puede contratar cualquier obligación que no constituya un acto ilícito.

En virtud de esta creencia, no hay ningún inconveniente en pensar, con el artificio de la “delegación”, cualquier forma de cesión de competencia. El razonamiento es el siguiente: si un país firma un convenio con otro estado, en virtud del cual ambos aceptan que para ciertos casos se aplicará una legislación que no ha sido producida por ninguno de ambos, sino, por caso, por un tratado entre otros estados al que ahora éstos se adhieren, lo que sucede es que ambos, “en uso de su soberanía” han aceptado, “voluntariamente” ceder su competencia a jueces o árbitros que aplicarán esa tercer legalidad que no es la de ninguno de ellos. Han “delegado”, siempre “en uso de su soberanía”, “voluntariamente”, en ciertos funcionarios internacionales, la capacidad de producir normas que deberían aplicarse en sus territorios y posiblemente a sus súbditos. Incluso la abrogación de todas sus leyes por parte de los órganos de un estado, y la aceptación de las leyes de otro, lo que, por supuesto, constituiría la desaparición de ese estado, puede ser vista como “voluntaria” acción “en uso de su soberanía”. Casos que se

37 Véase Kelsen, Hans. *TGDE*, citado, pp. 456 y ss.

han dado en efecto, cuando estados aceptan incorporarse a una federación de otros estados.

Si de esta manera vemos las propuestas de resolución de conflictos del TLCAN, la TGD no tiene ningún inconveniente en pensar esos fenómenos con el aparato conceptual puesto a punto por los teóricos contemporáneos. Ninguna de las propuestas de esta clase de tratados afecta a la Teoría ni le obliga a retoques importantes de sus conceptos. Estamos, vale la pena repetirlo, ante una buena teoría, mejor que muchas de las demás ciencias sociales.

e) La centralización

El más importante recurso teórico de la TGD para pensar el derecho internacional como derecho en primer lugar, como derecho primitivo en segundo lugar, y como orden universal en tercero, es el concepto de *centralización* del que vale la pena decir algo, con la intención de que este trabajo permita al lector tener un panorama más o menos completo de la forma como los procesos de integración pueden ser vistos a la luz de la TGD.

Un orden jurídico está centralizado *estáticamente* cuando sus normas valen en todo el territorio del estado. Y está centralizado *dinámicamente* cuando la aplicación de las normas que lo componen está confiada a un cuerpo de funcionarios cuyo trabajo consiste específica y únicamente en eso: aplicarlas.³⁸

Resulta claro que en un país federal como México, estáticamente existe *descentralización* puesto que las normas del sistema no rigen en todo el territorio salvo las federales. Pero también está claro que un estado moderno, como México, está centralizado dinámicamente puesto que el propio orden señala a los individuos cuya tarea específica es la aplicación de las normas que lo componen.

Trasladados estos conceptos al orden jurídico internacional, resulta que se trata de uno medianamente centralizado estáticamente, puesto que existen normas que valen en todo el mundo, principalmente la norma central del orden que es la conocida como *pacta sunt servanda*, mientras que otras, los tratados, valen en y para los estados contratantes. Y desde el punto de vista dinámico se trata de un orden casi absolutamente descentralizado porque no tiene funcionarios especializados sino que la aplicación está a

38 Véase Kelsen, Hans. *TGDE*, citado, pp. 360 y ss.

cargo de los propios miembros de la comunidad. Obviamente que los funcionarios de la ONU pueden ser vistos como órganos centrales y por tanto el internacional puede aparecer como uno con rasgos de centralización incipiente.

Esta descentralización es lo que le permite a la TDI, como dijimos, ver al orden internacional como un derecho primitivo porque, como en aquellas comunidades, si bien existen normas válidas para todos, su aplicación, en especial las sanciones, quedan confiadas a los miembros de la comunidad. Así también el derecho internacional confía a sus miembros, los estados nacionales, la aplicación de las sanciones. Esto lo hemos visto últimamente en las acciones de la ONU: el Consejo de Seguridad y la Asamblea han determinado que Irak comete delitos y su sanción queda a cargo del ejército de uno de los miembros que actúa en nombre de todos, como en el caso del derecho propio de la horda.

D. Balance crítico de la TDI

Desde luego no estamos obligados a aceptar ninguna teoría a menos que sea “buena”; esto es, a menos que ofrezca conceptos hábiles para pensar la realidad que nos proponemos conocer. ¿Es “buena” esta teoría?

No puede dejar de sentirse aquí el sabor de la artificiosidad. En primer lugar porque Kelsen, en sus escritos de los años cuarenta, debemos suponer que ante el espectáculo de una guerra de la que era una de sus víctimas, sostiene claramente la idea de que el derecho tiene como efecto la paz precisamente porque, al prohibirla, otorga el monopolio de la violencia a un grupo central de funcionarios. Al parecer veía en el sistema jurídico mundial la posibilidad de, otorgando su monopolio a un ejército especial, prohibir la guerra para siempre.

Pero esto significa tanto como decir que el derecho tiene como efecto la paz, lo cual no coincide con nuestra experiencia cotidiana, en la que el efecto del derecho es otorgar legitimidad al poder de hecho de un grupo o clase social. La experiencia cotidiana también nos muestra que el derecho internacional, la ONU incluida, sirve para legitimar la fuerza que protege los intereses de los miembros poderosos de la comunidad. Habría que estar ciegos para no advertir el aprovechamiento de esa legalidad por parte de los estados capitalistas centrales, para legitimar su poder sobre los países débiles y proteger sus intereses económicos. Habría que no entender nada

para no advertir que el papel de la ONU en Irak es la protección de los intereses petroleros de los estados capitalistas más desarrollados, con Estados Unidos a la cabeza. Es decir, la experiencia contemporánea no nos dice que el derecho internacional evita la guerra; sino más bien que legitima algunas guerras que los ciudadanos de estados débiles no podemos ver como “justas”.

Pero también es cierto que la idea del orden jurídico universal tiene algo de atractivo y verdadero, a pesar de su artificiosidad. En primer lugar es atractivo pensar que en algún futuro los tribunales internacionales, a favor de una cultura que los estados poderosos están lejos de ostentar, puedan servir como instrumentos hábiles para dirimir conflictos pacíficamente. Y en segundo lugar, tiene algo de verdadero el que el internacional es un derecho superior al nacional. En primer lugar es superior en la medida en que la fuerza de los estados poderosos impone sanciones a los estados débiles. En segundo lugar, la ineffectividad eventual de sus normas ciertamente no hace que no sea derecho superior: todo sistema jurídico puede soportar una más o menos amplia ineffectividad de sus normas sin perder por ello su eficacia general y por tanto su validez. De modo que el hecho de que algún estado desconozca al orden superior no hace que éste no exista. Que algunos estados cumplan sus normas sólo parcialmente, tampoco. Que algunos estados no concurren a producir las normas o no están de acuerdo con ellas, tampoco: también en el orden nacional sucede que no todos los ciudadanos concurren a producir las normas, y frecuentemente ni siquiera la mayoría; y mucho menos deja de existir el derecho nacional porque algunos ciudadanos no están de acuerdo con las normas dictadas por los órganos autorizados.

También es cierto que es la comunidad internacional la que reconoce la existencia de los estados miembros y sus respectivos gobiernos. Cualquier cosa sea lo que diga el orden nacional, lo cierto es que es el internacional el que adjudica existencia al nacional. Véase el caso de Rusia: Yeltsin produjo un golpe de estado haciéndose con todo el poder, ilegítimamente según el derecho ruso; y a pesar de reconocer que se trató de un golpe de estado, el sector dominante de la comunidad internacional reconoció como legítimo al nuevo estado —porque conforme con la Teoría, un nuevo derecho constituye un nuevo estado si estado y derecho coinciden.

El balance es difícil de hacer. Por una parte, los argumentos de la Teoría son sólidos. Por otra, el resultado es una construcción artificiosa, no convincente. Por un lado la Teoría ofrece conceptos útiles para pensar el

mundo contemporáneo, y los tratados internacionales como el TLCAN, que era nuestra pregunta inicial. Por otro lado queda la sensación de que igual podría construirse otra teoría rival: si de artificios explicativos se tratare, no habría que descartar la posibilidad de construir otro. Y eso es lo que nos deja el sabor de la inseguridad, de la inquietud, de lo no terminado; de lo provisorio que atenta contra nuestros deseos de pisar suelo firme.

VI. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN FRENTE A LA TGD Y LA CRÍTICA JURÍDICA

La idea de que todos los estados no son más que partes de un estado total, es dura de aceptar. Y, para nosotros, es, además, inconveniente. En un mundo donde los “adelantados”, “desarrollados”, “centrales”, se supone que más cultos, se comportan piratescamente, no aparece la conveniencia de entregarse a la idea de la bondad del estado universal. Algo así como eso merece la misma actitud que el estado nacional: la desconfianza. La Crítica Jurídica ha tomado posición respecto del derecho como legitimador del poder. También como instrumento de eventuales avances en el sentido emancipatorio de la sociedad. Se defiende lo último y se critica lo primero. Y frente al orden jurídico universal y los procesos de integración económica la actitud debe ser la misma: la crítica de los efectos de un orden universal que, por ahora al menos, es el instrumento de legitimación del poder de facto de los países centrales; y la defensa de algún sector de esa legalidad, que por ahora es altamente inefectiva, que promueve formas de vida democrática y emancipada, normas que, precisamente, son violadas por los países poderosos.

La posición mutua que mantienen la TGD y la Crítica Jurídica en términos de explicación del derecho nacional, se repite en términos del internacional y, en especial, en términos de tratados que, como el TLCAN, tienden a dibujar un mundo sin fronteras, o al menos sin soberanías nacionales, donde el capitalismo sea el modo definitivo de producción y cambio.

Respecto del derecho nacional, la TGD ha producido los conceptos necesarios para pensar y estudiar todos los fenómenos jurídicos conocidos hasta ahora, incluido, como vimos, el pluralismo. La Crítica Jurídica, por su parte, ha llamado la atención sobre los límites que esta teoría se ha autoimpuesto, al menos en las plumas de sus más importantes repre-

sentantes que renuncian a entender el significado social del fenómeno para cuyo estudio proporcionan tales conceptos. No repetiremos aquí esta discusión.

Respecto del derecho internacional la cuestión es parecida. La Teoría proporciona conceptos que, aunque dibujan una construcción artificiosa, alcanzan para describir las relaciones contemporáneas entre estados, incluidos los procesos de integración. La Crítica Jurídica debe —porque lo ha hecho menos que en el caso del derecho nacional— mostrar los límites de una construcción teórica que parece querer renunciar al estudio de la significación que el orden mundial tiene para nuestros países.