

# VALIDEZ JURIDICA DE LA CONSTITUCION

**Por: Javier Tamayo Jaramillo, estudiante de cuarto año.**

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pedro le vende a Juan una casa, y, el jurista se pregunta el porqué es válida esa venta; entonces se encontrará con una norma de carácter superior que le dará respuesta satisfactoria a su inquietud. En la legislación Colombiana sería el artículo 1602 del Código Civil que dice: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes. . .". Pero no contento con esta respuesta, el jurista se pregunta por la validez jurídica de este artículo. Investigando entonces, hallará respuesta a su inquietud en una norma de carácter superior, que, en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 30 de la Constitución Nacional que dice: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título. . .". Pero, insatisfecho con esta respuesta el jurista se pregunta por la fundamentación jurídica de dicha norma; y he aquí el cuello del problema; porque ya no vamos a encontrar una norma escrita que le dé validez al artículo 30 de la Constitución Nacional. ¿Qué solución darle a este problema que se nos plantea y cuya respuesta será la que se le dé a la pregunta por la validez del total del ordenamiento jurídico?

## PIRAMIDE JURIDICA

Al través de la historia de la filosofía del Derecho se ha tratado de dar solución a este problema; y es así como se le ha dado unas veces una fundamentación teológica; otras veces se le ha fundamentado en normas de derecho Suprapositivo; también se le ha querido apoyar en relaciones sociales; y, finalmente, se le ha querido también dar una validez puramente lógica. De esta última teoría es de la que

deseo ocuparme en este ensayo, por ser de las más depuradas y agudas, pero no sé hasta qué punto verdadera.

El origen de esta teoría radica en la escuela de Viena, cuyo director, Hans Kelsen, la tomó de su discípulo Merkel, incorporándola así a su pensamiento jurídico. De una manera sucinta podemos sistematizar el punto de vista diciendo que, según esta escuela, las normas individuales, incluyendo sentencias judiciales, resoluciones, contratos, etc. son verdadera creación de derecho; pero como son tan numerosas, nos irán a conformar la base de una pirámide cuya continuación estará dada por unas normas de carácter superior, las cuales por su generalidad irán a ser más pocas; las que a su vez se fundamentarán en otras todavía superiores y más generales; hasta terminar en la ley de leyes, o sea, la Constitución Nacional. Esta Constitución es denominada Constitución en sentido jurídico positivo. Según esta escuela, como no hay una norma escrita que le dé validez a ésta, entonces esta teoría soluciona el problema diciendo que la validez estriba en una norma hipotética o supuesta, ya no jurídica, la cual es denominada Constitución en sentido lógico jurídico.

## INFLUENCIA KANTIANA

Kelsen, en su metodología jurídica parte de la filosofía de MANUEL KANT. Para Kant la filosofía tradicional no había resuelto el problema del conocimiento, pues los juicios analíticos no ofrecían nada nuevo al conocimiento ya que el concepto sujeto llevaba implícito el concepto predicado, luego, era una tautología. Estos juicios son universales y a priori. Y los juicios sintéticos sí daban un conocimiento nuevo, pero no universal. Entonces Kant, tomó la universalidad de los juicios analíticos y el conocimiento nuevo que ofrecían los juicios sintéticos; y se propuso construir una teoría sobre lo que él denominó juicios sintéticos a priori, los cuales iban a servirle al científico para poder elaborar leyes universales del saber. Dichos juicios empiezan su fundamentación en las categorías de espacio y tiempo las cuales son a priori. Posteriormente, acude a otras categorías como substancia, causalidad, acción recíproca, etc. Lo cual lo lleva a elaborar la médula de su filosofía o sea EL YO TRASCENDENTAL que es una hipótesis integrada por dichas categorías y totalmente despsicologizado; a partir del cual sólo es posible organizar determinada rama del conoci-

miento. Cabe advertir que Kant quiso explicar en esta forma la física de Newton.

Kelsen, fiel a esta concepción filosófica depura el Derecho de una serie de elementos que le son colindantes, pero que en realidad no son jurídicos. Lo cierto del caso es que el maestro Vienés revolucionó en tal forma el Derecho, que en la actualidad, quien quiera hacer teoría jurídica tiene que partir de Kelsen sea para apoyarlo, sea para refutarlo. Ya lo decía ORTEGA Y GASSET: "Los clásicos lo fueron no por las soluciones que dieron, sino por los problemas que plantearon".

### FORMALISMO DE KELSEN

Kelsen, trata de hallar la esencia del Derecho buscando lo que de universal tienen las normas jurídicas habidas y por haber; y nos dice que lo único que permanece universal e inmutable son sus formas, ya que sus contenidos son contingentes y mutables; y que, por lo tanto, no es posible un conocimiento científico sobre dichos contenidos. Dicha forma lógica está compuesta por una hipótesis que, de ser realizada, va necesariamente seguida de una consecuencia (sanción). Dicha hipótesis va ligada a la consecuencia por la cópula Debe ser, que Kelsen incorpora como categoría de lo normativo. La forma lógica pues se formula así: Si A es, debe ser B.

Como ya vimos que el mismo Kelsen organiza la validez de las normas en una pirámide jurídica hasta llegar a un último punto de validez; y que reduce el Derecho a puras formas vacías podemos ver que para lograr esa pureza metódica, la cual no se puede salir del deber ser si quiere conservarse, Kelsen asimila la Constitución en sentido lógico jurídico, al yo trascendental Kantiano; pero aplicado a la ciencia del Derecho. Claro que Kelsen, como positivista neokantiano, parte de los siguientes supuestos para aseverar tales afirmaciones:

A) — La tajante diferencia entre ser y debe ser, lo cual no permite que un objeto pueda ser estudiado a la vez por ambas categorías.

B) — El supuesto de que la ciencia está estrictamente limitada al campo de la comprobación empírica, o de la demostración discursiva.

C) — El supuesto de que la filosofía está necesariamente reducida a mera teoría de la ciencia.

Sobre estos dos últimos aspectos LUIS RECASENS SICHES trae una importante crítica que aclara bastante la visión gnoseológica de la escuela neopositivista, la cual trae grandes semejanzas con el pensamiento Kelsiano.

Kelsen, aplica pues, el concepto lógico del YO trascendental de una validez puramente lógica, la cual lo lleva inclusive, a considerar las normas jurídicas como imperativos de carácter meramente lógico. Es pues, esta hipótesis, el punto de partida a través del cual puede el jurista conocer metódicamente su objeto de una manera sistematizada.

De lo expuesto, se puede advertir que Kelsen ignora en su pureza metódica principios sociológicos o axiológicos que pueden servir a los ordenamientos jurídicos, pues reconocer validez a los hechos sociales equivaldría — de acuerdo a la pureza metódica — a confundir SER y DEBE SER; y darle fundamentación axiológica equivaldría a confundir lo científico con lo indemostrable — según Kelsen —.

Para el autor de la teoría pura del Derecho, el Derecho es pues, un concepto puramente lógico que tiene su método propio e independiente de lo demás que se le parezca. Entraremos pues, a enjuiciar esta teoría, y trataremos de ver hasta qué punto es aceptable el punto de vista citado.

## CIENCIAS CAUSALES Y CIENCIAS NORMATIVAS

Las ciencias causales tienen por objeto la descripción de los fenómenos que ocurren en la naturaleza. Así, si yo digo: "El calor dilata los cuerpos" estoy describiendo la acción del calor sobre los cuerpos; pero debe tenerse en cuenta que esta descripción no es el fenómeno, sino la expresión del mismo.

Por su parte, la ley normativa tiene por objeto la DESCRIPCIÓN de las PRESCRIPCIONES; y no como piensan muchos autores cuando dicen que las leyes causales describen y que las leyes normativas prescriben. No, es muy distinta la prescripción que la descripción de la misma. Luégo caen en una teoría revaluada hace mucho, quienes piensan que la ciencia jurídica prescribe. Lo que prescribe es el ser del Derecho, pero no su forma de explicarlo. Acordes con las ideas expuestas podemos irnos adentrando en el análisis de lo que para Kelsen sea el Derecho; y ver hasta qué punto es válida su apreciación.

## CAUSALIDAD E IMPUTABILIDAD

Según Kelsen, los juicios que describen las leyes causales enlazan el predicado y el sujeto por medio de la cópula ES mientras que las leyes normativas se enlazan por la cópula DEBE SER asignándoles a estas últimas la denominación de imputabilidad.

Pero si examinamos los dos tipos de leyes nos encontramos con lo siguiente: En el juicio "El calor dilata los cuerpos" nos encontramos con el sujeto Calor; con la cópula Dilata; y con el predicado los cuerpos. Como vemos su cópula es, sin discusión, DILATA (ES). Pero en las normas jurídicas, anterior en importancia, a la cópula DEBE SER existe, en mi concepto, uno de mayor importancia que no pertenece a la categoría del Deber ser, sino a la categoría del SER y es esta categoría la que nos indica perfectamente la estructura de la norma jurídica. Cuando yo digo: "Si matas, debes ser castigado". Se presenta como dice Kelsen un sujeto (si matas) y una cópula (debes ser) castigado (consecuencia). Pero en mi concepto ésta no es la parte esencial en la estructura lógica de la norma. La parte esencial en la norma está, aunque no aparezca escrita en dicha norma, en la necesidad que existe entre la hipótesis y la consecuencia y que podríamos ilustrar de la siguiente manera: "Si matas, NECESARIAMENTE, ES, TIENE QUE SER, debes ser castigado; y en esta forma construiremos un juicio que nos diga que si alguien mata (sujeto) necesariamente (cópula) debe ser castigado. En esta forma no desaparece la importancia de la cópula debe ser pero adquiere su verdadero sentido lógico el enlace entre la condición y la consecuencia. Concluyendo, la estructura lógica de la norma en el ejemplo traído sería: "Si matas ES, debe ser castigado".

## LAS NORMAS COMO JUICIOS O COMO IMPERATIVOS

Cuando Kelsen concibió la idea de la pirámide jurídica ideó igualmente una teoría según la cual la norma jurídica no era un imperativo, sino un juicio hipotético; y como consecuencia de esto, el Derecho no prescribía, sino que simplemente describía. Esto último lo deducimos de elementales principios de lógica, pues los juicios no ordenan, sino que describen. Semejante punto de vista ha sido sostenido por CARLOS COSSIO, pero con la diferencia que para este autor la norma, en lugar de ser un juicio de carácter hipotético, lo es de carácter disyuntivo.

Este punto de vista lleva a estos dos autores a las siguientes consecuencias: Si Kelsen se sostiene en la posición de que la norma jurídica es un juicio, equivaldría a equiparar la ciencia del Derecho con el Derecho mismo, ya vimos que no es ello mismo el objeto, que la ciencia que lo explica o describe; por lo tanto Kelsen tuvo que retractarse y decir que la norma era un imperativo y que la descripción de la misma, o sea, lo que él denomina "reglas" de Derecho eran juicios hipotéticos.

En cuanto hace relación a la teoría de Cossio, este autor hace una tajante diferencia entre normas jurídicas y el Derecho. Para éste autor la norma es el concepto del Derecho, mientras que la VIDA HUMANA es el verdadero ser del Derecho. A primera vista pareciera estar salvado de nuestra objeción el tratadista Argentino, pero la distinción que hace Kelsen entre normas de Derecho y reglas de Derecho nos llevan a poder reevaluar este punto de vista.

Estudiaremos en forma superficial la interpretación de los objetos culturales y por consiguiente, la interpretación de la norma de Derecho y de las reglas de Derecho.

## REGLAS DE DERECHO Y NORMAS DE DERECHO

Creo de importancia hacer una diferencia lo más clara posible entre regla de Derecho y norma de Derecho. Cuando Kelsen inició la concepción de sus teorías jurídicas, sostuvo la norma jurídica, nó como un imperativo, sino como un juicio hipotético; pero luego modificó su pensamiento y volvió a considerar la norma jurídica como un imperativo; y la descripción de la misma la siguió considerando como un juicio hipotético. Por ejemplo: Cuando el artículo 362 del Código Penal señala la pena a imponer a quien mate a otro; el sentido, el significado, no es más que un imperativo que ordena no matar; pero el profesor que está en su cátedra DESCRIBIENDO el artículo 362 no lo está prohibiendo a sus alumnos que maten, simplemente, les está explicando qué dice el imperativo. Luego el imperativo en sí, que lleva un sentido específico, lo denominaremos NORMAS de Derecho y a los segundos que nos describen dicho objeto los denominaremos, con Kelsen, REGLAS de Derecho. Hecha esta aclaración penetramos sí en lo que de cultura tienen las normas jurídicas o el Derecho en general y vemos luego el alcance de la posición de Cossio.

## CARACTERÍSTICAS DE LOS OBJETOS

El autor de la teoría Ecológica, siguiendo a HUSSERL, nos hace un análisis ontológico que nos parece aceptable en lo que hace referencia a su nomenclatura, mas, no nos parece exacto, en cuanto a las características que asigna a algunas esferas ónticas a que se refiere.

Divide Cossio el mundo de los objetos en ideales, naturales, culturales y metafísicos. Los dos primeros no requieren ninguna explicación para nuestro estudio. Es importante sí, referirnos a los culturales ya que en nuestro concepto, las características y sus especiales dimensiones Onticas no han sido lo suficientemente claras; y en lo que hace referencia especialmente al Derecho, el profesor Cossio tiene a nuestro entender, algunos puntos poco claros cuando trata de ubicar dicho objeto dentro de la dimensión ontológica de lo cultural.

Digamos primero que todo, que dentro de las características de los objetos culturales está como una de las principales su ser valiosas positiva o negativamente, o sea, que, empieza por hacer referencia a valorse;; pero partiendo desde Hussler, hay que decir que ninguno de sus seguidores ubica la dimensión óntica de lo axiológico; y en ésto, es de reconocer que la clasificación de los objetos de MELNONG nos ofrece una posición más clara de los valores, pues des dá una especial categoría dentro de la Ontología; aunque no dá luz suficiente sobre las características de dichos objetos. Solamente el profesor alemán LOTZE nos dice que los valores no son entes sino valentes; y es esta la posición que parece adoptar Cossio al poner lo axio'ológico como característica o cualidad de otros objetos sí definidos cuales son los objetos culturales. Creemos dicha posición errónea, pues estar de acuerdo con Lotze significa negarle a los valores su dimensión, pues si bien es cierto que los valores sólo se dan en actos humanos, no quiere ello decir que sean simples adherencias de otros objetos, sino que es menester reconocer que tienen su especial categoría óntica.

Creemos pues, que es aceptable admitir lo valioso como característica de lo cultural, pero reconociendo al mismo tiempo, que los valores, a pesar de ser características de otros objetos, guardan una especial dimensión óntica no clarificada aún por la filosofía.

## OTRAS CARACTERISTICAS

Avanzando sobre las características de lo cultural, sostiene Cossio que dichos objetos son reales, puesto que según el autor estos objetos poseen siempre un substrato material. Aquí está a nuestro entender otro error en la concepción egológica del Derecho, pues no siempre los objetos culturales requieren un substrato material. Piénsese, por ejemplo, en las concepciones filosóficas de Sócrates, las cuales no escribió, ni dejó objetivadas más que en la mente de su discípulo Platón. Pero, podría pensarse que la mente de Platón era la que servía de substrato material a dichas ideas, pero a ello podremos responder diciendo que en el momento en que Platón estuviese dormido o estuviese pensando en otra cosa, era imposible que esas ideas tuviesen un substrato material. Sin embargo, nadie podría negar que durante el lapso que esas ideas no estuviesen objetivadas dejaron por ello de ser objetos culturales a pesar de no tener substrato de índole material. Es necesario advertir eso sí que la mayoría de los objetos culturales requieren para su posible existencia de un substrato material, pero con la crítica advertida anteriormente, podremos decir que la posibilidad de que haya objetos culturales sin substrato material les quita a éstos la característica de reales pues podemos ir delimitando el objeto cultural propiamente dicho del substrato que lo contiene, el cual sí es un objeto real con características ónticas y ontológicas propias.

## DIVISION EN MUNDANALES Y EGOLOGICOS

Ahora, en consideración a que Cossio divide los objetos culturales en mundanales y egológicas, creemos necesario advertir algunos errores que existen a nuestro entender, cuando dichas consideraciones se aplican al Derecho, y por qué no decirlo al campo de la cultura general. La división en sí es clara y aceptable, pero cuando llega a clarificar la dimensión cultural de lo egológico, o VIDA HUMANA VIVIENTE no aparece clara la distinción entre objeto cultural, propiamente dicho, y substrato material que lo soporta. Expresaremos nuestra crítica con base en la descripción que hicimos entre el substrato material y el objeto cultural propiamente dicho.

Dice Cossio que el Derecho es VIDA HUMANA VIVIENTE en relación intersubjetiva. Pero en el profesor Argentino no aparece dilucidado el problema, pues unas veces nos habla de la vida humana



como objeto cultural, y otras veces como substrato del mismo. Así, en su teoría expuesta en la revista "PANORAMA DE LA TEORIA ECOLOGICA DEL DERECHO" nos dice que hay que diferenciar la moral del Derecho en cuanto que ambas son formas de vida humana. "Pero hay otra manera de intervenir la acción con otra. . . . tratamos pues con una interferencia intersubjetiva de acciones posibles y la ACCION considerada de este modo es el objeto del conocimiento jurídico" (El subrayado es nuestro). Como puede verse en este caso para Cossio el Derecho es el substrato de la relación intersubjetiva. Como puede observarse, unas veces aparece el Derecho como las acciones humanas en relación intersubjetiva; y otras veces, aparece que lo humano es el substrato sobre el que recae un especial sentido o significado. Se confunden pues, objeto cultural y substrato del mismo. Nos dice pues, unas veces, que vida ecológica es la conducta humana y luego nos dice que la conducta humana es el substrato sobre el cual recae el sentido de nuestros actos.

Creemos que las acciones humanas como tales, se basan en el concepto de libertad del hombre, lo que las diferencia de los hechos humanos como serían la circulación de la sangre, etc. . . . Pero esas acciones humanas, en sí siguen siendo hechos físicos puramente, lo que los convierte en ACCIONES humanas es su realización con base en el concepto de libertad que posee el hombre. Y esas acciones humanas por ser tales, hacen que digamos que tienen tal o cual sentido, o que son valiosas positiva o negativamente; hacen que el cúmulo de conocimientos y virtudes, de defectos, y, de todo aquello que diferencia una vida de otra, convierten esa vida humana en el substrato en el cual recaen una serie de significaciones existenciales que nos van a configurar el verdadero deslinde de la acción humana como mero substrato de las significaciones existenciales las cuales sí son verdadero objeto cultural. Por eso vemos existencias nobles y existencias perversas, vidas que tienen éste significado, o que tengan otro diferente. En conclusión, podemos decir que la vida humana en cuanto simple acción es el simple substrato de lo cultural, el cual está compuesto por las significaciones valiosas, positiva o negativamente, que dichas acciones posean.

### NUEVA PERSPECTIVA

Creemos haber demostrado que los objetos culturales no son reales por no ser lo mismo dicho objeto que el substrato material que,

la mayor de las veces, los posee. Los objetos culturales pues, en mi concepto, no son más que las significaciones valiosas, positiva o negativamente, que el hombre en su existir ha realizado o no, sobre un substrato material. Esto nos lleva a la conclusión de que los objetos culturales tienen como características la de ser valiosos, la de no tener existencia real y la de ser temporales pero inespectables.

## APLICACION AL DERECHO

De lo dicho anteriormente, podemos concebir el verdadero ser del Derecho como IMPERATIVIDAD ENTRE LOS HOMBRES PARA QUE REALIZANDO UNOS VALORES SE REGULE LA VIDA SOCIAL. Radical diferencia hay en esta concepción frente a la de Cossio, pues implica la negación de que sea la vida humana como tal, el SER del Derecho. Podemos analizar la definición de Cossio y clarificar más nuestro concepto. Dice el autor, que el Derecho es vida humana en relación intersubjetiva. En mi concepto, el Derecho está conformado por la RELACION INTERSUBJETIVA, la cual tiene como substrato la vida humana.

Después de estas especulaciones, podemos admitir el Derecho como obra de la cultura, como algo elaborado por el hombre. Luego la norma jurídica es un objeto cultural que interesa saber de qué índole es, para poderle dar así su verdadera dimensión.

Es importante también, esgrimir otro argumento que creemos confirme nuestro punto de vista sostenido hasta este momento. Si tomamos una acción humana que represente diversos tipos de normatividad nos encontraremos con varios significados radicados en una sola acción o substrato. Por ejemplo: si una persona se abstiene de matar está físicamente frente a un único acto de vida humana; pero puede estar cumpliendo a la vez una norma moral que prohíbe matar, un convencionalismo social que prohíbe lo mismo; un postulado religioso que manda lo mismo; y con una norma jurídica que también prohíbe quitar la vida a los demás.

Visto éste ejemplo, podemos ver que una misma acción pudo haber obedecido a varias normatividades, pero la que le da el carácter de jurídica a esa acción es la especial relación intersubjetiva del individuo que la cumple, no obstante, que el acto de la vida humana es el mismo para todos los demás imperativos expresados.

## TIPOS DE PENSAMIENTO

El pensamiento puede ser optativo, interrogativo, descriptivo e imperativo. Nos interesa analizar acá el descriptivo y el imperativo. El descriptivo o juicio trata de describir o explicar algo; nos dice si algo es verdadero o es falso. El pensamiento imperativo trata de vincular el comportamiento de otra persona a lo que uno desea que ella haga; es pues, éste un imperativo válido o inválido;; mientras el juicio es verdadero o falso. También, es menester advertir acá, que la lógica contemporánea ha hecho la distinción entre el pensamiento y la expresión del mismo. FRANCISCO ROMERO en su magnífico Manual de Lógica explica claramente esta diferencia. Entonces tenemos que el artículo 362 del Código Penal que prohíbe matar, es un imperativo, y la explicación que de la misma hace el catedrático, es un pensamiento descriptivo. Pero nótese que en ambos la expresión o signos son idénticos. Lo que cambia es su significado.

## SIGNIFICADOS DE LAS NORMAS JURIDICAS

Si una norma jurídica dice: "Si matas debes ser castigado" hallaremos en ella los siguientes significados:

A) — En cuanto que son una serie de conceptos tiene cada uno un significado por sí mismo de un carácter meramente filológico. Ejemplo :la expresión CASTIGADO está exteriorizando el mentado concepto.

B) — En cuanto a que esa conexión de conceptos van a estructurar un sentido a su totalidad nos van a formar un juicio; el cual nos pasa en su exteriorización de la descripción de algo. Es todavía un significado meramente filológico.

Hasta acá se identifican la expresión del pensamiento descriptivo y la del pensamiento imperativo, o sea, que hasta acá las reglas de Derecho y las normas de Derecho no ofrecen ninguna diferencia. La verdadera dimensión jurídica de la norma viene a continuación, donde la norma jurídica adquiere ya otras significaciones que la van a separar tajantemente de los juicios o reglas de Derecho.

C) — Cuando un pensamiento dice: "El que mate a otro incurrirá en prisión de 8 a 14 años" ;y este pensamiento es de carácter imperativo, tenemos que al ser expresado mediante signos hablados

o escritos, además del significado filológico que posee, contiene ya otro de un mayor alcance, y es la significación de que ya está vinculando la conducta de sujetos en RELACION INTERSUBJETIVA. Entonces, en el ejemplo que traemos, ya no se tendrá el simple significado descriptivo, sino que adquiere un significado diferente, puesto que ya no nos va a decir únicamente qué le ocurre al que mate, sino que ya nos va a prohibir que matemos. Luégo, el carácter de imperativo le vá dando el carácter de norma jurídica, por cuanto vincula conductas en relación intersubjetiva.

D) — Pero como ya vimos que la norma jurídica como pensamiento imperativo vincula conductas en relación intersubjetiva, es necesario indagar sobre si esa imperatividad pueda tener algún otro significado ;y nos encontramos conque la prohibición de matar cobija sujetos determinables pero indeterminados ;pero inmediatamente ubiquemos individualmente cada sujeto obligado frente a dicha norma, nos encontramos con que dicha norma va a tomar una especial significación en la existencia de cada sujeto; y a cual va a manifestarse en el efectivo comportamiento de todos y cada uno de los obligados. A esta significación queremos darle el denominativo de SIGNIFICACION EXISTENCIAL, con el fin de indicar con ello, que es ésta la médula esencial del ser del Derecho.

Así, la norma que prohíbe matar puede tomar existencialmente un significado muy distinto para quien mata o para quien vá a juzgar un asesino; le irá a ser indiferente a quien esté demente ,o a quien esté en imposibilidad de matar; irá a servir de intimidación para quien empieza a delinquir; irá a representar mayor tranquilidad para la gente de bien; o; irá a representar un problema para el encargado de la cárcel. De allí pues, que esta significación existencial, existencial por cuanto hace referencia a la existencia de cada uno frente a la norma, será la que determina el verdadero comportamiento de cada uno en la sociedad.

Analizados estos posibles significados tenemos pues, que los hombres se comportan jurídicamente de acuerdo con los significados de ese pensamiento imperativo. Los actos humanos como hechos físicos no son más que los substratos materiales que adquieren dimensión de lo jurídico en cuanto están significando algo de lo que está previsto en la norma. Luégo, la norma no es la expresión de la misma, sino el significado jurídico que ella pueda representar. Además, la

lógica distingue entre el pensamiento y la expresión del mismo. Luego Cassio distingue entre norma jurídica como juicio disyuntivo, el cual es concepto del Derecho y la VIDA HUMANA, la cual sí abarca el objeto Derecho.

Pero tenemos que la NORMA en sí es el verdadero DERECHO puesto que, es un pensamiento imperativo, que al adquirir diferentes significados dan sentidos por sí mismos a los actos humanos; y entonces diremos que el Derecho es vida humana viviente o egológica en cuanto ésta tiene de significación el vínculo entre sujetos, O SEA, NORMATIVIDAD DE LA VIDA DE CADA UNO FRENTE A LOS DEMAS y que la descripción de dichos imperativos o los conceptos de los mismos en códigos, o en diferentes modos de expresión no son normas jurídicas, sino juicios que se expresan mediante signos hablados o escritos. Tanto es así, que la orden de un Coronel a un Soldado es una norma que puede no ser escrita, pero sin embargo, está vinculando la conducta del Soldado, aunque dicha orden ya no tenga ningún substrato material, ni siquiera en la mente del Coronel.

Aclarados estos puntos podemos concluir en que, a las reglas de Derecho es a lo que Cassio denomina norma de Derecho y a lo que el mismo autor denomina vida humana en RELACION INTERSUBJETIVA son las verdaderas normas y que, por lo tanto, LAS NORMAS DE DERECHO sí son Derecho; y que las reglas de Derecho son las que lo describen o explican. Explicando que esa RELACION INTERSUBJETIVA es el derecho, que tiene como substrato la vida humana; así sea vida humana histórica y no meramente biológica.

## LAS REGLAS DE DERECHO Y LA PIRAMIDE JURIDICA

Después de esta ubicación de lo jurídico, tenemos que las reglas de Derecho son las que nos van a conformar las ciencias jurídicas. Y como Kelsen, ya habíamos dicho, utiliza la pureza metódica y reduce la filosofía al campo de la ciencia, podremos entonces, admitir que para el científico del Derecho en tanto que tal, puede no importarle el Derecho sino hasta la constitución en sentido jurídico positivo, y darle por fundamento a ésta, un supuesto. Pero la filosofía contemporánea ha vuelto a rescatar su objeto, de lo meramente científico, y puede elaborar conceptos filosófico-jurídicos que traten de explicar un engarce jurídico entre las categorías del ser y del deber

ser. Creemos pues, que desde un punto de vista netamente científico, se puede aceptar, con algunos reparos, esta teoría, pero desde un punto de vista filosófico y omnicomprensivo del Derecho, no nos podemos detener en ella, y es eso lo que vamos a tratar de demostrar, pues por tratar de evitar el avance de la investigación filosófica, a costa de no sacrificar una pureza metódica, no podemos aceptar una visión miope del Derecho, el cual no es algo puramente formal o explicativo, sino que es algo comprensivo. algo que admite constantemente una vía gnoseológica dialéctico-comprensiva, la cual es necesario agotar hasta tratar de hallar el porqué del Derecho y que nos diga qué sea el Derecho.

Finalmente ,podemos decir en este párrafo, que la categoría del deber ser no sirve como categoría del conocer y que las reglas del Derecho con que trabaja el jurista son juicios que se explican con el ser y cuyo predicado es la expresión de la norma. Como ejemplo de lo dicho se puede formular el siguiente juicio: El artículo 362 dice (ES) al que con el propósito de matar. . . (predicado).

## SER Y DEBER SER

Hans Kelsen, nos habla de la imposibilidad de que un objeto sea estudiado mediante las categorías del ser y del deber ser. Esta irreconciliabilidad es fruto de la escuela del neocriticismo, el cual queriendo purificar el método, quiere mantener aislado completamente el mundo de lo natural y el mundo de lo ideal. GEORGIO DEL VECHIO en su obra filosofía del Derecho, y en el capítulo "La naturaleza del hombre como fundamento del Derecho" hace algunas incursiones sobre cómo es posible la unión en el hombre de los conceptos del ser y del deber ser. Pero quien en mi concepto, mejor trata este problema es el profesor HERMAN HELLER en su obra "La Soberanía". Sostiene el mencionado autor que siguiendo las investigaciones filosóficas de HUSSERL, RICKERT, etc. es imposible desconocer que en los actos humanos se presenta una dialéctica donde el SER de la voluntad humana se presenta como puro producto y por ende natural, pero que al ser exteriorizada, surge una antítesis que nos va a producir como síntesis el sentido de lo expresado en dicha manifestación. Y como todo lo que sea acto humano posee un valor, y por ende un significado o sentido, entonces vemos cómo se concilian la posición del ser y del deber ser. Y SIMMEL, en su exposición sobre los valores y citado por

ABBAGNANO, nos dice que cuando alguien hace a un individuo un ademán indicándole que tome asiento, ese acto físico ya lleva de por sí un sentido que lo va a pasar del campo del ser al del deber ser.

Expuestas estas ideas, y aplicándolas al campo del Derecho, tenemos que la voluntad del gobernante puede tenerse como perteneciente al ser, y que inclusive la voluntad de los gobernados estar sometidos a ese poder pertenece al ser, pero inmediatamente que esa voluntad es vertida en normas de Derecho se pasa en una forma sintética al campo del deber ser. Es el producto de lo cultural que hace que el sentido de los actos humanos a la vez que son, valen. Por ejemplo, cuando por la mente de un policía pasa la idea de dar un pitazo con algún fin, indiscutiblemente, esto pertenece al ser, pero inmediatamente ha pitado, pasa a convertirse en el deber ser. Es decir, ya hay una norma que dice: "Debes obedecer las leyes del policía".

Cuando el Alcalde piensa en la prohibición de abrir cantinas en las horas de la noche, eso pertenece al mundo ser, pero cuando lo manifiesta y vincula con ello a sus súbditos, esto pertenece al mundo del deber ser, luego, la objetivación de un pensamiento imperativo lo convierte del mundo del ser en el mundo del deber ser, y esto es lo que Kelsen no vé, pues llega a un callejón sin salida cuando concluye sin más, que del deber ser no puede seguir un ser, y ya hemos visto cómo es que esto sucede.

Creemos pues, que por encima de la constitución en sentido jurídico positivo hay no una hipótesis, sino unos verdaderos hechos sociales que conforman la realidad de lo jurídico, unos actos humanos cuya especial significación hacen que las normas sean tales, y por ende, sean Derecho, y donde se demuestra que el hombre como libre que es, se propone fines, y que por lo tanto filosóficamente y científicamente, desde otros ángulos, el hombre se puede preguntar por el Derecho en cuanto éste tenga algo que ver con el ser y con el deber ser axiológico.

El poder del estado está detestado por determinadas fuerzas políticas que adquieren su poder para expedir y derogar leyes. Pero esas fuerzas que detentan el poder, lo hallan en el apoyo que obtengan en las masas sociales de acuerdo al tratamiento que se le dé al pueblo por parte de dichos gobernantes.

Por eso dice Heller: "El jurista no puede colocar en el vértice del sistema jurídico estatal una norma muerta y de que, por lo contrario, tiene que reconocer en el lugar de la norma, la existencia de una voluntad soberana viva. Por tanto es indispensable para comprender la elaboración y especulación jurídica oponer al ordenamiento jurídico impersonal, la persona estatal dotada de voluntad".

Y ALFRED VERDROSS, uno de los más eminentes discípulos de Kelsen cita al autor húngaro JULIOS MOOR, quien analizando esta teoría dice que, si bien Kant aplicó su método a las ciencias de FACTUM, es decir, a las ciencias físicas y naturales, Kelsen se equivoca al tratar de aplicarlas al Derecho pues ésta no es una ciencia de Factum sino una construcción de sentido.

Esas personas que detentan el poder requieren para poderse mantener en él, el cumplimiento de una norma que brota del pueblo y que en mi concepto, tiene todas las dimensiones de lo jurídico. De allí el nombre que quise darle a éste ensayo. Esa sí es una norma trascendental, pero no supuesta sino viva, en cuanto manifiesta la voluntad de quienes aceptan ser gobernados por los que detentan el poder y delegan en ellos por voluntad expresa o por facilidad el derecho de gobernar. Luégo, partiendo de que las normas jurídicas se agotan con la Constitución y aceptando la existencia de la pirámide jurídica, trataré de explicar cómo esos hechos sociales van determinando lo jurídico de la pirámide, y cómo ellos mismos van encerrando en sí mismos la existencia de esa norma fundamental de que ya he hablado.

## JURIDICIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL

La teoría pura del Derecho, como lo había expuesto en otro trabajo, es uno de los aspectos que pertenecen efectivamente al mundo del Derecho, pero no el único. Conceptualizar al Derecho como una simple forma lógica es terminar en un idealismo que nos aísle casi que completamente del mundo de la cultura donde se halla ubicado el Derecho, tal como había indicado antes.

Creo que aceptando el Derecho como una mera forma lógica, sí es posible aceptar la teoría de la pirámide jurídica de la escuela de Viena, pero inmediatamente tratemos de conectarla con las estructuras dinámicas de la sociedad nos encontramos con que hay algo más allá de esta pirámide metafórica.



LEON DUGUIT, uno de los más caracterizados positivistas del presente siglo y finales del pasado, nos analiza a través de sus obras, la forma cómo los fuertes dominan y gobiernan a los débiles, tratando de prescindir de cualquier razón metafísica que pueda proyectarse sobre el Estado. Pero cuando se hace la pregunta sobre si el Estado se somete al Derecho o viceversa, nos habla de que los gobernantes para no perder su poder deben ajustarse a lo que el profesor denomina "Solidaridad Social", lo que nos indica que Duguit, aunque trate de permanecer como un positivista decidido, llega a un punto donde no puede prescindir de unas realidades sociológicas (valoradas) que sostienen un poder por fuerte que éste sea. Del propio Duguit es el siguiente párrafo que nos indica claramente su pensamiento: "No hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos y hacer todo lo que por su naturaleza es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social" (Manual de Derecho Constitucional, p. 11).

Ahora, como en el campo jurídico se suelen explicar algunos puntos de vista mediante metáforas geométricas, tal como ocurre con el problema que nos ocupa, creo que la continuación que en mi parecer existe a partir de la norma fundamental, puede asimilarse a un reloj de arena de los que los orientales fabricaban en épocas antiguas, donde dos conos se encuentran contrapuestos; y donde el contenido de los mismos va siendo dado por la parte superior, y donde si no hay una ágil estructura, será imposible que funcionen los mecanismos del instrumento para alcanzar el fin que se persigue, dejando por tanto, de ser tal reloj.

Transportando estas ideas al mundo de la cultura, nos encontramos con que la parte inferior de nuestro reloj o la pirámide kelseniana, pertenecen al mundo de la vida humana objetivada o derecha vigente, es algo que los legisladores volvieron cristalizado u objetivado.

Pero el cumplimiento o la aplicación dependen de la parte superior que corresponden a la vida humana viviente, entendiendo que es ésta, el cúmulo de conductas que cumplen, aplican y modifican las estructuras sociales; dependiendo por tanto, de su efectivo y ajustado funcionamiento el que la parte inferior sea efectivamente vivida y no se quede como simple forma muerta. Todos esos hechos sociales de que nos habla **Recasen**, van cargados de valor. Es por tanto acá, donde el contenido axiológico encuentra su existencia y su campo de acción.

Porque siendo el Derecho un objeto cultural, o sea vida humana; está, por tanto, sometido al mundo de los valores y no limitado a unos simples hechos sociales. Esas formas de vida humana van siendo dinámicas en su contenido y formas. Yo pienso que todos esos hechos sociales van conformando una especie de Derecho más dinámico que el escrito o formal. Ese Derecho obliga a los gobernantes y podemos resumirlo en una norma que yo voy a denominar NORMA TRASCENDENTAL, la que se puede anunciar mediante la imposición de la "solidaridad social de Duguit. Por tanto esa norma sería del siguiente tenor:

"Debes procurar la solidaridad social"

"Si no cumples la solidaridad social, debes ser destituido".

Como ya lo he dicho esta norma obliga a los gobernantes.

### **Es ésta una auténtica norma jurídica?**

Estudemos las características esenciales de las normas jurídicas y ellas nos conducirán a una respuesta sobre dicha pregunta.

Las características esenciales de la norma jurídica son:

- 1º) Coercibilidad.
- 2º) Exterioridad.
- 3º) Heteronomía.
- 4º) Bilateralidad.

Analizaremos una por una estas características para ver qué de jurídica tiene esta pretendida norma trascendental. Dejaré para el final la nota de la coercibilidad, que es talvez la que más importancia tenga en este problema, como que es la que le dá efectividad a cualquier norma.

#### a) Bilateralidad.

Nos indica esta característica que la norma jurídica implica derechos y deberes, puesto que pone a varias personas en interrelación. La norma trascendental pone en interrelación a gobernantes y gobernados, pues obliga a los gobernados a cumplir el ordenamiento jurídico formal o estático; y obliga a los gobernantes a cumplir con la solidaridad social que el pueblo con el respaldo político les ha encomendado.

## b) Exterioridad

Por depravados que sean los gobernantes, si no quieren ser destituidos por el supremo tribunal que es el pueblo, debe cumplir con la solidaridad social, independiente de que le guste o no. Puede llegar el caso en que el gobernante internamente quiera cumplir la solidaridad social, pero en la práctica le sea imposible cumplirla. O sea que lo que al pueblo le interesa es que se cumpla la norma, no importa cuál sea la intencionalidad de los gobernantes.

## c) Heteronomía

Dicha norma no se la dictan los mismos gobernantes, sino que va siendo dictada por el pueblo, el cual va planteando sus exigencias de acuerdo con las circunstancias históricas. Se podrá argumentar que dicha norma en ninguna parte ha sido concretizada o formalizada pero teniendo en cuenta que es la sociedad la que de acuerdo con las necesidades del momento va determinando su contenido, tenemos que es una norma jurídica por entero dinámica, forma que va cambiando de acuerdo con los contenidos, los cuales son también dinámicos.

## d) Coercibilidad

Es esta la característica más importante de las normas jurídicas. Pues hace que el Derecho sea efectivo. En la norma trascendental, la coercibilidad va siendo impuesta por los gobernados. Se podrá aducir que el Estado que posea la fuerza podrá imponer el orden jurídico que quiera. La expresión fuerza se ha prestado a innumerables errores debido a diversas concepciones que de dicha palabra se tienen. Veamos qué se puede entender por fuerza. Podemos canalizar todas las concepciones en dos corrientes: La de la fuerza física, y la de la fuerza política.

La fuerza física es indispensable para el efectivo cumplimiento del orden jurídico. Pero carecería de sentido sugerir que un Estado, por la simple fuerza física, pueda hacer cumplir el Derecho. Podrán existir derechos históricamente injustos; pueden durar mucho o poco tiempo en el poder los gobernantes que están en él, pero llegará un momento en que las fuerzas políticas sean tan fuertes, que la física es imposible aplicarla. Ya desde los griegos se planteaba este proble-

ma. De SOLON es el siguiente fragmento extraído de su Eunomía: "De la misma manera que de las nubes se desprenden la nieve y el granizo y que el trueno brota del relámpago iluminador, así también tiene que hundirse el Estado en el que se forman hombres demasiado poderosos y el pueblo, en su reflexión tiene que precipitarse en la servidumbre de un dominador único". Podrá mantenerse en el poder un determinado grupo, pero habrá un momento en que su oposición tenga una fuerza tal que hará el cambio necesario. También se podrá argumentar que aún los órdenes injustos se hacen cumplir y que entonces no tendría validez la juridicidad de la norma trascendental, pero hay que recordar que por el hecho de que se viole cualquier norma jurídica, no quiere decir que deje de seguir siendo tal norma jurídica. Ahora, hay que tener en cuenta, que según la lógica jurídica, ipso facto se viole un precepto jurídico, nace una obligación. La realización de la sanción de dicha obligación puede verificarse o no. Así mismo, cuando la norma trascendental es violada por los gobernantes, puede que la consecuencia respectiva no se lleve a efecto de inmediato por diversas circunstancias, como son la falta de conocimiento de dicha violación por parte del pueblo que es el encargado de hacerla efectiva, o la unión de las fuerzas sociopolíticas del respectivo Estado. Pero en el Derecho formal o estático también puede ocurrir que los órganos encargados de hacer cumplir el Derecho, no tengan conocimiento de las violaciones de los diferentes preceptos, o que no tengan medios suficientes para hacer cumplir o aplicar las sanciones.....

Resulta pues claro, que si bien todo ordenamiento jurídico requiere del sostenimiento por parte de la fuerza física, no es menos importante para el mantenimiento de dicho orden que cuente con las fuerzas sociopolíticas. Es más, mientras más civilizada sea una nación, mayor solidez le darán a su orden jurídico sus fuerzas sociopolíticas. Tal es el caso de Suiza, donde un sano desarrollo económico, una adecuada concepción de las libertades en general, la consecución del bien común, permitan a la larga una concepción tradicionalista de las instituciones sin requerir para su sostenimiento del uso de la fuerza.

Son ilusos quienes quieren resolver el problema del Estado de Derecho mediante las ramas del poder público. Creen estos autores, que la división del poder en varias ramas evitan el abuso por parte de los gobernantes, pues unos gobernantes se ven vigilados por los otros. Pero en mi concepto, esta división no es más que una estructura mecánica

del Estado, pues siempre habrá una fuerza política que domine desde un determinado ángulo todo el panorama político. El Estado de Derecho no se resuelve sino mediante la imposición de la norma trascendental, pues es el incumplimiento de ésta la que a la larga lleve a sancionar a los gobernantes mediante el derrocamiento.

Creo finalmente, con base en lo expuesto, que el Derecho natural encuentra su campo en esta llamada norma trascendental, pues es una norma repleta de contenido axiológico que clama un orden justo y seguro a quienes tienen la misión de gobernar.