

SISTEMATICA
DE UN
ORDENAMIENTO
JURIDICO

T
340.11
M 8275



UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA
ALBERTO QUIJANO CHIERRERO

No. 14562 ^A/₉₁ Fac. Decho

Ej. _____ Vol. _____

Valor \$ 20.000 X Can. _____ Com. _____

I N D I C E Curso 19/77 Resp. Oral

Fecha _____

	<u>Págs.</u>
PLAN DE TESIS	I
CONCEPTO	III
DEDICATORIA	VI
INTRODUCCION: MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL.	
A) ANALISIS	1
B) CLASIFICACION	1
a) Conducta racional humana: Normatividad- I. Concepto de-	
norma	3
II. Características	3
III. Distinción dentro del Campo Normativo.	5
1. Normas de Orden Individual, vgr: Normas Morales	5
2. Normas de Orden Interindividual o Social.	5
b) Manifestación Física: La Ley.- Análisis	8
EL ORDENAMIENTO JURIDICO.	
<u>Capítulo Primero: ASPECTOS GENERALES.</u>	
A) COMPOSICION UNITARIA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO	11
B) METODOLOGIA EN SU ELABORACION	14
C) CARACTERISTICAS DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO.	26
<u>Capítulo Segundo: EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y EL-</u>	
ESTADO.	
A) TEORIA CLASICA: LA NORMA JURIDICA ES ANTERIOR AL ESTADO. .	34
B) TEORIA POSITIVISTA: LA NORMA JURIDICA ESPOSTERIOR AL ESTADO	37
C) TEORIA MONISTA O KELSENIANA: LA NORMA JURIDICA Y EL ESTADO	
SE IDENTIFICAN	40
D) TEORIA PLURALISTA: LA NORMA JURIDICA, EN CONJUNTO CON O -	
TROS ELEMENTOS, ESTRUCTURA EL ESTADO	44

I N D I C E :

Págs.

Capítulo Tercero: CLASIFICACION Y SISTEMATICA DE SUS
NORMAS.

A) NORMAS DE ORDEN JURIDICO NATURAL	50
B) NORMAS DE ORDEN JURIDICO POSITIVO, ESTATAL O INSTITUIDO:	58
a) ANALISIS	58
b) CONDICIONES PARA SU VALIDEZ	61
c) CONTENIDO: I NORMAS ORIGINARIAS O FUNDAMENTALES: 1º análisis.	62
2º SISTEMATICA	67
3º JURIDICIDAD	69
4º CONTENIDO	70
5º CLASIFICACION	71
6º INTERPRETACION	72
7º SISTEMAS DE REFORMA	74
C) NORMAS DERIVADAS U ORDINARIAS: 1) Análisis	74
2) Enumeración	76
3) Prioridad	78
EPILOGO	81
BIBLIOGRAFIA	

PLAN DE TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.

PRESENTADO POR: Jorge A. Mora G.

TEMA: SISTEMATICA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO

INTRODUCCION: MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL.

SUMARIO: A) ANALISIS.- B) CLASIFICACION: a) CONDUCTA RACIONAL HUMANA; NORMATIVIDAD.- Iº CONCEPTO DE NORMA.- IIº CARACTERISTICAS: 1º ES DEBER SER.- 2º ES CONTINGENTE.- 3º ES VIOLABLE.- IIIº DISTIN - CION DENTRO DEL CAMPO NORMATIVO: 1º NORMAS DE ORDEN INDIVIDUAL, vgr: NORMAS MORALES: A') Analisis.- B') Diferencia con normas del ordenamiento juridico.- 2º NORMAS DE ORDEN INTER INDIVIDUAL O SOCIAL, Vgr: NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.- b) MANIFESTACION FISICA: LA LEY.- ANALISIS.-

--- 0 ---

EL ORDENAMIENTO JURIDICO

CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES

SUMARIO: A) COMPOSICION UNITARIA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO.- B) METODOLOGIA EN SU ELABORACION: a) GENERALIDADES SOBRE METODOLOGIA: Iº CONCEPTO DE METODO.- IIº CLASIFICACION: 1º METODO DISCURSIVO RACIONAL, SUJETIVO, CAUSALISTA O SICOLOGISTA: A') Aspecto epistemológico: a') Analisis.- b') Su operancia: - Iº Procedimiento inductivo: 1' Completo o de mayor certeza.- 2' Incompleto o de menor certeza.- B') Aspecto Gnoseológico: a') Analisis.- b') Critica.- 2º METODO DESCRIPTIVO, HISTORICISTA, OBJETIVO O POSITIVISTA: A') Analisis.- B') Critica.- 3º METODO INTUITIVO: A') Analisis.- B') Clasificación: a') INTUICION INTELLECTUAL.- b') Intuición emocional.- c') Intuición volitiva.- b) TENDENCIAS METODOLOGICAS EN LA ELABORACION DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO: Iº INCIDENCIAS DEL SUJETIVISMO, RACIONALISMO, CAUSALISMO O SICOLOGISMO.- IIº INCIDENCIAS DEL HISTORICISMO, OBJETIVISMO O POSITIVISMO.- IIIº SOLUCION PROPUESTA.- c) CARACTERISTICAS DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO: a) BILATERALIDAD.-

b) EXTERIORIDAD.- e) COERCITIVIDAD.- d) HETERONOMIA.-

CAPITULO SEGUNDO: EL ORDEN JURIDICO Y EL ESTADO.-

SUMARIO: A) TEORIA CLASICA: La norma jurídica es anterior al Estado.- B) TEORIA POSITIVISTA: La norma jurídica es posterior al Estado.- C) TEORIA MONISTA O KELSENIANA: La norma jurídica y el Estado se identifican.- D) TEORIA PLURALISTA: La norma jurídica, en conjunción con otros elementos, estructura el Estado.-

--- 0 ---

CAPITULO TERCERO: CLASIFICACION Y SISTEMATICA DE SUS NORMAS.-

SUMARIO: A) NORMAS DE ORDEN JURIDICO NATURAL (Derecho Natural).- ANALISIS.- B) NORMAS DE ORDEN JURIDICO POSITIVO O ESTATAL O "INSTITUIDO": a) ANALISIS.- b) CONDICIONES PARA SU VALIDEZ: Iº DEBEN ORGANIZAR ALGO.- IIº TENER UN PODER INTERNO O PODER POLITICO.- IIIº TENER UN PODER EXTERNO O SOBERANIA.- IVº OBLIGATORIEDAD PARA GOBERNANTES Y GOBERNADOS.- c) CONTENIDO: Iº NORMAS ORIGINARIAS O FUNDAMENTALES: 1º) ANALISIS.- 2º) SISTEMATICA: A') - Concepciones: a') Tipología de Carl Schmit: I' Concepto absoluto. II') Concepto relativo.- III') Concepto positivo.- IV') Concepto ideal.- V') Concepto pactista.- b') TIPOLOGIA DE GARCIA PELAYO: I') Concepto Racional - Normativo.- II') Concepto Histórico Tradicional.- III') Concepto Sociológico c') Concepto General.- B') Juridicidad.- C') Contenido: a) Preámbulo.- b') Parte Dogmática.- c') Parte orgánica.- d') Clasificación: Escritas, Consuetudinarias, Flexibles, Rígidas.- E') Interpretación.- F') Sistemas de Reforma: a) Ordinarios.- I') Asamblea Constituyente.- II') Cuerpos Legislativos en Función Constituyente.- III') Cuerpos Legislativos en Vía Constituyente.- b') Extraordinarios.- I') Plebiscito.- II') Referendum.- c') Sistema Colombiano: Complementarios al Artículo 218 de nuestra Carta Fundamental.- IIº) NORMAS DERIVADAS U ORDINARIAS: 1º ANALISIS.- 2º ENUMERACION Y PROCEDENCIA SG.- LEGISLACION COLOMBIANA.- 3º PRIORIDAD EN SU OPERANCIA.-

--- 0 ---

Pasto, 25 de abril de 1.969.-

Señor Doctor

Sofonías Santacruz

Decano de la Facultad de Derecho

de la Universidad de Narino.

La Ciudad.-

Señor Decano:

Jorge Mora Gutiérrez, distinguido ex-alumno de esta Universidad, para optar al título de "Doctor en Derecho y Ciencias Sociales", ha preparado un interesante trabajo de tesis, intitulado "SISTEMATICA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO", en tres capítulos, precedidos de una "introducción" y que culminan con un "epílogo", muy breve, por cierto.

En la parte introductiva, discurre, con propiedad y elegancia de estilo, sobre el modo de ser del ente universal, enfocando, de modo particular, la conducta racional humana, que se traduce en la "normatividad", sobre cuyo aspecto, propugna, sin vacilaciones ni timideces, porque del lenguaje jurídico se prescriba definitivamente, como contra-sentido científico, la palabra LEY, que debe aplicarse -según el autor- únicamente a las manifestaciones físicas de los seres inanimados y a los carentes de capacidad razonadora, y se la reemplace por la NORMATIVIDAD, entendiéndose por tal, como apunta Luis Recasens Siches, aquel ordenamiento, "que no enuncia lo que ha sucedido, sucede o sucederá, si no lo que debe ser cumplido, aunque talves en la realidad no se haya cumplido ni se vaya a cumplir".

A este respecto, el señor Mora Gutiérrez, demuestra de madurez de criterio sobre tan intrincada cuestión, sostiene -

que la conducta humana, en tanto que represente un deber ser, siempre que se endilgue a la realización de valores, subsume una norma, lo cual no sucede con las realidades, que son objeto de las ciencias exactas, porque ellas conllevan el tener que ser indefectiblemente y, por lo mismo, se traducen en LEYES.

Este criterio, que ha sido tan debatido en la Filosofía del Derecho, y que el jurado examinador, desde luego, no lo comparte, por razones que no son del caso puntualizar en esta oportunidad, lo desarrolla y reafirma el autor en los tres capítulos de su trabajo, destinados, en su orden, al estudio del ordenamiento jurídico, al orden jurídico y el Estado y a la clasificación y sistematización de sus normas.

Quando aboca el análisis del orden jurídico frente a la concepción del Estado, Mora Gutiérrez se detiene a exponer y criticar, con acierto, las teorías clásicas, positivista y monista o Kelseniana, especialmente ésta última, que sostiene que la norma jurídica y el Estado se identifican, criterio que el autor del trabajo muy encañable, lo descubre, a base de esfuerzo investigativo, en el pensamiento helénico y en el romano.

Para Mora Gutiérrez, la norma jurídica, en conjunción con otros elementos, estructura el estado. Es este uno de los aspectos más interesantes y valiosos de su ensayo, que, sin duda alguna, reflejan la inquietud y la madurez reflexiva de su personalidad.

Los audaces planteamientos que en este trabajo se hacen en torno a la contravertida existencia del Derecho natural y a la no menos discutible clasificación del Derecho, en público y privado, merecen destacarse con aplauso, por lo que ellos representan para la evolución incontenible de las disciplinas jurídicas.

En conclusión, conceptuamos que la tesis de grado del señor Jorge Mora Gutiérrez, es de mérito indudable, cumple los requisitos necesarios en esta clase de trabajos y es "DIGNA DE MENCIÓN HONORIFICA. Atentamente (Fdos)

RODRIGO NELSON ESTUPIÑAN V. JORGE ROBERTO CORDOBA F. JORGE EDMUNDO RUEDA M.

SISTEMATICA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO

INTRODUCCION: MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL.-

SUMARIO:

A) ANALISIS.- B) CLASIFICACION: a) CONDUCTA RAZONADORA HUMANA: NORMATIVIDAD.- Iº CONCEPTO DE NORMA.- IIº CARACTERISTICAS: 1º ES DE SER SER.- 2º ES CONTINGENTE.- 3º ES VIOLABLE.- IIIº DISTINCION DENTRO DEL CAMPO NORMATIVO: 1º NORMAS DE ORDEN INDIVIDUAL, Vgr: NORMAS MORALES: A') - Analisis.- B') Diferencia con norma del ordenamiento juridico.- 2º NORMAS DE ORDEN INTERINDIVIDUAL O SOCIAL, Vgr: NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.- b) MANIFESTACION FISICA: LA LEY.- ANALISIS.-

A') ANALISIS.- Que el magnífico, abigarrado y multiforme-espectáculo del cosmos, hubiera surgido, como por encanto, al efecto de un mágico "fiat", como quieren los Teocráticos; o que se hubiera formado por el proceso de milenios, como sostiene el evolucionismo, no es cuestión que ahora pretendamos dilucidar.

De todos los seres del mundo inanimado, de los del reino vegetal, de los del reino animal, de los seres racionales, de los entes axiológicos, o los anímicos, o los ilusorios, o, en fin, de toda la balumba de cuantas cosas heterogéneas nos rodean, nos interesa inquirir no cómo llegaron a ser, no cómo han sido, sino cómo son; pero entendiendo ese SON no como esencia sino como manifestación. O sea que apuntamos a su conducta, a su comportamiento, a su actuación, en una palabra, a su MODO DE SER dentro del engranaje de seres o cosas que pueblan el universo. Porque es incuestionable que cada ser que ES en el cosmos, es de tal o cual modo; tiene, pudiéramos decir, un proyecto, un programa, una tarea, una función dentro de su existencia.

Y es, entonces, de la conciencia que logramos de esa manifestación de ese MODO DE SER de todas las cosas, de donde sacaremos la meridiana conclusión de que así es, por ejemplo, una roca o una planta o un astro, o un río, o tal animal, o un ser racional, y por lo mismo, de que tal es igualmente mi comportamiento, mi conducta como quiera que mi yo también se halla inmerso, coestando con todas las cosas que genéricamente se ha dado en llamar creación, universo o naturaleza.

SISTEMATICA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO

INTRODUCCION: MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL.-

SUMARIO:

A) ANALISIS.- B) CLASIFICACION: a) CONDUCTA RAZONADORA HUMANA: NORMATIVIDAD.- Iº CONCEPTO DE NORMA.- IIº CARACTERISTICAS: 1º ES DE SER SER.- 2º ES CONTINGENTE.- 3º ES VIOLABLE.- IIIº DISTINCION DENTRO DEL CAMPO NORMATIVO: 1º NORMAS DE ORDEN INDIVIDUAL, Vgr: NORMAS MORALES: A') - Analisis.- B') Diferencia con norma del ordenamiento juridico.- 2º NORMAS DE ORDEN INTERINDIVIDUAL O SOCIAL, Vgr: NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.- b) MANIFESTACION FISICA: LA LEY.- ANALISIS.-

A') ANALISIS.- Que el magnifico, abigarrado y multiforme espectáculo del cosmos, hubiera surgido, como por encanto, al efecto de un mágico "fiat", como quieren los Teocráticos; o que se hubiera formado por el proceso de milenios, como sostiene el evolucionismo, no es cuestión que ahora pretendamos dilucidar.

De todos los seres del mundo inanimado, de los del reino vegetal, de los del reino animal, de los seres racionales, de los entes axiológicos, o los anímicos, o los ilusorios, o, en fin, de toda la balumba de cuantas cosas heterogéneas nos rodean, nos interesa inquirir no cómo llegaron a ser, - no cómo han sido, sino cómo son; pero entendiendo ese SON no como esencia sino como manifestación. O sea que apuntamos a su conducta, a su comportamiento, a su actuación, en una palabra, a su MODO DE SER dentro del engranaje de los seres o cosas que pueblan el universo. Porque es incuestionable que cada ser que ES en el cosmos, es de tal o cual modo; tiene, pudiéramos decir, un proyecto, un programa, una tarea, una función dentro de su existencia.

Y es, entonces, de la conciencia que logramos de esa manifestación de ese MODO DE SER de todas las cosas, de donde sacaremos la meridiana conclusión de que así es, por ejemplo, una roca o una planta o un astro, o un río, o tal animal, o un ser racional, y por lo mismo, de que tal es igualmente mi comportamiento, mi conducta como quiera que mi yo también se halla inmerso, coestando con todas las cosas que genéricamente se ha dado en llamar creación, universo o naturaleza.

B) CLASIFICACION: a) CONDUCTA RAZONADORA: NORMATIVIDAD.

Ahora bien, todos esos comportamientos, esas conductas, esas actuaciones, tales MODOS DE SER DE LOS ENTES DEL UNIVERSO, vistos de conjunto, o mejor, en función de relación sugieren confrontaciones, presentan similitudes y diferencias, pues que ni los objetos inanimados, ni los seres meramente sensitivos o instintivos, ni los racionales, se nos manifiestan de simil modo en el diario acontecer, y es, precisamente, entonces, su diferencial modo de acción o de manifestación, el que ha de orientarnos en la clasificación que pretendemos.

Detengámonos, pues, a analizar primero la conducta del ser razonador. Su comportamiento, su manifestarse, se halla circunscrito o empapado de un estilo de conducta que, o es reflejo de su vivencia individual, hace relación a su íntima existencia, a su yo mismo; o está condicionado a ciertos usos, a determinadas exigencias que satisfacen el querer o las conveniencias de otros seres humanos y que, apuntando a la realización de ciertos principios, logran el bienestar, el entendimiento de ese sujeto con los demás.

Hemos descubierto, pues, una conducta humana, razonadora, que coordina y junta sus esfuerzos para la realización de pretendidos fines, porque, mediante un repertorio de actividades, de manifestaciones, individuales unas, interindividuales otras, se frena, se reglamenta, se circunscribe esa conducta al logro de la solución de la problemática de la humana existencia, en función de sí misma o en función de una convivencia social. Llamemos ya, entonces, a este MODO DE SER, a esta manifestación de actividades, CONDUCTA RAZONADORA. HUMANA.

Y como quiera que a este MODO DE SER o conducta, le hemos añadido el calificativo de razonadora, urge saber qué seres, de los que pueblan el universo, se acoplan o actúan según este comportamiento. Claro que para lo específico de nuestro trabajo hemos de acogernos a la universal aceptación de que la racionalidad, al menos en el actual estado de la ciencia, sólo se predica del hombre. Pero adviértase, que si bien dejamos aceptado el principio de que todo ser razonador es igualmente humano, no queremos con ésto afirmar de que todo ser humano, así mismo, o por lo mismo que es humano, ha de ser razonador, porque seres humanos son el infante y el loco, pero no son seres razonadores. Sobre este punto volveremos al hablar de los seres cuyos MODOS DE SER son meras MANIFESTACIONES FISICAS.

Igualmente nótese que este modo de ser o conducta razonadora humana, que regula y limita la actividad individual o las relaciones de la humana conciencia o que, estricto sensu, son esa misma actividad, se nos presenta en forma de preceptos, reglas y principios, que, por subsumir una conducta racional humana, proponemos llamar NORMAS. Y la razón de esta determinación clara la veremos, ahora que ahondemos en su concepto, analicemos sus principales características y hagamos algunas distinciones dentro de este campo normativo.

I. CONCEPTO DE NORMA.- Hemos entresacado al hombre del torbellino de seres que en el mundo encontramos y lo hemos presentado con un calificativo: el de razonador. Y no otra cosa hemos querido significar con ésto, sino que es él quien planifica, quien regula, quien acomoda y perfila su conducta y comportamiento. El obrar humano, a diferencia del resto de entes del universo, cuyos modos de ser hemos de llamar MANIFESTACIONES FISICAS, no se halla determinado por un complejo de causas inexorables. Claro que no dejamos de reconocer la incidencia de ciertas fuerzas externas, o el efecto de ciertos factores íntimos y peculiares, pero ni estos ni aquellas, tratándose de un hombre razonador, forzosamente, necesariamente, ha de decirse que logran torcer la ruta de su conducta. Admitirlo en forma absoluta, sería inclinarse en favor de un determinismo que negaría la responsabilidad de toda decisión, como, a contrario sensu, necio indeterminismo sería negar que el hombre, al resolver su conducta, tenga que vencer infinidad de factores, múltiples y heterogéneos, que a cada paso tratan de intervenirlo y solo puede sortearlos y manejarlos según sus conveniencias y determinaciones, a la luz y sortilegio de su poder razonador.

Corolario de lo anterior, entonces, ha de ser que la conducta humana se aparta de un TENER QUE SER y persigue un QUERER SER, UN DEBER SER, la realización de valores que precisamente son la concreción de la norma, porque la norma, conducta humana razonada, nada más ni nada menos, es la expresión del deber ser, es la prescripción de un comportamiento como DEBIENDO ser. "Las normas, dice Iñis Recasens Siches, no emuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido ni se vaya a cumplir". Porque "la norma, apunta igualmente tan conocido autor, prescribe lo que debe ser, lo cual tanto puede ser como no ser en la realidad, puesto que depende de un arbitrio humano".

Previas las consideraciones anteriores, podemos ya ensayar un concepto general de norma, y decimos que es una regla, un precepto, un principio

substrato de una conducta razonadora humana, traducida en acciones u omisiones individuales o interindividuales, sujetas a un juicio axiológico.

II. CARACTERÍSTICAS.— A tres podemos concretar las características - distintivas de la norma entendida como expresión de una conducta razonadora humana:

- 1º Es deber ser.
- 2º Es contingente.
- 3º Es violable.

1º ES DEBER SER.— Queda establecido que la norma está sujeta a un juicio axiológico, o sea que apunta a la realización de valores que no TIENEN que ser sino que DEBEN ser. Prescribe la norma una conducta no DADA realmente, sino un comportamiento DEBIDO, o mejor, que está en un plano de DEBIENDO SER, lo que forzosamente tiene que ser, o ya fue, o será, mas nunca será otra cosa de la que necesariamente ha de ser. En cambio, la norma, deber ser, puede no haber sido, no ser hoy, o inclusive no ser nunca, pero en ella no obstante, ha de seguir latente la posibilidad de ser. Y tal, exactamente, la diferencia e independencia entre LO QUE ES (Ley necesaria) y lo que DEBE SER (Norma). Independencia ésta, que al decir del tratadista Eduardo García Maynez, "La subrayó como uno de sus grandes méritos, el filósofo Koenigsberg.

2º ES CONTINGENTE.— Admitimos que la norma no es un ser en cuanto no se nos presenta como realidad ya dada, sino que prescribe una conducta humana - por suceder de tal o cual modo, pero en forma contingente, es decir que puede suceder o no sin que esto lesione en nada la estructura en sí de la norma, - pues que la conducta que encierra, no tiene tal vinculación con la realidad natural, que de ella, quien se propone realizarla, no se pueda escapar, salvo al go excepcional "un milagro", por ejemplo, como comunmente se dice en el argot popular. La ley de la gravedad fatalmente se cumplirá; la dilatación o la vibración de los cuerpos, cumplidos los presupuestos físicos, necesariamente se realizarán. Mientras que el cumplimiento de la norma no implica la forzosidad material del comportamiento o conducta a seguir, ya que la norma presupone una Voluntad humana, dijimos racional y libre, que bien puede no realizarla.

3º ES VIOLABLE.— El supuesto filosófico de toda norma es la voluntad y racionalidad de la persona humana a quien hace referencia. Por lo mismo, la posibilidad de que tal persona pueda violarla, constituye la misma esenciabilidad de la norma, pues que de ser violada, depende su deber ser y el que no sea un forzoso, necesario y ciego fenómeno físico.

Claro que las normas son obligatorias, pero su obligatoriedad no es fisica, es, si se quiere, filosófica, axiológica, es decir que ella, la obligato - riedad, hay que entenderla enfocándola a la idea de valor. Y claro también, que en un sentido jurídico-político, las normas igualmente son obligatorias, y su coercitividad está respaldada por una sancionabilidad. Pero ni aquella idea de va - lor, ni esta coercitividad, impiden que el sujeto se aparte de lo prescrito en la norma o que no siga tal comportamiento estatuido en ella. Y tampoco se diga - que si la incumple, la viola o la deja quebrantada, ésto importe a la norma, o a ella le ocurra algo, que le suceda lo peor, es decir que deje de ser norma. No, la norma sigue como tal a pesar de ser violada, porque su deber ser, prevee precisa - mente su inobservancia.

III. DISTINCION DENTRO DEL CAMPO NORMATIVO: 1º NORMAS DE ORDEN INDIVI - DUAL, Vgr. NORMAS MORALES.- A) A n á l i s i s.- 2º NORMAS DE ORDEN INTERINDIVI - DUAL O SOCIAL, Vgr: NORMAS DE ORDENAMIENTO JURIDICO.- Hemos precisado a la norma - tividad, como la expresión de la conducta humana razonadora. Urge hacer ahora una distinción de los campos o zonas de operancia de tal conducta, que como huma - na que es, la distinción que de ella se pretenda, basada debe estar en la bifor - me actividad del hombre.

Es oportuno ahora recalcar, que en la concepción del vivir, bajo dos - aspectos se nos presenta la vida del ser humano: uno que hace relación a su vi - vencia individual, a su íntima existencia, a su yo mismo, y otro que traspassa - los linderos de la persona singular y se nos presenta como una innúmera variedad de actividades, de convivencias íntimamente relacionadas con sus semejantes.

Pues bien, del primer aspecto, despréndese conductas humanas o normas - de orden individual, tales como las normas morales. Y del segundo, surgen conduc - tas humanas o normas de orden interindividual o social, dentro de las cuales, - precisamente, se hallan las normas del ordenamiento jurídico. Y como quiera que - estas últimas son el centro y el objetivo de nuestro trabajo, hemos de dejar su estudio para hacerlo conforme a la sistemática prospectada.

Respecto a las normas morales, que traemos como ejemplo de conductas o - normas de orden individual, en esta parte introductiva, hemos de referirnos a e - llas, siquiera sea para analizarlas brevemente y luego establecer una ligera di - ferenciación entre éstas y las normas de un ordenamiento jurídico.

DE LAS NORMAS MORALES.- A n á l i s i s.- La esfera individual del hom - bre, su íntima existencia, tampoco puede marginarse a una normatividad, esto es, a una determinada conducta.

Por el contrario los actos humanos individuales, también exigen una -

justificación, y afuer de ser íntimos, también están regidos por normas, que hemos de llamar morales, cuyo fundamento de validez y vigencia estriba en los auténticos valores nacidos del ideal humano.

Por normas morales se debe entender, entonces, aquellas que regian el interior de nuestra vida, la vida que cada cual vive, la vida de mis afanes, de mis pensamientos, de mis afectos y motivaciones, la vida de mis íntimos quereres y sentires, conforme a la realización de unos valores inspirados por un ideal humano.

Diferencia con las normas del ordenamiento jurídico.- Non omne^{qual} licet, honestum est, decían siempre los antiguos, y es porque el campo que abarca la norma jurídica, es mucho más restringido que el de la norma moral. Una y otra, es cierto, se encaminan a la realización de valores éticos; ambas son deber ser, pero sus diversos sentidos determinan en ellas una marcada y bien definida diferenciación.

El ya citado jurista Luis Recasens Siches, con claridad meridiana, refiere la luz sobre este tema y dice: "Lo fundamental para comprender la diferencia entre la norma moral y la norma jurídica es que nos percatemos de los diversos sentidos que, respectivamente, animan a una y otra cosa.

"La moral valora la conducta en sí misma, plenariamente, de un modo absoluto, radical, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto, sin ninguna reserva ni limitación. En cambio, el Derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad."

"El campo de Imperio de la moral es el de la conciencia, es decir, el de la intimidad del sujeto. El terreno sobre el cual se proyecta y quiere actuar el Derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales.

"La norma moral valora las acciones del individuo en vista a su supremo y último fin; en cambio, el Derecho las pondera exclusivamente en relación con las condiciones para la ordenación de la vida social. La moral mira a la bondad o maldad de un acto en términos absolutos, en la plenaria significación que el mismo tiene para la vida del individuo, en cuanto al cumplimiento de su supremo destino, en cuanto a la realización de los valores supremos que deben orientar su existencia. En cambio, el Derecho no mira a la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, ni mira el alcance del mismo para su propia vida, sino al valor relativo que tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad, en cuanto pueda constituir una condición positiva o negativa para la vida de esos otros sujetos. Además la moral considera enteramente la vida toda del individuo, sin

excluir nada, y enfocándola en términos absolutos, radicalmente. En cambio, el Derecho trata tan solo de hacer posible una armonización mínima de las conductas de las gentes para la convivencia y la cooperación colectivas, y, por tanto, ese es el único aspecto del comportamiento que toma en cuenta. El Derecho no se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, no se propone hacerlos radicalmente buenos, sino tan solo armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista a la coexistencia y a la cooperación".

Y este último pensamiento de lo transcrito de que el Derecho no se propone hacer que los hombres SEAN BUENOS para merecer un "cielo eterno" sino que busca armonizar relaciones externas, exigiendo coexistencia y cooperación, nos da luces para enfocar la diferenciación entre norma jurídica y norma moral desde un prisma de objetividad y sobre todo de gran actualidad y vigencia.

Como que fue, precisamente, un gran pensador católico, Romano Guardini, quien apuntó que el Sermón de la Montaña, moralmente entendido, era el documento más sublime dado a la humanidad; pero que sus principios tomados como directriz de un ordenamiento jurídico y aún más, como estructuración de una En

tividad jurídico-política o estatal, serían un testimonio de cobardía. "Bienaventurados los pobres de espíritu... Bienaventurados los mansos... Bienaventurados los pacíficos... Bienaventurados los que padecen persecución por la justicia...", máximas todas que sirven si para depurar, para erigir la intimidad del yo, para lograr un sacrificio interior, de catarsis espiritual, de sojuzgamiento de las pasiones, que garantice el logro de una auto-santificación, pero que, aunque de altísimo rango antropológico, no encuadran en una estructura jurídico-política.

Porque un Estado pacífico y que pasivamente, mansamente, padezca persecuciones por la justicia y que no trate de imponer el imperio de su soberanía jurídico-políticas, corre el riesgo, dentro del concierto de naciones que hoy por hoy sólo entienden el lenguaje de la fuerza, del chantaje y de la agresión de ser intervenido política, económica y quizá hasta religiosamente. Las pruebas, las guarda la historia: aquí en Occidente la plaga fatídica de "Marines" sobre los campos de Santo Domingo; allí en Oriente, las calles de Hungría y Checoslovaquia salpicadas de sangre por los tanques rusos. Y en las relaciones de inter Potencias, son "Bienaventurados", son "Mansos", son "Pacíficos", por que al estallido de las pruebas nucleares de Washington, contesta Mao Tse Tung con el rugido del ensayo de sus megatones, o Moscú con el silvido de su proyectil teledirigido más perfeccionado. Y así es como sólo pueden permanecer "Bie-

naventurados".

Por eso Charles De Gaulle se marginó de fomentidos pactos anti-nucleares no por inhumano, sino precisamente por no osponer la seguridad y soberanía del pueblo francés. Porque, qué iba a pactar la proscripción del hongo apocalíptico, con quienes con una mano firmaban y en la otra escondían el puñal genocida.

Al referirnos a la diferenciación entre arbitrariedad y juridicidad, volveremos sobre este aspecto detestable, monstruoso, amoral, y que por lo mismo que es injusto, se diría que es un contrasentido jurídico, pero que es Derecho, y Derecho vigente, repetimos, como quiera que es norma que tiene que adoptar un Estado como fundamental, si quiere que los demás Estados lo respeten, o seamos más sinceros y digamos, que lo tenen como Estado independiente y soberano.

b) MANIFESTACION FISICA.- LA LEY. ANALISIS.- En la parte introductiva que actualmente nos ocupa, hemos clasificado el modo de SER DEL ENTE UNIVERSAL en:

a) CONDUCTA RAZONADORA HUMANA: NORMATIVIDAD.

b) MANIFESTACION FISICA: LA LEY.

De la normatividad hemos estudiado su concepto, sus características, y hemos distinguido, dentro del mismo campo, conductas o normas de orden individual y conductas o normas de orden interindividual o social, trayendo, a modo de ejemplo de las primeras, las normas morales, y de las segundas, las normas que estructuran el Ordenamiento Jurídico.

Consecuentes con nuestro plan, tócanos ahora estudiar el segundo aspecto de tal clasificación: LA MANIFESTACION FISICA O LEY.

Y para integrar esta segunda agrupación, hemos de tener en cuenta, entonces, las manifestaciones, ya no del hombre razonador, objeto de la primera agrupación en CONDUCTA RAZONADORA HUMANA O NORMA, sino el MODO DE SER de todos los demás entes que constelan el universo, carentes del atributo de la racionalidad. Y sea ellos seres inanimados o inorgánicos, o seres meramente sensitivos, como los vegetales; o sean vegetativo-instintivos, como los animales, y aún tratándose del hombre no razonador, su MODO DE SER, objeto de esta segunda agrupación, propone mos denominarlo manifestación física.

Y conforme dijimos que la conducta razonadora humana se presenta en forma de preceptos, reglas o principios, que dentro del primer aspecto de esta clasificación denominamos NORMAS, así mismo, lo que en esta segunda agrupación hemos llamado MANIFESTACION FISICA, se da también, se concreta, se subsume, en reglas, en principios pero que, en este caso, llamamos leyes. Tratemos entonces de esclarecer ahora, así sea brevemente, el concepto y características de esta MANIFESTACION FISICA, de tales fenómenos, acontecimientos, hechos,

o, en fin, modos de ser de la multiplicidad de entes que se resumen en lo que -
 pudiéramos llamar REALIDAD DADA.

Se arroja de lo alto un cuerpo pesado. Puede dejar de caer?. No, en -
 virtud de lo que científicamente se llama LA LEY de la gravedad, al efecto de -
 determinado calor una columna de mercurio, resistiría a la dilatación?. O un -
 cuerpo sonoro al contacto con otro dejaría de vibrar?. Nunca, porque la dilata-
 ción o la vibración son efectos necesarios de esas condiciones físicas predeter-
 minadas.

Es que una manifestación física o ley, significa un TENER QUE SER al-
 go, a diferencia de la NORMA que hace relación a un DEBER SER. La complejidad -
 de seres agrupados dentro de este modo de ser, se manifiesta mediante una forzo-
 sidad material; pertenecen a ellos, ya dijimos, pero no sobra repetirlo, a una-
 REALIDAD DADA o que inevitablemente tiene que darse, salvo el caso del "mili-
 gro" de que hablábamos, que no es lo natural. Pues que si tal manifestación o -
 ley física no acontece, pierde su validez, se derrumban sus cimientos. No así -
 la norma, la cual puede ser incumplida; su deber ser puede no llegar a ser, sin
 que deje de ser norma. Por eso muestra insistencia en la diferenciación entre -
 norma y ley, porque ésta, la ley, hace relación a una cadena de causalidad, y -
 aquella, la norma, lleva el sello de una estimativa y resiste un juicio de valor.

Tratando entonces, de definir la ley, entendiéndola como el MODO DE SER-
 de aquellos entes faltos de todo juicio de valor y distintos a la persona huma-
 na razonadora diremos que es la manifestación física de tales seres que resulta
 ineluctable y necesariamente de un nexo de causalidad establecido entre determi-
 nadas y presupuestas condiciones e igualmente determinadas consecuencias.

Por lo mismo la clasificación del MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL, que
 hemos desarrollado en esta parte introductiva, es una inquietud o mejor dicho -
 un llamado a salir de viejos y tradicionales moldes que nos impiden dar la acep-
 ción justa y científica a estas dos palabras: ley y norma. Que no por razón ra-
 zonada sino por mero mecanismo mental puede explicarse el contrasentido de una-
 pretendida equivalencia de ellas. Sobre todo, en el lenguaje jurídico, la doc-
 trina, la jurisprudencia, la legislación, indistintamente las usan. Ley de le-
 yes se llama a la Constitución, a la par que se la denomina Norma Fundamental.

Para la época antigua, nada criticable es que los Griegos hubieran -
 confundido los términos Nomos y Lex; que para los romanos el vocablo ley, lo -
 mismo hubiera significado la conducta humana, es decir un deber ser, que el -

tener que ser indefectible y necesario de las manifestaciones físicas. Pues por ese entonces, ni el pensamiento helénico ni el laico, habían logrado dilucidar tal diferenciación. Pero desde la última década del siglo XIX, se ha ahondado con detenimiento en el campo axiológico. Y claramente se ha concluido que la conducta humana, en tanto que represente un deber ser, siempre que apunte a la realización de valores, como quiera que se sitúe en una zona estimativa, subsu-me una norma. Y lo propio, en el campo de las ciencias prácticas, que estudian lo que hemos llamado las realidades dadas, ya nadie habla, y está bien, de NORMAS. Contra-sentido científico sería hablar, por ejemplo, de normas de la gravedad.

Entonces que del lenguaje de las ciencias especulativas, como la jurídica, así mismo, definitivamente se proscriba como contra-sentido científico, - la palabra LEY, y se intronice la NORMATIVIDAD.

Que doctrinarios, Jueces y Legisladores, en un verbalismo fatuo, en un malabarismo de palabras, usen indistintamente, los vocablos ley o norma, como significándoles lo mismo, querría decir que ignoran principios Ontológicos del Derecho universalmente reconocidos.

Si lográramos que se hiciera conciencia de esta distinción que relie-vamos en este ensayo, dentro de una ciencia eminentemente discursiva, polémica, y por lo mismo cambiante y dinámica, como lo es el Derecho, orgullosos nos sentiríamos y con creces quedaría pagado nuestro esfuerzo.

CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES

SUMARIO:

A) COMPOSICION UNITARIA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO.- B) METODOLOGIA EN SU ELABORACION: a) GENERALIDADES SOBRE METODOLOGIA: I. CONCEPTO DE METODO.- II. CLASIFICACION: 1º METODO DISCURSIVO, RACIONAL, CAUSALISTA O SICOLOGISTA: A') Aspecto Epistemológico: a') Análisis.- b') Su Operancia: I' Procedimiento Inductivo.- 1'. Completo o de mayor certeza.- 2' Incompleto o de menor certeza.- B') Aspecto Gnoseológico: a') Análisis.- b') Crítica.- 2º METODO DESCRIPTIVO, HISTORICISTA, OBJETIVO O POSITIVISTA: A') Análisis.- B') Crítica.- 3º METODO INTUITIVO: A') Análisis.- B') Clasificación: a') Intuición Intelectual.- b') Intuición Emocional.- c') Intuición Volitiva.- d') TENDENCIAS METODOLOGICAS EN LA ELABORACION DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO: I. INCIDENCIAS DEL SUJETIVISMO, RACIONALISMO O CAUSALISMO, O SICOLOGISMO.- II. INCIDENCIAS DEL HISTORICISMO, OBJETIVISMO O POSITIVISMO.- III. SOLUCION PROPUESTA.- C) CARACTERISTICAS DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO: a) BILATERALIDAD.- b) EXTERIORIDAD.- c) COERCITIVIDAD.- d) HETERONOMIA.-

A) COMPOSICION UNITARIA DE UN ORDENAMIENTO JURIDICO.- En la parte introductiva de nuestro trabajo, que acabamos de desarrollar, dentro de las Normas de Conducta Razonadora Humana o Normatividad, hicimos una distinción basada en la biforme faceta u orden de la actividad humana y hablamos de:

- 1º NORMAS DE ORDEN INDIVIDUAL.
- 2º NORMAS DE ORDEN INTERINDIVIDUAL O SOCIAL.

Y es, entonces, en este segundo aspecto de la actividad humana la interindividual o social, donde encontramos un abigarrado bosquejo de NORMAS, que a cada paso rigen, regulan y limitan las relaciones de la humana convivencia.- Y es, esta balumba multiforme de reglamentaciones y preceptos, de situaciones, de normas de diferente jerarquía y valor, de diversa procedencia y disímiles tipos, lo que constituye el ORDENAMIENTO JURIDICO.

Claro que este ordenamiento jurídico en términos generales considerado o sea comprensivo de lo que se llama DERECHO NATURAL y Derecho Positivo o Estatal tiene variadas fuentes o procesos de creación de sus normas, y múltiples factores o elementos que determinan su contenido: la legislación, por

ejemplo, es una de las más abundantes fuentes y quizá la principal; lo es también la costumbre, entendida ésta como el conjunto de prácticas implantadas por una Colectividad, en forma general, continua y uniforme, y es fuente de Derecho, porque, o nace de ella, en los Países donde no hay Derecho escrito, o sirve como medio de lo que precisamente se llama Derecho Consuetudinario, o sirve como medio de suplir vacíos dejados por las Legislaciones escritas, impotentes de Subsumir en fórmulas o normas la actividad humana múltiple y cambiante; y lo es, igualmente, la Jurisprudencia en cuanto resuelve la incoherencia y obscuridad de los Estatutos Normativos y trata de armonizarlos, interpretando y coordinando sus principios mediante las decisiones de los Tribunales; y en plan eminentemente citamos finalmente la Doctrina, sea que ésta encierre sistematizaciones teóricas, o contenga interpretaciones concretas, o principios científicos jurídicos en general, aportados por los Juristas o Estudiosos del Derecho. Todo lo anterior, teniendo en cuenta sólo lo que se denomina "Fuentes Formales", y dando por descontado que lo jurídico igualmente hunde sus raíces en instituciones, inscripciones, papiros, libros antiguos, todo lo cual se resume en lo llamado "Fuentes Históricas".

Pero concretándonos al plano jurídico Positivo o Estatal, la Norma Fundamental o Constitución, las mal llamadas "Leyes" ordinarias, los decretos ordenanzas, sentencias, acuerdos, tratados, órdenes administrativas, etc., (a todo lo cual luego nos referiremos resumiéndolo en dos grandes grupos: Normas Originarias y Normas Derivadas), son los que constituyen y conforman un ORDENAMIENTO JURIDICO, con vigencia y validez en un determinado lugar y en un determinado momento histórico.

Ahora bien, analizando de conjunto este panorama normativo, se evidencia que, a la estructuración de un Orden Jurídico, concurre un multiforme conjunto de normas, complejas, disímiles, de diferente jerarquía y valor, hemos dicho, originadas en diferentes fuentes, es cierto, pero que se coordinan y relacionan unas con otras y se fusionan en una sola articulación orgánica. Y entre sí, todas ellas guardan tales relaciones de coordinación y dependencia, que sistematizadas y conexas operan con un común título de vigencia y un común fundamento de validez.

A este respecto, bien apunta el tratadista Ibero Manuel García Pella en su tratado de Derecho Constitucional Comparado, cuando dice: "Esta consideración funcional (la del Derecho Constitucional dentro del Ordenamiento Jurídico), se hace tanto más necesaria si se tiene en cuenta que el Orden Ju-

El ordenamiento jurídico constituye una totalidad y que, por consiguiente, ninguna de sus partes tiene sentido sin referencia a las demás. "Los preceptos jurídicos individuales, ha dicho Richard Schimidt carecen de existencia en la vida real, pues, en efecto, todo precepto jurídico rige y obliga únicamente en relación mediata o inmediata con los demás que lo determinen limitan o complementan, por otro lado, y en correspondencia con esta estructura real, dado que la Jurisprudencia, es ciencia destinada a comprender y no a explicar sus objetos, es claro que sólo puede cumplir su cometido cuando capte el sentido de los preceptos, es decir, mediante sus conexiones con la totalidad.- "Como ha dicho Somló, las normas jurídicas particularizadas sólo tienen existencia como abstracción mental, "no hay más que normas jurídicas que rigen a través de sus conexiones, hay tan sólo un orden jurídico, y es la pertenencia hacia él lo que convierte a una norma en norma jurídica".

Y lo que apunta Somló, citado por García Pelayo, lo anota igualmente Kelsen, quien parece derivar, nada menos que la misma validez del Ordenamiento Jurídico, de su unidad o referencia o convergencia a una norma única. Pues, para el Maestro de la Escuela Vienesa, la pluralidad de normas que se aglutinan en un Ordenamiento Jurídico, no sólo se disponen en varios estratos jerarquizados, sino que, después de determinarse unas a otras y de depender unas de otras, todas encuentran unidad en la Norma Fundamental.

B) METODOLOGIA EN SU ELABORACION: a)
GENERALIDADES SOBRE METODOLOGIA: I. CONCEPTO DE METODO.- Pero necia sería la pretensión de un Ordenamiento Jurídico Unitario, contentivo de normas sistemáticamente ordenadas, y unas de otras en relación de dependencia lógica y todas convergentes a una fundamental, si para su elaboración no ha de guiarnos una METODOLOGIA.

Es que en todo proceso cognoscitivo forzosamente se debe adoptar un procedimiento, buscar un camino, éste es, seguir un METODO Científico.

Ahora bien, en un plano filosófico general, hemos de entender por Método el camino que el Intelecto sigue en sus procesos cognoscitivos.

II. CLASIFICACION.- Del método así entendido, se han ensayado varias clasificaciones. En nuestro trabajo pretendemos compendiarlo en tres grandes grupos, a saber:

1º METODO DISCURSIVO, RACIONAL, SUJETIVO, CAUSALISTA O SICOLOGICO

2º METODO DESCRIPTIVO, HISTORICISTA, OBJETIVO O POSITIVISTA.

3º METODO INTUITIVO.

1º METODO DISCURSIVO, RACIONAL, SUJETIVO, CAUSALISTA O SICOLOGICO.

A) Aspecto Epistemológico: a') Análisis.- Discurrir significa recorrer, andar. Lo cual, aplicado al proceso cognoscitivo querría decir hacer tanto como un recorrido intelectual, un análisis para lograr de algo una cierta verificación racional.

Entonces en tanto se analice el aspecto Epistemológico de este método, o sea que por él se busque el origen, la gestación del conocimiento, o este método signifique el camino seguido en la aprehensión de una Entidad, podría definirse como el procedimiento aplicado al acto cognoscitivo, para, mediante un recorrido, razonamiento o análisis intelectual y consiguientemente lograr la aprehensión o verificación de algo.

b') **S u O p e r a n c i a.**- Ahora bien, aplicando este método en cualquier investigación científica, se puede actuar de dos formas: o se parte del estudio de fenómenos o casos particulares, para llegar a un principio general, y tenemos, entonces, un **PROCEDIMIENTO RACIONAL INDUCTIVO** (el cual, según el número mayor o menor de casos analizados, puede ser completo o de mayor certeza, e incompleto o de menor certeza); o se procede de lo general y se desciende a la formulación de un principio particular, y entonces, decimos que se ha empleado un procedimiento racional DEDUCTIVO.

Y adviértase que estos dos procedimientos, Inductivo y Deductivo, usados, como acabamos de ver, dentro del método discursivo, racional, subjetivo, causalista o psicológico, lejos de contraponerse tienden a complementarse mutuamente. Y se ha llegado a evidenciar que no es cierto que necesariamente el uno sea contrario del otro, como lo sostuviera el Utopista de la "Nueva Atlántida".

Por algunos se sostiene, igualmente, que el procedimiento DEDUCTIVO es el más empleado y quizá el más útil. Pero, a la par, no pocos encuentran más seguridad en el INDUCTIVO. Y en este afán de contraposición y de prioridad del uno sobre el otro, aún se ha pretendido dividir las ciencias en deductivas e inductivas, de acuerdo con el procedimiento seguido en su aprehensión o conocimiento. Mas tal exclusividad está beñida con la realidad. Quizá, cuando más, se pueda aceptar una preponderancia accidental o casuística del uno sobre el otro.

B') **Aspecto Gnoseológico:** a') **Análisis.**- Sabido es que inquietan siempre sobre la razón o causa de toda aprehensión cognoscitiva, los que se deciden por el método que venimos analizando.

Y en su aspecto gnoseológico o sea cuando se adentra a la estructura misma del conocimiento, a sus elementos, a su naturaleza, a su composición; cuando analiza el conocimiento ya en sí, ya logrado, ya elaborado, el Sujetivismo o llámase también Racionalismo, Causalismo o Psicologismo, - busca, dice Bertrand Rousell, que todo lo que se conoce como existente, sea mental. Es que este método pretende reducir a la mera esfera psicológica, - todo principio cognoscitivo, para que, Entidades como las axiológicas, so- pretexto de que sólo se descubren tras un mecanismo de nuestro intelecto, - sean nada más que "la expresión del modo como funciona nuestra mente en - sus juicios teóricos o prácticos". Y así, para esta corriente filosófico - metodológica, una norma ética o jurídica, no tiene valor absoluto en sí y- por sí, como quiera que sólo es el hallazgo de nuestra síquis o el produc- to de un trabajo consecuencial de nuestro razonamiento.

b') Crítica. - Pero si el logro del conocimiento de cualquier ser y ese mismo conocimiento en sí se redujera sólo a mecanismos psicológicos, - a simples sujetivismos o fríos razonamientos, nos hallaríamos frente a fe- nómenos síquicos sin vigencia ni validez universales. Y por lo mismo cier- tas Entidades Axiológicas, como lo bueno, lo justo, lo bello, por este mé- todo, se sostendría que existen no en sí y por sí, no con vigencia y vali- dez universales, repetimos, sino según las particulares características - mentales para captarlas.

Y aún más, si sólo fuera verdad lo que cada cual lograra median- te una elaboración psicológica individual, no tendría sentido cualquier - controversia; a ningún título ni razonamiento podría imponer, entonces, - MI YO al YO DE LOS DEMAS. Y necio sería que alguien discrepara de MI reali- dad, contraponiendo SU modo de ver las cosas, pues que cada aprehensión - cognoscitiva, como lo quiere el apriorismo subjetivista, racionalista o si- cológico, se daría en mí como una especie de disposición psicológica mfa, - como una especial configuración de mi intelecto.

Por eso tal Metodología, absolutamente aplicada, no es admisible. Porque para poder encontrar la verdadera entidad de las cosas, urge seguir- un método, un camino trazado lo más cerca de la realidad objetiva, y cuanto más al margen posible del individual síquismo en veces demasiado emotivo y- cargado de sentimentalismos.

2º METODO DESCRIPTIVO, HISTORICISTA, OBJETIVO O POSITIVISTA: A')

A n á l i s i s .- Historicismo o positivismo, son términos filosóficos metodológicos, que los Teóricos han querido contraponer al método que acabamos de analizar.

Y es porque este método, a contrario sensu, del subjetivo, discursivo, explicativo, racionalista, causalista o psicológico, enfoca la problemática del conocimiento sólo con ánimo realista. Aquí el sujeto busca el contenido real y de allí extrae su criterio de verdad. Por éste método se persigue una descripción o enunciación de los sucesos o fenómenos, objeto del conocimiento, singularizando -los sí pero no valorándolos ni enjuiciándolos.

Un historicista o positivista llega al conocimiento de una Entidad pero sin justipreciarla. De allí que filósofos jurídico-políticos como Dilthey, Splengler y Toynbee, para sólo nombrar tres en este trabajo que no es de erudición sino de sistematización, al querer comprender y analizar un Ordenamiento Jurídico-Político, a la luz de este método, describen su estructura, llegan al conocimiento de ella, tan sólo historiándola, describiéndola, objetivizándola en sí y por sí y cuidándose de emitir juicios de valor o apreciaciones subjetivas.

B') Crítica.- Pero esta tendencia, si bien es cierto que - certeramente critica al subjetivismo el radical escepticismo de creer que - el conocimiento depende única y exclusivamente de la configuración y estructura de la esfera síquica individual, en veces también se extralimita al querer hallar la Entidad de lo verdadero, buscándola en algo distinto a un fenómeno psicológico, y aún en algo completamente desarticulado de la misma vida humana. Y en esto estriba su error, porque el verdadero conocimiento, si bien no es fruto de subjetividad del hombre, tampoco puede darse independientemente de la humana existencia y sólo puede lograrse en función de una íntima relación y concordancia del sujeto con los objetos, del yo con su mundo, del yo con su contorno y circunstancias.

Tarea fundamental de la Legislación, de la Doctrina, de la Jurisprudencia, del juez, debe ser, entonces, procurar no oscurecer los proble-

mas jurídicos sino dilucidarlos con positiva intención de resolverlos. Lo ideal sería adoptar, para la formación de una norma jurídica, el mismo método que ha permitido a las demás actividades humanas progresos definitivos que nadie osaría desconocer. Si quienes estructuran un orden jurídico, nos lo dieran con objetividad y a la vez sin marginarse de la vida humana, volveríamos por los fueros del verdadero concepto de Derecho.

La historia del Derecho Constitucional, por ejemplo, repleta está de teorías sobre el Estado. Dando un vistazo desde la "politeia" de los griegos o la civitas de los romanos, hasta las democracias o Estados de Derechos y aún los regímenes totalitarios modernos, sólo encontramos anhelos y no realidades jurídico-políticas.

Pero adviértase también que la conciencia que formamos sobre una Entidad jurídico-política no puede ser el fruto de meras concepciones subjetivas, es cierto pero tampoco puede consistir en una simple idea que sólo tenga valor en sí y por sí, con entera independencia de la vida humana.

Pedazos de vida humana, de vida humana vivida, es el Derecho, y tan íntimamente está relacionado con el hombre, que su Entidad sólo puede ser captada y entendida, relacionando la objetividad que de él logremos con la subjetividad de la humana existencia.

3º METODO INTUITIVO; A') Análisis.- En este método no hay proceso, ni análisis progresivo o verificación racional, aquí el conocimiento se nos da en forma súbita, instantánea.

Poco podemos decir de este método, tanto más que en el campo filosófico aún se sigue discutiendo sobre su aceptación. Pero creemos entender que, por este método, las aprehensiones cognoscitivas, se suceden a modo de "chispazos" o de "Schocks" intelectivos, emocionales o volitivos.

B') Clasificación.- Por lo anterior se explica que sus seguidores hablan de:

a) Intuición Intelectual.

b) Intuición Emocional.

c) Intuición Volitiva.

La primera de gran revuelo en la Fenomenología de Edmund Husserl, - filosofía que explica la aceptación de las esencias por medio de intuiciones - intelectivas. Intuiciones éstas que nos dan el conocimiento de las esencias de modo inmediato.

La Intuición Emocional, de gran aplicación en la estética y en la axiología. La célebre sentencia de Pascal de que "el corazón tiene razones que el cerebro ignora", bien puede ser metafórica y por lo mismo poética, pero lleva muy claro este método de cognición en el que campea el sentimiento.

Por último, la Intuición Volitiva, encarnada en la filosofía de Juan Teófilo Fichte, quien encara el proceso cognoscitivo de los seres, bien sea el teórico y aún el práctico, explicando la aprehensión de las cosas mediante - sensaciones que brotan de una fuente, la más íntima en el hombre; su yo mismo - o su conciencia. Todo conocimiento, pues, para la filosofía Fichteana, supone - una autodeterminación del yo, pero de un YO absoluto, inmerso en mí mismo, fru - to de un acto de MÍ voluntad, y que es algo así como una conciencia ilimitada, - infinita, que genera otros yo, pero estos ya objetivizados. Y es precisamente - ésto último, ésto que pudiéramos llamar dualidad de un yo subjetivo, íntimo, - conciencia, voluntad, y un yo objetivizado, lo que distingue la filosofía de - Fichte del Idealismo puro.

b) TENDENCIAS METODOLÓGICAS EN LA ELABORACION DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO.- Es indiscutible que una principal aplicación en el campo jurídico, - han tenido estas corrientes metodológicas. Pero hemos advertido que en el cam - po filosófico general, hasta se ha llegado a dudar de la aplicación del Método Intuitivo. Por lo mismo renunciamos a la búsqueda de las incidencias que pudie - ra tener este método en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico, tanto más - que concretándonos a las proyecciones de los dos métodos restantes, creemos - cumplir suficientemente con el desarrollo de esta parte de nuestro trabajo, - que, entonces, lo esbozamos así:

I. INCIDENCIAS DEL SUJETIVISMO, RACIONALISMO, CAUSALISMO O SIGOLO -

GISMO.

Con el Renacimiento aparece una nueva concepción del mundo y de la vida, según la cual, sólo a la luz de la razón, se puede analizar toda concepción humana. El racionalista, hemos dicho, en el proceso cognoscitivo desecha todo apoyo en la experiencia, que dice, es lo confuso, lo dudoso, lo problemático, y únicamente fundamenta sus hallazgos de verdad sobre su propia conciencia y razón, como quiera que el pensamiento es la única realidad firme e indubitable.

Y naturalmente este análisis subjetivo-racionalista del Universo, repercute o incide en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico. Altucio, Grocio, Tomasio, Pufendert, Wolff, Haurieu, Yhering, elaboran y defienden una sistemática jurídica fundada únicamente en la reflexión racional pura, con el vido absoluto de la experiencia histórica. Y este es el origen de la llamada Escuela Clásica del Derecho Natural.

Para esta teoría, el auténtico Derecho, es tan sólo el Derecho Natural, aquel que descubre la razón. "El Derecho es anterior a la Ley", dicen los sicologistas por boca de Laurent, y "se funda en la naturaleza del hombre". Y parece que al decir "Ley", hacen referencia a la norma positiva o estatal o lo que con la terminología Kelseniana, hemos llamado Derecho "Instituido".

Es que el hombre, al nacer, sostienen los causalistas, adquiere ciertos derechos subjetivos, individuales y naturales, que lo capacitan para desarrollar libremente su actividad física, intelectual y moral. El individuo es quien posee la suma de derechos y es él quien, mediante una voluntaria limitación, entrega a la Autoridad Pública un tanto de poder que ésta tiene que ejercer de acuerdo con los trámites del mandato conferido".

Claro que contra este enfoque jurídico-racionalista, se levantó la voz del Positivismo abanderado por Duguit, para decir que tales conclusiones eran apriorísticas e hipotéticas; que la igualdad absoluta de los hombres, traída a la realidad, es un mito y absolutamente contraria a los hechos, que el único fundamento de un Ordenamiento Jurídico es la solidaridad social; que no hay más Derecho que el Derecho Estatal, el Derecho Positivo, y que por lo mismo el Derecho que pretende el subjetivismo, se genera y hunde sus raíces en el Derecho Objetivo.

Pero a la crítica de León Duguit, contraponen Hauriou, por los racionalistas, otra afirmación no menos enfática: la de que el Derecho no está todo contenido en la normatividad positiva, sino que, al lado y por encima de ésta, existe un conjunto de principios, de directivas, de "standars", que son, algo así como una superlegalidad. Principios cuya pluralidad, se unifica o converge a la referencia de conceptos primarios o fundamentales, la razón pura en este caso. Y estos principios que constituyen el Derecho Natural, que derivan de la misma entidad humana, que debieron ser el Ordenamiento Jurídico que nombrara la conducta del hombre en su pristino estado, son los mismos, apuntan los subjetivistas, que ahora, ya en una sociedad organizada, inspiran y orientan al legislador en la tarea de estructurar las normas; o son guía para el juez en su interpretación y aplicación, y aún llenan los vacíos de los Ordenamientos Jurídico-Positivos, ya que éstos no alcanzan a reglar la múltiple y compleja variedad de las conductas humanas.

II. INCIDENCIAS DEL HISTORICISMO? OBJETIVISMO O POSITIVISMO.- Es cuestionable que los subjetivistas, racionalistas, causalistas o sicologistas, sobre todo en los siglos XVII y XVIII, con su fe ciega en la razón, creyeran posible determinar un sistema fijo de reglas universales que abrazaran el conjunto de las Instituciones y todas las ramas de la actividad humana.

Es entonces, cuando reaccionan contra éstas concepciones, los historicistas, objetivistas o positivistas. León Duguit, su adalid, contraponen al clásico racionalismo, un positivismo solidarista, basado en el hecho de que los hombres son solidarios unos con otros, ya sea en sus necesidades comunes (solidaridad por similitud), o porque tienen necesidades diferentes (solidaridad por diferenciación de capacidades).

En el plano filosófico general, hemos visto que el Positivismo declara que la certeza sólo se logra en todas las ciencias ateniéndose a los resultados de la experiencia. Por lo mismo, repudia toda aplicación dogmática o metafísica. La ciencia es relativa y no absoluta y nada se acepta mientras no se verifique experimentalmente.

Pero en sus incidencias en el campo del Derecho, el positivismo se bifurca en dos tendencias:

Positivismo propiamente jurídico.

Positivismo Socio-Jurídico.

Uno y otro, es cierto, acordes están en la pretensión de elaborar un Ordenamiento Jurídico al margen de dogmatismos, principios metafísicos o trascendentes; pero discrepan en el análisis de la validez y vigencia de la norma jurídica. Pues, mientras que para el Positivismo Jurídico es Derecho - cierto y vigente, toda norma positiva que imponga la autoridad del Estado, - para el Positivismo Socio-Jurídico, en cambio, un texto normativo sólo importa siempre y cuando tenga aplicación y no sea desconocido en la práctica de acuerdo con ciertos hechos sociales (medio social, económico, político, histórico, religioso, etc.) Y por lo mismo, para esta tendencia, una norma que no tenga practicabilidad, es letra muerta, o cuando más un simple anhelo del legislador.

III. SOLUCION PROPUESTA. - La problemática de la Metodología en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico, es evidente que no queda dilucidada con el mero enunciamiento y caracterización de los sistemas metodológicos - que hemos enunciado. Sería como dejar los cabos sueltos.

Tócanos entonces, proponer una solución que precisamente lime sus extremismos y trate de conciliar tales sistemas para que cada uno aporte lo aceptable que tiene.

Es que lo bueno o lo malo, lo justo o lo arbitrario, o en fin, todas las ideas o principios axiológicos, siliarios de un Ordenamiento Jurídico no pueden reducirse simplemente a hechos psicológicos individuales, a impulsos o sentimientos subjetivos, a frios razonamientos, a ciegas concatenaciones de causa a efecto, a meros juicios apriorísticos, sino que tienen que ajustarse a una realidad objetiva, para que tales normas adquieran una vigencia y validez más o menos estables.

Pero tampoco la sistemática jurídica, ha de esclavizarse a la observación de los datos que nos llegan por la experiencia histórica. Un historicismo, objetivismo o positivismo radical y escéptico, aplicado al campo del Derecho, sería precisamente la negación de la norma jurídica, que, por esencia, y como queda demostrado en la parte introductiva de este trabajo, es un DEBER SER, algo que implica un juicio de valor. La juridicidad no ha de estar en el mundo de los fenómenos pura y escuetamente analizados sin que signifiquen otra cosa que fenómeno. Las normas jurídicas han de surgir del hecho de proyectar sobre esos fenómenos criterios estimativos. La diferencia entre un valor y un desvalor, sólo podría apreciarse a la luz de una idea deontológica o de finalidad, la cual no proviene de la experiencia, sino que es dada por el intelecto. Claro que el deber ser, la normatividad, los fines y los valores pueden hallarse encarnados en ciertas realidades, pero, para distinguirlos, comprenderlos, aprehenderlos, es necesario amoldarlos, encausarlos, pudiéramos decir, en una idea apriori, fruto de una elaboración intelectual.

Pero es bueno advertir que, con lo que hasta aquí hemos expuesto, no queremos insinuar que en una sistemática del conocimiento, y concretamente en la metodología a seguir en la sistemática de un Ordenamiento Jurídico, racionalismo y positivismo esten en franca pugna. Por el contrario ya advertimos que la solución que proponemos la fundamentamos precisamente en su conciliación.

No importa que repitamos que la raíz o fundamento de toda estimación, es una idea a priori y que esta no procede de la experiencia externa, del mundo de la pura naturaleza, del mundo de los meros fenómenos, por que en tanto que tales y nada mas que como tales, estos fenómenos hablan de lo que SE ES y como se es y nada más; son ciegos a toda valoración, sin un más ni un menos, sin un más allá ni un más acá, son planos, pudiéramos decir, o sea sin rangos ni jerarquías.

Pero esto no significa, insistimos, que el legislador, para elaborar sus criterios jurídicos, haya de aislarse de la experiencia social, y extraerlos únicamente de su mente. No, definitivamente no. Admitido que tales criterios no proceden de lo que nos es dado en la experiencia, pero cierto

también que la mayor parte de las veces se nos ocurren tan sólo con ocasión de la experiencia. La experiencia no es, pues, la fuente de los conocimientos a priori, pero puede constituir la incitación, el aliciente para que finalmente los descubra.

Y por lo mismo, el filósofo jurídico o doctrinario, el legislador, el magistrado, el juez, lejos de aislarse de las realidades sociales, debe sumirse profundamente en ellas, observarlas cuidadosamente, vivirlas con intensidad, pues, sólo así, del íntimo contacto con la experiencia histórica, podrá gestar, entender, interpretar y aplicar normas jurídicas que subsuman una verdadera justicia que les garantice vigencia estable y hasta validez universal.

Si quienes estructuran un orden jurídico, lo elaboran con objetividad así, pero a la vez sin marginarse de la vida humana, irían por el verdadero camino al encuentro de lo jurídico. En la normativización de la conducta humana el error ha constituido entonces, en la aplicación de un método con la presidencia del otro, sin procurar la conciliación que insinuamos.

En nuestro medio por ejemplo, ha campeado un subjetivismo tropical, inestable, soñador y politiquero en la elaboración de cualquier Estatuto Jurídico. Y por eso, ya de tiempo atrás, un código sucede a otro y a despecho de la balumba de normas y decretos y de reformas que se reforman unas a otras, el problema jurídico sigue latente y la lentitud e ineficacia de la justicia, si se diga que no puede ser de otra forma, pues que el Derecho es esencialmente dinámico y cambiante, porque éste no justifica que un sistema "legal" reemplazase a otro con tanta prontitud que ni siquiera el anterior alcanza a entrar plenamente en vigencia.

Pues que no otra cosa sino esto se ha demostrado con los 18 decretos relacionados con la administración de justicia que pomposamente se dieran llamar "REFORMA JUDICIAL". De cuántas polémicas y discrepancias fueron objeto; por una parte, sus inspiradores, apologistas y defensores a cual más lo ensalzaron y los declararon a voz en cuello, como "un gran acierto del Gobierno del Frente Nacional", y que sus resultados, dijeron, podrían convertirse en una justificación histórica, o que representarían "uno de los pasos más importantes dados en los últimos tiempos, en el proceso de transformación estructural que requieren todos los elementos del Estado".

Y de otro lado no pocas críticas juiciosas, maduras y razonadas y -
nas, ligeras, apasionadas o egoistas otras, incidieron gravemente y casi echa-
ron por tierra este "Memmento Jurídico", que se decía reflejaba la realidad-
nacional. La misma Corte, recordemos, descontados 5 salvamentos de voto, al -
declarar inexequibles todas las disposiciones que significaban dejar sin fun-
ciones a los Jueces de Circuito, porque esto era como borrar de la jerarquía
Judicial Funcionarios de creación Constitucional, traumatizó tan mortalmente-
la "GRAN REFORMA JUDICIAL" que al decir del mismo Ministro de Justicia de ese
entonces, doctor Raimundo Emiliano Román, tal demisión, de no haber estado el
país en estado de sitio, hubiera sido suficiente para implantarlo.

Y es así como estamos nuevamente a la expectativa de más normas que
entraran de turno, ahora con el epigrafe de "CONTRAREFORMA" en el afán de sal-
var del caos la organización del Poder Jurisdiccional.

En el procedimiento estructural de nuestras Instituciones Jurídicas
si ha faltado entonces un mayor objetivismo que hubiera llevado a nuestros le-
gisladores a analizar con criterio real las causas (sean ellas de orden so-
cial, económico, moral, religioso) originarias de ilícitos en el campo penal-
o del incumplimiento de obligaciones de carácter civil. Porque no creemos,
que dentro de nuestra Colectividad Jurídico-Política, el cuadro delictivo y -
el olvido de todo sentimiento de justicia, sea tan protuberante, amenazador y
grave, que resulte inoperante e insuficiente cualquier ensayo normativo. Se -
ría más bien de pensar que, quienes están llamados a elaborar un Ordenamiento
Jurídico, tranquilizan su conciencia con el mero hecho de dictar normas, que
son, si se quiere, joyas literarias, pero que resultan impracticables e infe-
cundas, toda vez que no captan precisamente esa realidad social, económica, -
política, moral, religiosa que vive la masa humana para la cual legislan.

Como corolario, pues, de este capítulo, dejemos consignado nuestro
ferviente deseo de que la solución de la problemática socio-jurídica que se -
propone en una norma esté acorde con la realidad y no en forma amañada, al-
terada y acomodaticia a intereses partidistas. Y que luego el tratadista, el
Magistrado y el Juez, en la interpretación y aplicación de esa norma, no pro-
cedan con egoismos, o quieran envolverlos en velos doctrinarios y dogmáticos-
que desfiguren su objetividad. Que sepan que las actuales circunstancias exi-
gen actuar con decisión, rompiendo moldes tradicionalistas y anquilozados, -

pues ^{que} en el campo de las ciencias especulativas y dinámicas, como el Derecho, no se puede pensar en dogmas o verdades absolutas y de validez eterna. Ojalá que las asombrosas experiencias diarias que hoy convierten en principios revaluados los intocables axiomas de ayer, sirvan para modificar criterios de quienes en el campo científico-jurídico, aún creen en verdades últimas y definitivas.

--- 0 ---

C) CARACTERÍSTICAS DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO.- No olvidemos que en la parte introductiva de este trabajo clasificamos las normas de conducta razonadora humana, en normas de orden individual y en normas de orden interindividual o social. Y refiriéndonos a estas últimas, dimos como ejemplo precisamente las normas del Ordenamiento Jurídico. Pero sólo a modo de ejemplo, repetimos, porque con ellas podrían enumerarse también los usos, las reglas de trato social, etc.

Con referencia a las normas del Ordenamiento Jurídico, conviene entonces, a fin de mejor concretarlas, precisar sus más relevantes características, que las resumimos así:

- a) BILATERALIDAD.
- b) EXTERIORIDAD.
- c) COERCITIVIDAD.
- d) HETERONOMIA.

a) BILATERALIDAD.- Las normas de un Ordenamiento Jurídico, con creación de una conducta humana razonadora interindividual o social, han de mirarse dentro de esa bilateralidad que pone en juego las acciones, comportamientos, o conductas de los sujetos entre sí.

De una acción u omisión, conducta en todo caso de uno, en razón de tal bilateralidad, ha de desprenderse un asentimiento o impedimento, como correlativa conducta de otro. El acto que conlleva una norma jurídica no únicamente hace relación al sujeto mismo que la realiza, no converge sólo a él, no se queda sólo en él, sino que se enfrenta, pudiéramos decir, con otro acto de otra u otras personas. Y establecen entre sí tal coordinación, bilateralidad o pluralidad, que sólo el uno es posible o lícito, en tanto que el otro no le resulte impeditivo. Y a contrario sensu, sólo esto podrá decirse-

que lícitamente es impeditivo, si de aquello resulta una conducta no debida. -

"El principio jurídico, dice Del Vecchio, refiriéndose a este tema, -
 tiende a instituir una coordinación objetiva del obrar, y se traduce en una -
 parte correlativa de posibilidades e imposibilidades de contenido con respecto
 a varios sujetos."

Y Carlos Cossio, igualmente insiste que la norma jurídica enfoca la
 conducta humana desde el punto de vista de la interferencia intersubjetiva.

Dentro de una clasificación muy generalizada del Derecho, se habla -
 de Derecho subjetivo, como "la facultad de hacer o de omitir algo". Pero ha de
 entenderse el vocablo facultad con la posibilidad de obrar que brinda una nor-
 ma jurídica, que no en el sentido de aptitud o capacidad o idoneidad para ha-
 cer algo, pues solo en tal acepción jurídica de posibilidad, la facultad, en -
 función de bilateralidad o intersubjetividad, exige correlativamente una obli-
 gación, como quiera que las facultades y las obligaciones, dentro de una norma
 jurídica, tienen un juego de reciprocidad.

Y a esto, precisamente, quiere referirse García Maynez cuando apun-
 ta: "por su carácter bilateral, la regulación jurídica establece en todo caso -
 relaciones entre diversas personas. Al obligado suele llamársele sujeto pasivo
 de la relación; a la persona autorizada para exigir de aquel la observancia de
 la norma, dómínasele sujeto activo, facultado, derecho-habiente o pretensor. - /
 La obligación del sujeto es una deuda, en cuanto al pretensor tiene el derecho
 de reclamar cumplimiento de la misma".

Es que la bilateralidad se relleva tanto en el campo jurídico que -
 cuando de parte nuestra está la obligación aceptamos lo que debemos por una re-
 lación de correlatividad o bilateralidad que nos conecta con el derecho de a -
 aquel con quien nos obligamos.. Y así en el campo ético una pretensión la aten-
 demos como súplica y la satisfacción de ella o la entrega que hacemos podría -
 significarnos dádiva o gratuidad, las exigencias que nacen de la interrelación
 o bilateralidad jurídica, han de satisfacerse como algo debido, pues que si no
 se cumplen ocurre la violación de una norma y la producción de un daño en el -
 titular del Derecho, quedando a su favor el poder constreñirnos a una indemni-
 zación.

b) EXTERIORIDAD.- Al esbozar las características distintivas entre moral y Derecho, ya prácticamente hicimos hincapié en la forma externa como se manifiesta el Derecho. Pero insistimos con Kant en decir que la norma jurídica en contraposición con la ética que incide en la esfera íntima del individuo, limitase a prescribir la ejecución puramente externa de cierta conducta, sin importarle los propósitos internos o subjetividad del comportamiento humano.

La conducta o comportamiento humano, tiene en la norma jurídica una repercusión externa que comprende el modo de ser de un sujeto con incidencia en la convivencia de otro u otros sujetos a quienes debe una justificación o razón de ser de tal conducta, pues que el Ordenamiento Jurídico, como orden social que es, ha de referirse al comportamiento externo de las gentes, ha de reglar las vinculaciones objetivas entre los varios sujetos y no las motivaciones de un individuo interiormente considerado**.

Pero entendida esta exterioridad en forma absoluta, estricto sensu podría preguntarse: por qué, entonces muestra norma sustantiva civil, Art. 762 que es Ordenamiento Jurídico de relaciones patrimoniales o económicas interindividuales, para reconocer la posesión, exige un elemento interior, psicológico, subjetivo, esto es, el animus domini?. Y entiéndase que al insinuar esta objeción no nos referimos a la posesión en sí, que es un hecho, porque entonces no habría problema, sino a la regulación, al reconocimiento que hace el Código, o sea el Derecho de ese hecho, subconditio del animus, y entonces sí surge problema con relación a la exterioridad que predicamos de un Ordenamiento Jurídico. Pero si se quiere agudizar el problema, con un caso de juridicidad incuestionable, el mismo estatuto sustantivo, trae el contrato de sociedad, entre cuyos elementos esenciales, la Doctrina y la Jurisprudencia unánimemente exigen la affectio societatis, elemento anímico éste, tan subjetivo, interior, y psicológico como el animus, pues que uno y otro, entendidos o interpretados, lato sensu, podrían ser sinónimos.

Y hay más; la norma punitiva, que describe o encasilla el ilícito penal entiende como delito un hecho sico-físico, o sea que, para configurar la imputabilidad de una acción delictiva, exige el dolo. Y dejemos que el Profesor Luis Jiménez de Azua nos diga qué es dolo: es, apunta, "la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio del mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación -

del resultado que se quiere o ratifica" (los subrayados son nuestros). Con conciencia; con conocimiento; con voluntad. Es decir que el ilícito penal frágua, en su aspecto síquico, ingredientes anidados todos en la interioridad del sujeto delictivo.

Será, entonces, ésto y lo anotado en el campo civil, la negación de la exterioridad?. No. Y simplemente, como quedó explicado en la parte introductiva de nuestro trabajo, porque la norma jurídica es una conducta humana razonadora y como tal echa raíces en la interioridad subjetiva, es cierto, pero, ya en su expresión, en su manifestarse, en sus resonancias, es siempre externa. Por eso el dolo, el animus, la premeditación, la affectio, a fuer de ser estados anímicos, psicológicos, íntimos, proyectados al campo jurídico, son situaciones interiores, pero exteriorizadas.

c) COERCITIVIDAD.- No nos cansaremos de decir que la norma jurídica es una conducta humana razonadora. Y como quiera que regla conductas interindividuales, debe estar acuñada o respaldada por una voluntad o una decisión que garantice tal comportamiento. Y ésto, y no otra cosa es la COERCITIVIDAD, característica que ha sido institucionalizada mediante el Poder Público, factor esencial en una Colectividad Jurídico-Política o Estatal. Y es precisamente por la coercitividad que conlleva una norma jurídica, por lo que un comportamiento humano interindividual, no se disgrega ni se anarquiza.

Los Doctrinarios, Tratadistas, Estudiosos del Derecho, o como se los quiera llamar, no pocas veces, amigos de sutilezas, en la sola denominación de esta voluntad de imposición, característica esencial de lo jurídico, se han enredado en discusiones bizantinas. De coactividad hablan unos; de autorquía otros; impositividad es el vocablo que no pocos proponen; pero si se ha generalizado más el término coercitividad.

Pero si han de tener mucho cuidado, sobre todo los que usan términos como inexorabilidad, porque con una terminología como ésta, por significar la impositividad de la norma jurídica, podría insinuarse una ineluctabilidad o necesidad, características propias, no de una norma jurídica, sino de una ley física.

Al acuñar el Derecho con la característica de la coercitividad, hemos de entender que le damos una POSIBILIDAD de cumplimiento forzoso, y no una absoluta y ciega SEGURIDAD de realizaciones que dimana de la misma norma jurídica en sí y por sí. La coercitividad de la norma jurídica difiere, pues,

radicalmente de la forzosidad ciega y necesaria de una ley física. La institución de la una está en el convenio o entendimiento de voluntades que se han comprometido a garantizar su operancia, para evitar la anarquía y aislamiento de individuos entre sí; el imperio de la otra, radica en un tener que ser así ineluctablemente y por fuerza que está en ella misma y que se cumple sin contar con el querer humano. De ahí que los sociólogos, más que los mismos juristas, se dieran cuenta de que la coercitividad jurídica, es una obligatoriedad social, toda vez que pretende una convivencia intersubjetiva.

Y si el Derecho ha de cumplirse, en veces, a la fuerza, con intervención policiva, es porque se ha convenido de modo conjunto y compartido de que su sentido intencional vaya al logro de un comportamiento, de una conducta, de una normatividad amonizados con la bienandanza de la colectividad. Y por lo mismo, una vez instituida la norma jurídica como mandato interindividual o social, poco o nada importa para ella la consideración singular o individual; no la detienen conveniencias subjetivas sino que su objetividad se hace sentir por la coercitividad, por la forzosidad que se le ha dado, precisamente, en previsión de la posibilidad de incumplimiento que conlleva. Bien apunta la sutileza de Luis Legaz Lacambra, dentro del debatido aspecto de que si la coacción es o no una nota esencial del Derecho, al decir que no es propiamente la coacción la característica esencial del Derecho, sino la coactividad en tanto ésta signifique la posibilidad de ejercer aquella.

Claro es que el aserto de que poco o nada importa a la norma jurídica la voluntad singular o individual, y que la traspassa para lograr su cumplimiento, inclusive forzándola, tiene ciertos casos exceptivos, en los que vemos que la impositividad del mandato jurídico está condicionada a la Voluntad individual, al querer subjetivo y singular. Y así hay conductas delictivas que sólo son punibles a petición de parte, y hay también obligaciones meramente civiles que igualmente sólo son exigibles, previa demanda o petición del interesado. Pero nótese bien que esa atribución del particular de mover a su antojo, no pudiéramos decir, los hilos de la efectivización, de la obligatoriedad, de la imposición forzosa del Derecho, se la dá el mismo Derecho, o sea que el carácter coactivo del Derecho, en estos casos, cierto que depende de la voluntad privada, pero, insistimos, esta voluntad privada no se ha instituido por sí misma, sino que es válida y posible en tanto que el mismo Derecho la prevé.

d) HETERONOMIA.- La constancia que dejamos consignada de que aún en los casos exceptivos de imposición de la norma jurídica á la voluntad individual, este querer singular se fundamenta no en sí sino en el querer del mismo Derecho, se relleva, se acentúa más al analizar juiciosamente la heteronomía del precepto jurídico. Porque al encontrarse el individuo frente a la alternativa de renunciar o efectivizar un derecho que le asiste, sigue su sujeción a la norma jurídica que autoriza su escogencia. De lo que se desprende que la conducta jurídica no se guía por una voluntad autónoma y absolutamente individual, íntima o netamente propia de quien la realiza, sino que por el contrario, sigue los lineamientos de la heteronomía o sujeción trazados por el legislador y comprensivos de la sistemática de un ordenamiento jurídico.

Tal vez, si se nos permite la graficidad de la expresión, podría pretenderse torpedear la heteronomía jurídica con lo que la doctrina, basada en ciertas normas de los códigos, ha llamado la AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. Porque, en materia civil, por ejemplo, los Arts. 15 y 1602 de nuestro Estatuto Sustantivo, parece que reconocen al contratante plena libertad y autonomía para obligarse como quiera. De su lectura podría decirse que el legislador respeta las conveniencias particulares. Y no se crea, podrían seguir los abanderados de la autonomía de la voluntad, que esto sucede sólo en el campo del Derecho privado, que se dice únicamente objetiviza intereses particulares, según se cree, sin incidencia en el bienestar común, y por lo mismo renunciables. En el Derecho público, cuyo sujeto es el Estado y cuyo objeto son los intereses de la colectividad, también se encuentran normas que, por así decirlo, se inclinan y respetan y se sujetan al querer individual: el Art. 280 del Código Penal dice: el que revele noticias o descubrimientos, invenciones científicas, o aplicaciones industriales, que deban permanecer en secreto y que haya conocido por razón de su estado u oficio, arte o profesión, incurrirá, MEDIANTE PETICION DE PARTE, en arresto de un mes a un año y en multa de cincuenta a mil pesos"; el 321 exige igualmente PETICION DE PARTE, para esgrimir la acción penal contra el delincuente de violencia carnal o estupro, cuando la víctima es meretriz o mujer pública; el Art. 347 del mismo Código, advierte que, "en los casos de los delitos de calumnia e injuria no se procederá sino MEDIANTE PETICION O QUERRELLA DEL OFENDIDO", con relación al delito de rapto, el Art. 356 dice que "no se procederá sino a solicitud de la persona ofendida, de quien la represente legalmente o, de quien compruebe un interés legítimo en su protección o defensa", en el Capítulo II del Título XV del mismo Estatuto-

punitivo, cuyo epígrafe es "DE LAS LESIONES PERSONALES", el Art. 381 estatuye que "la persona que hallándose atacada de una enfermedad venérea tuviere acceso carnal con otra incurrirá en arresto de un mes a un año", pero advierte en su inciso II que "en este caso solo podrá procederse a PETICION DE PARTE en su inciso II que "en este caso solo podrá procederse a PETICION DE PARTE se halla, como PARTE OFENDIDA". Y la misma exigencia DE PETICION DE PARTE se halla, como conditio sine qua non, para que prospere la acción penal en el delito de abuso de confianza tipificado en el Artículo 418.

Como se ve el análisis es objetivo y por lo mismo la preponderancia del querer individual es innegable. Pero hemos de recalcar de que se trata de casos específicos, exceptivos, que no echan por tierra la heteronomía del Derecho, que es característica general. Y aún, analizadas a fondo tales normas jurídicas se evidencia, como ya lo anotamos, que ellas se efectivizan con dicionándolas al querer del individuo es cierto, pero no por querer de éste, sino por querer del mismo Derecho, entendido como querer ya colectivizado".

Y si la sutileza del pensamiento Kantiano, puso en duda la autonomía de la moral, como quiera que para él la norma ética no es una conducta absolutamente subjetiva, desligada de toda dependencia, sino deducida de lo que llamé "razón práctica", que impide que el hombre, estricto sensu, pueda proponerse libremente sus fines, menos ha de creerse que el Derecho ha de guiarse por su intimidad particular, teniendo como tiene por tarea la cumplida realización de presupuestos sociales o interindividuales.

Para entender mejor la heteronomía, como característica de la norma jurídica, quizá sirva hacer siquiera tres diferenciaciones frente a la actividad humana: ocurren, primero, en mí actos ajenos a mi propio querer, independientes de mi voluntad y por lo mismo indiferentes a cualquier valoración o estimativa, y puedo decir que éstos actos son meros movimientos o manifestaciones mecánicas que suceden en mí pero extramuros de mi YO desisorio; segundo, mi YO actúa independientemente, dentro de una genuina autonomía, que es la que analiza, valora y decide, y digo entonces que estos actos son plenamente míos, AUTONOMOS; y por último estoy adherido a un querer colectivo que timonea mi voluntad y regla mi comportamiento intersubjetivo, sin permitirme marginaciones sin que éstas me signifiquen sanciones o indemnizaciones.

nes, y entonces mis actos, mi comportamiento, no son ajenos a mi conciencia, como los primeros, tampoco míos y nada más que míos, tan solo de mí fuero interno, como los segundos, sino dependientes o heterónomos, como lo es la conducta humana que se activa por el cumplimiento de una norma jurídica.--

— 0 —

CAPITULO SEGUNDO: EL ORDEN JURIDICO Y EL ESTADO.

S U M A R I O:

A) TEORIA CLASICA: La norma jurídica es anterior al Estado. *
B) TEORIA POSITIVISTA: La norma jurídica es posterior al -
Estado.- C) TEORIA MONISTA O KELSENIANA: La norma
jurídica y el Estado se identifican.- D) TEORIA PLURALISTA:
La norma jurídica, en conjunción con otros elementos, estructura el Estado.

A) TEORIA CLASICA: La norma jurídica es anterior al -
Estado.- Tócanos ahora, abocar un tema muy controvertido dentro de la siste -
mática jurídico-política: los diferentes ángulos que han servido de enfoque
del dualismo Derecho y Estado.

En el presente capítulo, se abren entonces, los siguientes inte -
rogantes: Derecho y Estado son entidades distintas?, o se identifican?, o
se complementan?. Y si diferenciadas, qué antelación tiene la una sobre la
otra?. Interrogantes éstos que iremos analizando a la luz de las diferentes
teorías, que cada uno de ellos ha originado. Entonces con la cuestión que -
inmediatamente planteamos, nos proponemos dilucidar no la identidad del Es -
tado, sino una situación de relación de éste con la realidad jurídica. Y -
con este propósito principiaremos por analizar el pensamiento de la teoría -
clásica o racionalista.

Dejamos ya consignado que en el renacimiento el imperio del racio -
nalismo lleva a la elaboración de una sistemática jurídica formada únicamen -
te en la reflexión racional pura, y que por lo mismo ha de reconocerse la -
anterioridad y primacía del Derecho Natural. De ahí que en el enunciamento
que hacemos de un análisis de la Escuela Clásica, que sostiene que la norma
jurídica es anterior al Estado, ha de entenderse como norma jurídica todo -
principio o mandamiento preconizado por el Derecho Natural

Y es bueno advertir, igualmente, que bajo la denominación de Dere -
cho Natural, se comprende una variedad muy compleja de actitudes y princi -
pios. Y lo que por él se quiere entender, se presenta con no muy pocas tur -
biedades, que ni siquiera los que lo aceptan, nítidamente han logrado perfi -
larlo.

En la antigüedad helenica, por ejemplo, hay asomos de él, cuando Protágoras habla de un "orden normativo" que regla la "armonía cósmica", distinto de lo que él ya llama "orden estatal" o "Derecho Estatal"; y es incuestionable - igualmente, que Heráclito atisba un Derecho Natural, distinguiendo, aunque - no contraponiendo, "un orden eterno del logos" y un "cambiante Derecho Positivo"; Sócrates es cierto, que muere en defensa de las leyes de la "Polis", - pero su acentuado racionalismo⁶ lleva al reconocimiento del Derecho Natural, - pues proclama la superioridad de lo que él llama "leyes no escritas" sobre - las humanas. Tampoco se diga que Platón, el discípulo predilecto de la victi - ma de la cicuta, desechara la existencia del Derecho Natural: la sociedad, - sostiene este aristócrata y filósofo poeta, es un efecto natural de las nece - sidades humanas, y el contenido del Derecho que rige a esa sociedad, el Dere - cho Positivo diríamos ahora, está determinado por ciertos lineamientos gene - rales, substratos, precisamente, del Derecho Natural. Para el autor de "Las - leyes", la naturaleza del hombre está dirigida a la idea del Derecho y me - diante él se perfecciona, por lo mismo el Derecho que rige al hombre, no ya - singularmente, sino en sociedad, no puede estar en oposición con el Derecho - Natural, sino que debe de extraerse de él o reflejarse en él. Y dentro del - panorama griego, finalmente Aristóteles, en el libro quinto de su ética adi - cónaco, paladinamente reconoce que el Derecho de la Polis, se origina en el - Derecho Natural, lo que equivale a decir que éste no es creación de aquél, - sino que se subsume en la misma naturaleza del hombre, de quien dijo era un - animal socio-político.

En el pensamiento filosófico-jurídico de la Stoa romana, con Séneca, con Epicéto o con Marco Aurelio, encontramos una sistemática jurídica to - talmente teocratizada y casi pudiéramos decir fatalista, pues que la autoría - en el ordenamiento y regencia de todas las cosas se la dejan a un Dios, a - quien desde luego responsabilizan de todo acontecer, porque quizá a ellos - les falta valor y voluntad para intervenir en la reglamentación de las rela - ciones interhumanas. De ahí, que de tal actitud apolítica y espiritualizada, sea difícil sacar algún criterio con respecto al Derecho Natural, ni en sí - sólo considerado ni en el plano comparativo con el Derecho Estatal, en que - lo presentaran la mayor parte de los pensadores griegos.

Pero esto que no sirva para creer que el pensamiento filosófico jurídico romano, se mantuviera ajeno a referencias al Derecho Natural. Cicerón reconoció en el ser humano lo que llamó "la recta ratio", que es como un signo inequívoco de que los hombres todos, en su misma naturaleza humana, llevan el Derecho Natural, que, por una parte, en un aspecto negativo les prohíbe perturbar el orden de la naturaleza, y por otra, es decir en el aspecto positivo, los faculta para participar en la vida de la comunidad.

Y estas concepciones Greco-Romanas del Derecho Natural, saturadas de concepciones judaicas (Génesis, caída y redención con el advenimiento de un Mesías), son las que prohija el Cristianismo. El Decálogo, por lo tanto, es la expresión de un Derecho Natural que se convierte en piedra angular de la Doctrina Cristiana. Y tan tuvo conciencia, por ejemplo San Pablo, del Derecho Natural, que admitió que en el hombre hay, junto con el conocimiento natural de Dios, un conocimiento de la ley natural.

Después la Patrística y la Escolástica, purgadas de concepciones paganas, aceptan algunas o muchas doctrinas de la Filosofía antigua, que después, es cierto, teólogos y tomistas conforman con ellas un Derecho Natural teocratizado.

Ahora bien, este pensamiento que centraba toda idea jurídica en un Dios a cuyo cargo estaba la responsabilidad para valorar lo que es bueno y lo que es malo, pasa al Racionalismo puro, y despojándolo de concepciones teológicas, a sangre, fuego y sal, introniza la Revolución Francesa la diosa razón. Y entonces el Derecho es Derecho en tanto se fundamenta en la razón, y cualquier otra explicación o concepción de lo jurídico, significa servidumbre, explotación y atraso.

Tal éste un breve análisis retrospectivo-historicista de la llamada Escuela Clásica o Racionalista del Derecho Natural, que por la polifacética y multiforme (cósica en el pensamiento greco-latino antiguo; teocratizado en la Patrística y la Escolástica y racionalizada por el iluminismo), no permite ser apasionada en una concepción de lineamientos bien caracterizados.

Pero en cualquier forma en que se nos presente el Derecho Natural, siempre lo encontraremos con la pretensión de ser la fuente del Derecho Estatal o Positivo y por lo mismo anterior a éste. El Derecho Estatal, dicen los

Justnaturalistas, resulta dudoso si no se lo hace descansar en los principios - rectores del Derecho Natural cosmopolita y universal. El ser humano, que es naturaleza, guarda tal similitud con el Derecho Natural, como que lo semejante - no puede dejar de estar unido a lo semejante por naturaleza.

Por el contrario, el Derecho Positivo, "tirano de los hombres", contradice frecuentemente a la naturaleza, "pues que implanta injustas diferencias, como si todos los hombres no respiraran por boca y nariz y emplearan las mismas manos para comer".

Y estas solo las banderas que anarbolan los Justnaturalistas. "Pues que los Racionalistas, identificados en lo que se ha llamado "Escuela Clásica" han sido enfáticos en sostener que ante el Derecho Natural, cuyos principios son de operancia universal, toda vez que son el resultado del poder razonador del hombre, palidecen las normas dadas por el Legislador para sustentar una Estructura Estatal. Y no se crea, añaden, que el Derecho Natural sea un derecho ideal, pues sus mandamientos se cumplen precisamente por ser una manifestación de la razón, que no de una supuesta y en la práctica ficticia voluntad mayoritaria del pueblo de la cual se jacta el Derecho Positivo. Y llegan a sostener los racionalistas que el Derecho Positivo y el Estado mismo necesitan obtener su razón de ser o justificación del tribunal de la razón, puesto que los hombres conforme a su naturaleza, no pudiendo vivir aislados, hubieron de unirse bajo el imperio de normas instituidas con la inspiración de los primarios principios del Derecho Natural.

B) TEORÍA POSITIVISTA: La norma jurídica es posterior al Estado. Al referirnos al positivismo como Escuela o tendencia metodológica, dijimos ya que surgió como dique de contención al escepticismo y exageraciones de la Escuela Clásica del Racionalismo. En igual forma, suficientemente se ha hecho hincapié sobre su postura de negación rotunda del Derecho Natural, afirmación que viene aparejada con la pretensión de que el Estado es el gestor de la norma jurídica, y que por lo mismo, el Derecho es posterior o consecuencia del Estado.

Pero dado que este trabajo es de sistemática jurídica o de análisis filosófico de la estructuración de un Ordenamiento Jurídico, nos obliga a hacer o enfrentar el estudio del Positivismo, no enfocándolo en un plano genérico, sino inquiriendo, buscando, antéjase decir, los diferentes aspectos que en el campo del Derecho presenta.

Alfred Verdross, lo bifurca en lo que él llama Positivismo Jurídico, Dogmático o Radical, y Positivismo Jurídico Moderado. Para el primero, dice el distinguido Profesor de la ciudad de Viena, está fuera de duda una contradicción insalvable con la Doctrina del Derecho Natural, porque entiende que éste, el Derecho Natural, es una simple ideología, que si acaso, puede ser utilizada por los críticos, para fortalecer o debilitar el Derecho Positivo. Una norma jurídica, para el Positivismo Radical, no encaja ni se descubre a la luz de la razón. Y tan Radical es la postura de este Positivismo Dogmático, que llega hasta la negación de la existencia ^{de la} moral.

La segunda tendencia dentro del Positivismo Jurídico, que Verdross llama "moderado", se contenta dice, "con la afirmación de que el término "Derecho" debe reservarse para el Derecho Positivo, sin que ello implique el desconocimiento de la existencia de un Orden Jurídico superior. El Positivismo Jurídico moderado se propone como tema la ciencia del Derecho, concebida como el análisis de las normas efectivamente vigentes, cualquiera sea su contenido, y deja la ética, o ciencia de la moral, la consideración de su validez intrínseca. Cada persona es libre para seleccionar su objeto de conocimiento, limitarlo y darle la denominación que le agrade; se puede, claro está, discutir sobre la conveniencia de la terminología adoptada por el investigador, pero no sobre la exactitud de ella".

Y en esto último no anda desacertado Verdross, pues el mismo pensamiento Kelseniano, que no reconoce otro Derecho que el constituido, estatal o positivo, no se divorcia definitiva o insalvablemente de las concepciones del Derecho Natural, como luego lo veremos, al hacer la crítica de su teoría monista o de la identidad entre Derecho y Estado.

Quiso Kelsen, es cierto, estructurar un Derecho puro, positivo, sin valoraciones, ajeno a justificaciones, que es precisamente la faz con que se identifica el Derecho Natural. Y con éstos ángulos de enfoque de lo jurídico, los que hacen que el Derecho del Maestro de la teoría pura, y el pretendido Derecho Natural tengan vértices distintos, diferenciales y en veces opuestos o quizá de mutua eliminación.

Pero profundizando juiciosamente el pensamiento del Jurista Austriaco, se llega a evidenciar que reconoce una cierta concordancia entre el Derecho Positivo y ciertos ideales de justicia y otros principios valorativos, que tradicionalmente se vienen llamando Derecho Natural, pero que dentro de una sistemática ajustada sólo a lo jurídico, para nosotros no son derecho, por las razones que expondremos al hacer la clasificación de la norma jurídica.

Por nuestra parte, al hablar del Positivismo Jurídico, como tendencia metodológica en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico, se recordará que llamamos la atención sobre las dos faces que se presenta en su enfrentamiento en el campo del Derecho. Y hablamos de:

1º) Positivismo propiamente jurídico.

2º) Positivismo Socio-Jurídico.

E hicimos esta bifurcación con la advertencia de que una y otra tendencia propendían por la sistematización de un Ordenamiento Jurídico despojado de dogmatismos, principios metafísicos o trascendentes. Pero que su distanciamiento se hacía notorio toda vez que para el Positivismo propia o meramente jurídico, era Derecho toda norma por la sola circunstancia de que representara un mandato positivo o estatal. En tanto que el Positivismo socio-jurídico, exigía que ese mandato positivo tuviera aceptación y repercusión dentro de la misma Colectividad Jurídico-Política, por estar a tono con realidades sociales, económicas, políticas o religiosas, que viva, en determinado momento histórico, esa masa o colectividad, para reglamentación y ordenamiento de la cual, ese Derecho había sido instituido.

Esta variedad de matices que presenta la Escuela Positivista, sirvan entonces, para hacer notar que sólo el Positivismo Radical o Dogmático, como lo llama Verdross, o puramente jurídico, como lo denominamos nosotros, representa la negación absoluta del Derecho Natural, que trae aparejada la pretensión de que la norma jurídica es posterior al Estado, pues que para esta tendencia la solidaridad social, bien sea la solidaridad por similitud o la solidaridad por diferencia de capacidades, es la que conforma el Estado, del cual

dinana el Derecho, el verdadero y único Derecho Positivo, porque lo que se llama Derecho Natural, apuntan los positivistas radicales, no pasa de ser un Derecho ideal o mejor un simple Derecho deseado.

C) TEORÍA MONISTA O KELSÉNIANA: La norma jurídica y el Estado se identifican.- Inicia el austríaco Hans Kelsen, el planteamiento de su teoría de la IDENTIDAD entre Derecho y Estado, tratándolo como es apenas natural de desmoronar el tradicional dualismo de Derecho y Estado.

Y estas Entidades, Derecho y Estado, separadamente consideradas, pocas concepciones, por cierto, han motivado entre juristas y políticos. Pero hemos de introducirnos al análisis de la identidad de Derecho y Estado preconizada por Kelsen, no deteniéndonos a inquirir qué es Derecho y qué es Estado, sino más bien, a repasar y balancear los elementos que tradicionalmente se han reconocido como constitutivos del Estado, para concluir, si efectivamente, como quiere Kelsen, ellos desaparecen para dejar libre campo al Derecho o a un Ordenamiento Jurídico Positivo, que, para la teoría monista, eso y nada más es el Estado.

Ahora bien, persiguiendo como perseguimos que este trabajo sea de sistematización y no un acopio de datos eruditos, no habremos de detenernos en largas listas de tratadistas de política, que traen diversos elementos, como esenciales y constitutivos del Estado.

Para enfrentarnos a la teoría Kelseniana, que reduce, repetimos, el Estado a un solo elemento: el Derecho, bástenos el criterio de un conocido catedrático de la Universidad de París, Joseph Barthélemy, quien resume a cuatro los elementos constitutivos del Estado:

1º) Un pueblo o Nación.

2º) Un Poder.

3º) Un Territorio

4º) Un Fin Social.

Es igualmente para enfrentar una pluralidad de elementos constitutivos de una entidad estatal (Teoría Tradicionalista), con la unicidad de la Teoría Monista Kelseniana, creemos que sobra detenernos, al menos por el momento, a hacer referencias a cada uno de los cuatro elementos que propone Barthelémy.

Pero de la confrontación de esta pluralidad y unicidad de elementos constitutivos del Estado, si se desprenden dos situaciones, que creemos relieves más la espontaneidad, independencia, personalidad y propiedad de nuestro trabajo. Tales situaciones son:

1º Demostrar que no solo Kelsen ha querido reducir a un solo elemento, el jurídico, toda la entidad estatal. Y

2º Hacer un análisis, ya en sí mismo, del pensamiento Kelseniano.

Dando un vistazo retrospectivo al pensamiento político de la humanidad, ya en la antigua Grecia encontramos hallazgos muy significativos para la fundamentación de nuestro aserto de que Kelsen no es el único autor que pretendiera subsumir en un solo elemento la entidad estatal. Inclusive, lo medular de su trabajo o teoría, de que el Derecho y Estado se identifican o son una misma cosa, se halla ya en el pensamiento Helénico, pues que con la palabra "politeia" denominaban al Estado, y significándoles, como quiere Kelsen, una organización jurídica, una constitución, la normativización de una forma de gobierno.

Pero hay más: conforme Kelsen pretende identificar Derecho y Estado, en la misma antigua Grecia denominaron también al Estado con la voz "Koinon"; y que como quiera que esto significa "lo que es común", se ve en este término, la intención de identificar al Estado con otro de sus elementos constitutivos: el fin social o bien común.

Y esta identificación hace eco en la concepción de Estado entre los romanos, porque las voces "res publica", no otra cosa evidencian. Igualmente los romanos denominaron al Estado con el vocable "Imperium", pretendiendo identificarlo con el elemento poder..

En la Edad Media, las voces "regnum, terra, territorium, dominium", nos indican que el Estado quedaba comprendido solamente en su elemento

territorio.

Y no creemos que esté por demás añadir que, sobre todo en Francia, conciben la entidad estatal, identificándola con otro de sus elementos: el pueblo o nación.

Todo lo anterior quiere decir que, de la tendencia monista de Kelsen, dentro de la teoría política o estatal, guarda en su historia varios ensayos, algunos de los cuales hasta habrán servido de inspiración o habrán sido el chispazo que iluminó la mentalidad del controvertido jurista austriaco.

Análisis de la Teoría Kelseniana de la identidad del Derecho y el Estado.— Es, en lo que pudiéramos llamar, sus capitales obras: "Teoría General del Estado" (1925), "Teoría pura del Derecho" (1934), y su "Teoría General del Derecho y el Estado", que se remonta al año de 1944 y constituye reelaboración de las dos anteriores, donde el austriaco y fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, cristaliza su pensamiento sobre el Derecho y el Estado, con un rotundo rechazo de las concepciones metafísicas de la sistemática del Derecho Natural.

Para Kelsen, toda aprehensión o conocimiento de la entidad Estado, ha de ser meramente jurídica, y a cualquier explicación de él mediante otros supuestos bien sean psicológicos, biológicos, sociológicos y aún éticos, por sí mismos, y como no tengan repercusión a lo jurídico, nada aportan y por el contrario, sólo sirven para enturbiar un concepto puro de Estado que se pretenda.

Por lo mismo, su teoría de la identidad Derecho-Estado, trata de borrar aquellos sinónimos de Estado-Sociedad, donde se hace jugar al Estado un múltiple papel, pues que, o es una especie del género sociedad, o incluso "antítesis de la misma Sociedad, siendo el Estado la coacción, y la Sociedad la libertad".

Concepciones del Estado como la totalidad del acontecer histórico o más precisamente, como la historia en reposo; como poder específico que poseen determinadas colectividades, como pueblo, como territorio, como gobierno, como sujeto u objeto de una función específica, o en fin, "como ser real

opuesto al Derecho como norma", chocan estrepitosamente con su afirmación de que el Estado es el ordenamiento jurídico positivo, y nada más que eso".

Construye, pues Kelsen, una entidad estatal entendida solo dentro de una pura realidad jurídica. Despoja al Estado, por lo mismo, de todo elemento no jurídico, e insiste que otros elementos, como pueblo o nación, poder, territorio, fin social, en última instancia, se resumen en el único elemento que él reconoce como constitutivo del Estado: el Derecho. Porque tales u otros elementos, "no son otra cosa que la validez del orden estatal en sí y ámbito espacial y personal de validez de ese orden".

Para Kelsen, conformando u obedeciendo "un orden coactivo exterior" los llamados "elementos" del Estado, se identifican y se reducen a él, unidad jurídica que procede de una fuente última: la norma básica o fundamental, cúspide de ese ordenamiento jurídico, jerarquizado pero unitario, y en cuya unidad, precisamente, encuentra el Estado su razón de ser y su entidad con lo jurídico.

Y no se crea que esta entidad entre Derecho y Estado, Kelsen la descarta del Estado despótico. Para el Profesor de la Escuela Vienesa, todo Estado es Estado de Derecho, porque todo Estado es el Derecho mismo. Para Kelsen, lo que podría denominarse voluntad arbitraria que rigiera en un estado despótico, en suma no es "más que la posibilidad jurídica que tiene el autócrata de atraer a toda decisión, de determinar incondicionalmente la actividad de los órganos inferiores o de suspender o modificar, en todo o en parte, y en cualquier momento, las normas jurídicas creadas por él".

Y aún esta situación, para el pensamiento Kelseniano, es de Derecho, porque no hay que perder de vista que el planteamiento de la identidad Derecho-Estado, es de tipo sistemático y genérico, no valorativo ni ético. Por lo mismo su identidad, repetimos, es válida para cualquier género de gobierno, tratése de una autocracia despótica o de una democracia progresista. De ahí que el término "Estado de Derecho", sea desechado por Kelsen como un pleonismo y un contrasentido, pues que Estado y Derecho, identificados, no son más que un Ordenamiento Jurídico coactivo

"El Estado, apunta Kelsen, como sujeto de los actos estatales, vale decir el Estado como persona, no es otra cosa que la personificación de ese or-

den que, como Orden Jurídico, es precisamente aquel orden coactivo bajo la forma del cual puede únicamente ser concebido el Estado. La imputación a la persona del estado convierte a la situación de hecho imputada en acto del Estado, y califica como órgano del Estado al hombre que realiza el hecho. La persona jurídica del Estado muestra, por tanto, el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica. Como ésta, es solo expresión de la unidad de un Orden Jurídico, un punto de imputación que el espíritu del hombre cognoscente apremiado por la intuición, está demasiado fácilmente inclinado a hipostatizar, o suponer real, para representarse detrás del orden jurídico, al Estado como un ser diferente de aquel". Y no hay tal, sigue anotando Kelsen, pues que "el conocimiento de que el Estado es un Orden Jurídico encuentra su confirmación en el hecho de que los problemas que tradicionalmente son presentados desde el punto de vista de una teoría general del Estado, se manifiestan como problemas de la Teoría del Derecho, como problemas de la validez y producción del Orden Jurídico".

Claro que la doctrina de la PERSONALIDAD jurídica, entendida "como síntesis o sistema unitario de un conjunto de normas que regulan la conducta recíproca de una serie de hombres", y que hemos visto, Kelsen utiliza como síllo de su teoría de la identidad jurídico-estatal, ha sido muy controvertida. Está bien, se ha dicho, que esta síntesis subsuma un sistema parcial de normas, reducido a un determinado campo jurídico, para indicar, por ejemplo, lo que se llama, "La Personería Jurídica" de las Corporaciones o Asociaciones. Pero es mucho querer que el concepto de "Personalidad Jurídica" abarque unitariamente la totalidad de un Orden Jurídico Positivo, para personificar al Estado.

Pero esto sería ya entrar en una evaluación, crítica o enjuiciamiento de la teoría monista, tema que en seguida abocemos, como cierre del Capítulo que nos ocupa.

D) T E O R I A P L U R A L I S T A: La norma jurídica, en conjunción con otros elementos, estructura el Estado.- Sin temor a equivocarse, decididamente puede afirmarse que ningún Autor, que juicioso y seriamente se hubiera interesado en la sistemática jurídico-política, ha dejado de referirse a la Teoría de la Identidad del Derecho y Estado pretendida por Kelsen. -

Y de esas referencias, las que por su análisis, detenimiento y profundidad, bien pueden llamarse críticas o enjuiciamientos del pensamiento Kelseniano, una gran mayoría coincide en reconocer el meritorio esfuerzo intelectual de Kelsen, que a veces deslumbra por sus razonamientos y por lo admirable de su ingenio.

Pero, igualmente, los planteamientos en que fundamenta Kelsen su posición monista, frente al dualismo Derecho-Estado, han sido objeto de serenas críticas que han conmovido por las bases su sistemática, aunque defensores y admiradores, como Carlos Cossio, conciben tales objeciones como malentendidos de la teoría, y del propio Kelsen hubieran arrancado dolorosas quejas.

Aunque desolacionado pero poco firme, detengámonos por ejemplo, en el análisis que hace un jurista, para nosotros muy familiar y de gran valía: el mexicano Luis Recasens Siches, en su obra "Filosofía del Derecho".

"Voy a exponer, dice Recasens, con una relativa extensión esta teoría de la identidad entre Derecho y Estado, porque precisamente, a través de la crítica que haga de ella, se perfilará con mayor relieve la doctrina correcta sobre la realidad del Estado. Dicha teoría de la identidad nace en posición polémica contra la tesis puramente sociológica y contra la afirmación de que el Estado tiene dos facetas. En cambio, la solución que propongo se elabora como crítica de la teoría de identidad, y como ensayo de superación, tanto de ésta como también de las doctrinas anteriores sociológicas y de las dos facetas. Por estas razones creo indispensable conceder especial atención a esta teoría de Kelsen".

Pero con su crítica, no se "perfila la doctrina correcta sobre la realidad del Estado", que promete el filósofo azteca. Por el contrario, es tan voluble y acomodaticia, que tan pronto es un rotundo rechazo de la identidad Kelseniana, pasa luego a darle una parcial admisibilidad, y finalmente acaba por identificarse con ella.

Que lo que glosamos a Recasens Siches, es crítica de crítica, poco importa, si lo que ha de tenerse en cuenta, para formar conciencia de lo que digamos, es la solidez de nuestros planteamientos.

Veamos, pues, cómo es de variante la postura del crítico que criticamos: "tesis que, según expondré más adelante, estimo inadmisible" (subrayamos: "tesis que, según expondré más adelante, estimo inadmisible", - dos nuestros), dice primero. Pero "más adelante" no la "estima inadmisible", - sino que parcialmente la admite, cuando anota: "en la doctrina de la identidad entre Estado y Derecho hay algo (subrayados nuestros) de erróneo y de inadmisible" es decir SOLO ALGO, no todo. Y luego, decimos que acaba identificándose con Kelsen, porque a renglón seguido, apunta: "pero en cambio, desde el puro y exclusivo punto de vista jurídico, es verdad (subrayado nuestro) que no hay más Estado que aquél que se expresa en el sistema del Derecho vigente, por tanto, coincide con ésta" (nuevamente subrayamos). Para el jurista el Estado existe sólo en tanto y como se expresa en el Ordenamiento Jurídico, y de ninguna manera como poder social, ni como complejo de fuerzas históricas, ni como nación, ni como opinión pública, ni como condicionantes económicos, ni como proceso de integración política, etc. Para el jurista, el Estado existe única y exclusivamente como sujeto y objeto de las normas jurídicas vigentes; es decir, como sistema de todos aquellos actos que en el Ordenamiento Jurídico están atribuidos a la unidad de ésta, en suma, atribuidos al Estado. Para la estricta consideración jurídica, no cabe distinguir entre Estado y Derecho (subrayamos nosotros), ni preguntarse por la prioridad de éste o aquél, porque uno y otro son meramente dos modos o aspectos diversos de un mismo ente; son tan sólo distintos aspectos de vista sobre una misma cosa".

Pero resulta que este es, precisamente, el punto de vista de Kelsen. Habla él de identidad entre Derecho y Estado, exactamente como lo quiere Recasens, "desde el puro y exclusivo punto de vista jurídico", es decir entendido el Derecho como el orden normativo positivo vigente, o como el orden "estatuído", y no como el conjunto de principios generales jurídicos, no como normas ideales, no como valores, que sería lo que se llama Derecho Natural.

Y Recasens Siches hace plena conciencia de esto cuando advierte: "Kelsen afirma que el Estado es pura y simplemente un sistema normativo, a saber: del sistema de Orden Jurídico vigente; nada más". Y a sabiendas de esto, enfoca su crítica el tratadista mexicano contra la identidad Derecho - Estado, que propugna el teórico austriaco, para luego solidarizarse con ella,

advirtiendo que solo se adhiere "desde el puro y exclusivo punto de vista jurí-
dico", pero que resulta ser el mismo ángulo de posición de la teoría monista -
kelseniana.

Por nuestra parte, no podíamos marginarnos del estudio de la Teoría-
monista que, no es exagerado decir, ha convulsionado el mundo jurídico durante
casi un tercio de siglo.

Y hemos creído abocar su análisis en debida forma, primero esbozando
su planteamiento en sí misma; segundo glosando las críticas de que ha sido ob-
jeto, como acabamos de hacerlo en relación con el enjuiciamiento de Recasens -
Siches; y tercero fijando nuestro punto de vista y proponiendo, en lo que hemos
llamado Teoría Pluralista, la solución, que nos parece más ajustada, a la pro-
blemática de la estructuración estatal.

La teoría entonces, que proponemos llamar pluralista, se plantea en-
oposición a la monista Kelseniana, con el siguiente enunciado: la norma jurí-
dica positiva, por sí sola, no puede estructurar la entidad estatal, sino en -
conjunción con otros elementos.

Ahora bien, cuáles son, en definitiva, los elementos que concurren a
la formación del Estado?, los enumeramos así:

- 1º) La Norma Jurídica Positiva
- 2º) El Elemento Humano.
- 3º) Elemento Material.
- 4º) Elemento Poder.
- 5º) Elemento Fin.

1º) LA NORMA JURÍDICA POSITIVA.- Por lo mismo no concurre a la -
formación del Estado, el tradicionalmente mal llamado Derecho Natural, sino el
Derecho instituido por el Constituyente primario y que se mantiene vigente u o
perante porque concuerda con realidades socio-políticas, socio-económicas, re-
ligiosas, etc, etc, surgidas y palpitantes en determinado momento histórico.

2º) EL ELEMENTO HUMANO.- Entendido en su integridad sico-física. -

3º) ELEMENTO MATERIAL.- Debemos comprender como tal, el territorio con toda la universalidad de cosas que encierra en su ámbito terrestre, marítimo y aéreo.

4º) EL ELEMENTO PODER.- Es comprensivo del poder interno o político que ejerce coercitividad sobre los subordinados, y del poder externo o soberanía con el que se logra el reconocimiento y respeto de los demás estados.

5º) EL ELEMENTO FIN.- Es la pretensión que asiste al constituyente primario del tipo de estado que se implanta.

Ahora bien, entendido en su preciso significado cada uno de estos elementos, y conscientes del rol que desempeñan en el juego de unos con otros dentro de la estructuración estatal, se colige fácilmente que la sola norma jurídica positiva no puede conformar la entidad Estado.

Cierto que la norma Jurídica Positiva juega papel preponderante en la estructuración estatal, como quiera que ella refrenda, confirma, regula, ordena, dispone, normativiza los elementos humano, material y poder para el logro del elemento fin; verdad que los demás elementos deben llevar, digámoslo así, el "visto bueno", el sello de juridicidad que les da la norma positiva, pero este elemento, repetimos, por sí sólo y con presidencia de los demás, como quiere la Teoría Monista, no conforma el Estado. Su importancia es importancia pero no exclusividad, como pretende Kelsen.

Por ejemplo un edificio, para nosotros elemento material, considerado en sí solo, es éso: una realidad material, y nada más. Pero puesto en juego con los demás elementos, dentro de una concepción funcional, de conjunción, adquiere una significación, toma una dimensión jurídico-política o estatal, y aquél edificio llámase entonces, o cárcel para significar un lugar represivo; o cuartel para indicar el sitio donde se alvergen fuerzas del mantenimiento del orden y poder de ése estado; o llámase Palacio Nacional, o Municipal, diciéndonos que allí es la cede de la Administración Pública.

En igual forma un hombre, elemento humano, es Presidente de la República, es Senador, Magistrado o Juez Político, es decir tiene un significado estatal, o es simplemente hombre, en tanto se relacione o no, concurra o no, con los demás elementos constitutivos enumerados.

Por lo mismo, para nosotros, el elemento Norma Jurídica Positiva, no resume toda la entidad estatal, como pretende la Teoría Monista Kelseniana. Nuestra Teoría Pluralista, de que la norma jurídica, en conjunción con otros elementos estructura el Estado, llega a sostener que el verdadero concepto de Estado surge del todo de todos los elementos estructurales insinuados. La entidad estatal, se logra, entonces, de la relación, de la conjunción, de la combinación de todos ellos y de unos con otros, y no se halla en ninguno de ellos por sí solo, así sea la norma jurídica positiva, elemento en el que sí reconocemos preponderancia, pero no exclusividad.

Así queda, pues, planteada una revaluación de la Teoría Monista o Kelseniana, para ahondar la cual pedimos el juicio y la experiencia científica de los estudiosos del Derecho. Y esta inquietud la presentamos ahora y aquí para los maestros, para nuestros Magistrados y Jueces, para nuestros Catedráticos y Estudiantes, pues que en una ciencia, repetimos, eminentemente polémica, discursiva y dinámica como es la (justicia) jurídica, tener que vivir esclavizados al pensamiento extranjero, o considerar sus teorías como intocables, es una necesidad y humillación que radicalmente tiene que eliminarse, porque la ciencia no es patrimonio ni de razas ni de nacionalidades.

CAPITULO TERCERO: CLASIFICACION Y SISTEMATICA DE SUS NORMAS.-

SUMARIO:

A) NORMAS DE ORDEN JURIDICO NATURAL.- (Derecho Natural). B) NORMAS DE ORDEN JURIDICO POSITIVO O ESTATAL O "INSTITUIDO".- a) ANALISIS.- b) CONDICIONES PARA SU VALIDEZ: I. DEBEREN ORGANIZAR ALGO.- II. TENER UN PODER INTERNO O PODER POLITICO.- III. TENER UN PODER EXTERNO O SOBERANIA.- IV. OBLIGATORIEDAD PARA GOBERNANTES Y GOBERNADOS.- c) CONTENIDO: I. NORMAS ORIGINALES O FUNDAMENTALES: 1º) ANALISIS.- 2º) SISTEMATICA: A') Conceptos reales: a) Tipología de Carl Schmit: I') Concepto absoluto.- II') Concepto relativo.- III') Concepto positivo.- IV') Concepto ideal.- V') Concepto pactista.- b') TIPOLOGIA DE GARCIA PELAYO: I') Concepto Racional Normativo.- II') Concepto Histórico Tradicional.- III') Concepto Sociológico.- c') Concepto General.- B') Jurisdicción.- c') Contenido: a') Preámbulo.- b') Parte Dogmática.- c') Parte Orgánica.- D') Clasificación: Escritas, Consuetudinarias, Flexibles, Rígidas.- E') Interpretación.- F') Sistemas de Reformas: a') Ordinarios.- I') Asamblea Constituyente.- II') Cuerpos Legislativos en función Constituyente. III') Cuerpos Legislativos en vía Constituyente.- b') Extraordinarios: I') Plebiscito.- II') Referéndum.- c') Sistema Colombiano: Comentarios al Artículo 218 de Nuestra Carta Fundamental.- II.) NORMAS DERIVADAS U ORDINARIAS: I) ANALISIS.- 2º) ENUMERACION Y PROCEDENCIA SG.- LEGISLACION COLOMBIANA.- 3º) PRIORIDAD EN SU OPERANCIA.-

----- 0 -----

Con la pretensión de lograr una clasificación y sistemática de las normas que resume un Ordenamiento Jurídico, llegamos al fin del empeño que objetiviza este trabajo.

Concretándonos primero a la tarea de enunciar una clasificación de la Norma Jurídica o del Derecho en general, nos encontramos con diferentes denominaciones, según la posición que se adopte para su análisis.

Así si se hace referencia a la norma que instituye el derecho que ella regla, se habla, entonces, de Norma Sustantiva; la Norma que activa o es indicativa del modus operandi para la efectivización del Derecho, llámase Procedimental; por el contenido o significación del Derecho prescrito en la norma, ésta se dice que es Derecho Penal, Civil, Administrativo, Laboral, Comercial, etc.

Pero lo breve y específico de este trabajo, nos fuerza a prescindir de un análisis a fondo de las facetas de la Norma Jurídica anteriormente enunciadas, tema que sería de obligado estudio en una Teoría General del Derecho. En el presente capítulo nos concretamos a una dual clasificación, que, a fuer de tradicional y de vieja data, aún se defiende su vigencia, porque todavía se habla de:

1º) De Normas de Derecho Público y Privado.

2º) De Normas de Derecho Natural y Positivo.

1º) **NORMAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.**— Ilega por lo menos hasta el pensamiento romano, la pretensión de dividir el Derecho en dos grandes ramales, que no pocas veces, por no decir casi siempre, se nos presentan en contraposición.

No otra cosa se desprende de las definiciones de uno y otro dadas por el jurista Ulpiano: "Jus publicum est, quod ad statum rei romanae spectat, et jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat", concepciones que han hecho carrera en la teoría jurídica a través de la historia y que aún hacen eco en quienes distinguen diciendo que Derecho Público "es un conjunto de reglas en que el interés público suele prevalecer sobre el privado".— Y a contrario sensu, se concibe al Derecho Privado como el conjunto de normas establecidas para regular las relaciones de los individuos entre sí.

La sistemática jurídica que está por la anterior clasificación, la releva diciendo que el Derecho Público mira al interés general y que por lo mismo su aplicación puede ser de oficio y sin que medie demanda particular; que no es de carácter patrimonial; que sus normas son de orden público e irrenunciables y que las mismas, establecen una relación de subordinación entre el Estado y los particulares. Y del Derecho Privado apuntan que incide

en el interés particular; que es de carácter patrimonial; que su radio de acción no es erga omnes sino inter partes, y que por lo mismo su aplicación se hace a petición particular; que sus normas no reglan circunstancias de orden pública, pudiendo ser renunciables, y que la relación que establecen es de coordinación entre los particulares.

Con respecto a esta situación diferencial entre Derecho Público y Privado, el tratadista Enrique Sayagüez Iaso, en su Tratado de Derecho Administrativo, dice: "si bien no parece dudosa la exactitud de la distinción de Derecho Público y Privado, hay serias dificultades para delimitar las fronteras entre uno y otro.

Entre los muchos criterios sustentados, cabe analizar los más importantes:

a) El Derecho Público es el que regula las relaciones jurídicas en las que aparece una entidad estatal. Cuando un organismo estatal actúa como sujeto en una relación jurídica, la norma es de Derecho Público. El Derecho Público sería pues, el derecho de las entidades estatales.

Contra ese criterio se ha objetado que el Estado actúa a veces como persona pública y otras como persona privada, y que cuando procede en este último carácter se mueve en el campo del Derecho Privado.

Pero más importante es la objeción de que, circunscrito en esa forma el Derecho Público, quedan fuera un conjunto de relaciones jurídicas que son evidentemente públicas. Entre otras, todas aquellas en que aparecen las llamadas personas públicas no estatales.

b) El Derecho Público se caracteriza por regular relaciones en las que uno de los sujetos, la entidad estatal, tiene preeminencia o superioridad sobre la otra, que le está subordinada, mientras que el Derecho Privado ambas partes están en situación de igualdad. De ahí que las normas del Derecho Público sean imperativas, mientras que en el Derecho Privado las relaciones jurídicas sean de coordinación.

Pero se observa fundamentalmente que en el Derecho Privado hay muchas normas imperativas -entre otras, todas las denominadas de orden público- y que en el Derecho Público las hay que no tienen ese carácter. Además esa preeminencia o superioridad no siempre existe en el Derecho Público, como lo demuestran las relaciones que se traban entre dos o más entidades estatales, que pueden estar colocadas en un mismo plano.

c) Para distinguir el Derecho Público del Privado debe tomarse en cuenta la naturaleza del interés regulado por la norma. Es la vieja fórmula de Ulpiano: el Derecho Público es el que atañe a la cosa pública; el Derecho Privado, el que atiende al interés de los particulares.

Se objeta que en realidad todas las normas persiguen un fin colectivo, de interés público, porque incluso las normas que regulan simplemente relaciones entre particulares, por el solo hecho de proteger los intereses individuales están llenando una necesidad colectiva. Por lo tanto, no es posible introducir una superación radical entre el interés público y el privado.

Se agrega, además, que el criterio del interés es vago, impreciso y también variable, por lo cual, en último término, la determinación de lo que es Derecho Público y lo que es Derecho Privado queda al arbitrio legislativo.

El criterio que parece más acertado toma en consideración la naturaleza de las actividades o situaciones reguladas por las normas.

Es indudable que ciertas actividades o situaciones afectan principalmente e inmediatamente los intereses generales, mientras que otras tienen una trascendencia más particular, relacionada directamente con las personas o entidades privadas. Por lo mismo, aquellas requieren una regulación jurídica especial, que se logra mediante normas con características peculiares, las cuales constituyen el Derecho Público.

Para fijar, pues, el campo del Derecho Público, es imprescindible determinar cuales actividades o situaciones afectan principalmente e inmediatamente los intereses generales y cuya regulación, por lo tanto, es o debe ser de Derecho Público.

Esa determinación está sujeta a los puntos de vista jurídicos, políticos, sociales y económicos que predominen en un momento dado en cada país. Por lo mismo las soluciones serán variables según los países y las épocas. Ciertas actividades reguladas en nuestro país por el Derecho Público, no lo estaban hace cincuenta años ni lo están en otros países en los cuales el Derecho Privado rige para esas materias. Por el contrario, en esos países a menudo el Derecho Público regula actividades que en el nuestro se consideran privadas y son reguladas como tales.

"En el estado actual del Derecho, conforme a las tendencias que se evidencian en los últimos años, es indudable que el Derecho Público comprende: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de las diversas entidades estatales; la regulación de ciertas actividades de interés colectivo, entre las cuales principalmente están aquellas que realizan las entidades que merecen el nombre de personas públicas no estatales.

Como puede apreciarse, el criterio expuesto presenta alguna analogía con el del "interés", pero mantiene sencillas diferencias".

Pero sobre todo el positivismo jurídico ha sacudido por sus ^{bases} esta división de Derecho Público y Privado, tachándola de teórica e infundada, pues que dentro de un Ordenamiento Jurídico Positivo, sólo se da la realidad de un Derecho estatal o Público, ya que en ninguna Institución Jurídica se podría trazar una línea divisoria para decir de este lado está el Derecho Público y de aquél el Privado.

En toda situación jurídica se evidencia la intervención del Estado y, por lo mismo, resultaría difícil encontrar una sola norma circunscrita a un (~~grupo~~) campo de Derecho netamente privado.

Frente a este debatido tema, en su tratado de "Derecho Administrativo", el jurista colombiano Eustorgio Sarria, se pregunta: "armoniza esta división con la realidad social, económica y política actual, con las modernas orientaciones jurídicas?. Y luego dice: "si el Derecho objetivo es la regla universal de conducta que impone a toda persona el deber de cooperar a la realización de la solidaridad social, y el derecho subjetivo es la facultad de desenvolver su actividad (física, moral e intelectual) para lograr

ese fin, ya no pueden existir normas de derecho al margen de la actividad estatal, o, en otros términos, no aparece claramente delimitado el campo propio del derecho privado. Este razonamiento cobra mayor fuerza si se piensa, por ejemplo, que la propiedad o dominio privado ha de dejado de ser el derecho absoluto, para transformarse jurídicamente en una función social; que existe un derecho del trabajo que ampara los intereses de la clase desposeída, sustituyendo al clásico contrato del Código Civil denominado arrendamiento de servicios; que existe un derecho mercantil, o como quiera llamársele, que no es el mismo de los códigos antiguos, sino que se atempera a la teoría y a la práctica de la intervención del Estado en las empresas privadas, restringiendo la libertad de industria en beneficio de la comunidad; que existe un derecho de minas que regula la explotación de estas en armonía con los intereses del Estado (internos y externos), postergando la iniciativa del titular; que la teoría del riesgo creado determina la obligación de indemnizar con independencia de la noción de culpa; que la teoría de la imprevisión hiere el clásico principio civilista de que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes. Todos estos fenómenos jurídico-sociales demuestran sin equívocos que el campo del derecho privado se minorra, se extinguen las tradicionales fronteras y todo problema jurídico debe estudiarse en relación con el derecho público".

Y los hechos no dan escapatoria para negar la realidad de planteamientos. Claro que un plano filosófico-político, ésta es la uniforme manifestación del derecho y la prioridad de una faz sobre la otra, quedaría condicionada a la tendencia jurídico-política de cada estado. Así, en un estado individualista, se diría que rige un derecho privado, y en un estado socialista un derecho público.

Pero hoy por hoy, es innegable que se está perdiendo la noción de derecho privado, antes amparado por el estado gendarme. La Autonomía de la Voluntad, y otras instituciones jurídicas de sabor netamente civilista o individualista, están siendo barridas por el tipo de estado intervencionista contemporáneo, en cuya estructura jurídica, prima el bien general sobre el particular.-

2º) NORMAS DE DERECHO NATURAL Y POSITIVO.- A) NORMAS DE ORDEN JURIDICO NATURAL.- Análisis.- En la parte introduc

tiva de este trabajo, al clasificar el modo de ser del Ente Universal, en conducta razonadora humana o **NORMATIVIDAD**, y manifestación física o **LEY**, se evidenció el diferente modo de expresión o manifestación de todo lo que nos rodea, es decir de seres del mundo inanimado, de seres del reino vegetal, del animal, seres racionales, entes axiológicos, enmicos, ilusorios, etc, etc, a todo lo cual, igualmente, lo comprendimos bajo la genérica denominación de universo, creación o **NATURALEZA**.

Consecuentes, entonces, con este enfoque, la normatividad o conducta razonadora humana, es naturaleza. Y la norma jurídica, conducta razonadora humana, interindividual o social, igualmente es natural, como quiera que es ente de la naturaleza.

Entonces el derecho en general, es decir sin hacer de él ninguna especificación ni clasificación, dentro de nuestro planteamiento, si bien quedó deslindado de una explicación legalista causal, pues que dijimos que es **NORMA** y no **LEY** o forzosa manifestación física, sigue coestando con la universalidad de seres o entes de la **NATURALEZA**, universo o creación.

Y dentro de este entendimiento, desacertada, anda, entonces, la pretendida diferenciación de derecho natural y derecho positivo, pues que las normas "instituidas", estatales o positivas también están en la naturaleza, y por esto, igualmente, son derecho natural. Tal diferenciación pudo quedar más inteligible si a lo que se entiende como derecho natural en contraposición a derecho positivo se lo hubiera denominado valores ideales, principios ético axiológicos e ideológicos, normatividad supuesta, inspirada por Dios para los Teocráticos, en la razón para los Racionalistas, o que son naturaleza intrínseca del hombre, para los jusnaturalistas.

luego una teoría pura del derecho, ha de construirse no como lo pretendió Kelsen en la contraposición de un derecho natural y un derecho positivo porque el uno (el derecho natural), es natural pero no es derecho, y el otro es derecho y por lo mismo que es positivo, es igualmente natural. Entonces elemento Natural es de **IDENTIFICACION** y no de **CONTRAPOSICION** o diferenciación, y hace infecundas e injustificadas las largas guerras sin cuartel libradas entre jusnaturalistas y positivistas. Pues lo que se denomina derecho natural, insistimos, no es ~~el~~ derecho sino normatividad ideológica o supuesta, y esto porque, si bien todo derecho es norma, no toda norma es derecho, y lo que se

llama derecho positivo es igualmente natural, como quiera que se halla también inmerso en la naturaleza. Si se quiere, y para mayor claridad, lo proponemos no llamar derecho natural sino normatividad ideológica o supuesta, es una entidad deontológica, es un deber ser que se anhela que sea; y el derecho, en tanto que norma, es igualmente un deber ser, pero ya no supuesto, ideológico, anhelado, sino puesto "instituido", para que sea aunque no pueda ser, en previsión de lo cual precisamente se establecen sanciones.

Nuestra crítica al dualismo derecho natural y derecho positivo, la resumimos, entonces, a los siguientes planteamientos:

1º) No hay derecho natural en contraposición a derecho positivo.
 2º) Los valores ideales, los principios ético axiológicos, etc, etc, dimanaciones de la voluntad divina, de la razón o de la naturaleza, que se toman como derecho natural, no son derecho. Son Normatividad supuesta o ideológica; son un deber ser querido o anhelado, pero no alcanzado, puesto, "instituido", conseguido ni vigente.

3º) Tampoco se puede hablar de derecho positivo en contraposición a derecho natural, porque la norma jurídica positiva o estatal, es igualmente natural, como entidad que está inmersa en la naturaleza, creación o universalidad de las cosas.

Planteado así el problema, los positivistas ya no hallarán inconveniente en aceptar que lo que nosotros llamamos normatividad supuesta e ideológica y no derecho natural, sirve, no pocas veces, al legislador, de orientación para la institución de lo que ellos llaman derecho positivo.

Y si hacemos un estudio a fondo de la teoría pura del derecho Kelseniano, veremos que su autor precisamente confirma nuestro aserto. El Ordenamiento Jurídico para Kelsen es una pirámide en cuya cúspide está la Norma Fundamental. Y cuando se le pregunta que por qué él, positivista, autor de una teoría para, que niega el derecho natural, coloca la base de validez del derecho positivo, o sea la Norma Fundamental "en una norma que se sitúa fuera de los límites del derecho positivo" es decir en el campo del mal llamado derecho natural, contesta con honradez pero con infantilidad "que tampoco él está completamente libre del insidioso mal". Mejor que negando el derecho natural para luego admitirlo diciendo que ni él se ha librado del insidioso mal", una

postura más lógica y científica encontraría Kelsen en nuestro planteamiento de negación del derecho natural, pero de aceptación de ciertos principios metafísicos, que no son derecho, pero que sí pueden ser INSPIRACION del derecho.

B) NORMAS DE ORDEN JURIDICO POSITIVO O ESTATAL O "INSTITUIDO".- a) Análisis.- Solidarios, quedamos con el positivismo en sostener que sólo la norma positiva, "instituida" o estatal es derecho. Pero insistimos que a esta conclusión no llegamos, como los positivistas, por OPOSICION a un pretendido derecho natural, sino por ACLARACION de que tal derecho natural no es derecho. Un Ordenamiento Jurídico lo constituye entonces el inmenso bosquejo de normas jerarquizado y coordinado, incluida allí la norma de más alto rango jurídico-político, como la Constitucional, o el más simple acuerdo municipal, siempre y cuando tengan vigencia y validez en el lugar y en el tiempo en que fueron instituidos.

b) CONDICIONES PARA SU VALIDEZ.- Presizada en su justeza la entidad de un Ordenamiento Jurídico, hemos de estudiar ahora las condiciones o requisitos que deben concurrir para la validez y operancia de sus normas. Tales requisitos los reducimos a cuatro, para analizar tres de los cuales seguimos algunos apuntes de Derecho Constitucional General, tomados del Profesor Doctor Ernesto Vela Angulo:

- I. Deben organizar algo.
- II. Deben tener un poder interno o político.
- III. Deben tener un poder externo o soberanía.
- IV. Deben ser obligatorias para gobernantes y gobernados.

I. DEBEN ORGANIZAR ALGO.- Y este algo debe ser una colectividad humana junto con las cosas y circunstancias afines o relacionadas con los miembros de tal colectividad.

Se precisó ya que la Norma Jurídica es una conducta humana interindividual. El Ordenamiento Jurídico presupone entonces un grupo de personas - que busquen una organización, que pretendan un entendimiento, que convengan - en una conducta, conducta que, precisamente, se halla delineada en las normas del Ordenamiento Jurídico.

II. DEBEN TENER UN PODER INTERNO O POLITICO.- El orden jurídico, - visto por el lado de la sola autoridad, debe tener un poder especial, un poder de imponerse así mismo, es decir un poder de mantener ese mismo orden. Y la única manera de imponer el orden es haciendo que la gente viva en paz y acate la autoridad. Y éste se lo consigue controlando la violencia, ya que solamente monopolizando la fuerza, la autoridad es autoridad. Porque si hay algo que no obedezca y que tenga más fuerza que la autoridad, ésta deja de existir, y ése algo se convierte en autoridad, en regulador del orden. A este poder interno, o hacia dentro, lo llamamos poder político, y es la forma del orden jurídico mirado hacia sí mismo; es la fuerza que rige y controla a los propios asociados, a esa comunidad o conjunto de gentes que componen la entidad jurídico-política.

III. DEBEN TENER UN PODER EXTERNO O SOBERANIA.- Pero la vigencia y operancia de un Ordenamiento Jurídico, igualmente estarían amenazadas si carecieran de la fuerza necesaria para imponerse hacia fuera. Otros grupos de gentes, otras entidades jurídico-políticas, otros estados, deben también acatar y respetar ése Ordenamiento Jurídico. Y ésto es precisamente lo que se llama Soberanía.

IV. DEBEN SER OBLIGATORIAS PARA GOBERNANTES Y GOBERNADOS.- En un análisis ajustado a la noción fundamental y positiva del derecho, éste, antes que entenderse como sinónimo de justicia o libertad, lo cual sería nueva axiología, debe considerarse como conjunto de normas obligatorias y estables, que constituyen un orden y seguridad, que garantizan una convivencia social y cuya obligatoriedad abarca a gobernantes y gobernados.

Por lo mismo, un Ordenamiento Jurídico, mientras rige, ata por igual al súbdito y a quien detenta el poder. Y esto de la obligatoriedad para gobernantes y gobernados, como exigencia para validez y vigencia de un Ordenamiento Jurídico, lo relievamos más con un ligero análisis sobre la arbitrariedad.

En el argot popular se dice de alguien que es arbitrario, cuando obra caprichosamente, sin obedecer ninguna reglamentación, sin seguir ninguna determinación, y cuando sus actuaciones son variables y carentes de alguna regla o norma de conducta.

Pues el mismo criterio es válido en el campo jurídico. Porque se dice que el poder público es arbitrario, cuando, por un acto de imposición, desconoce una norma jurídica de carácter general aún vigente, y, a despecho de ella, y sin más razones que su querer antojadizo, de ese momento, resuelve un caso, porque quiere resolverlo así, o, más simplemente, porque le da la gana de resolverlo así. Pero insistimos en la nota esencial de la arbitrariedad. Claro que hay que admitir que ésta es la más rotunda negación del derecho, cuya característica fundamental, lo hemos dicho, es establecer una ordenación regular, estable, con criterio general y con vigencia y validez para todos los casos análogos que se presentan y cuyo cumplimiento obliga, tanto al simple particular, como al mismo legislador.

Pero, si bien es cierto que todo acto arbitrario está extramuros de lo jurídico, no nos equivoquemos en creer que todo lo anti-jurídico necesariamente sea arbitrario. Porque lo esencial de un acto arbitrario está en que sea anti-jurídico sí, pero también y más que todo, se exige que provenga de un supremo poder, con carácter inapelable. Pues un acto anti-jurídico que admita apelación y que sea rectificable o sancionable en otra instancia, sería un acto ilegal, una contravención, si se quiere, pero ^{nunca} un acto arbitrario. Nota inconfundible, entonces, de un acto arbitrario desde luego en el campo jurídico-político, es ser un mandato violatorio de una norma vigente, originario del poder público, que no admite apelación y de irresistible fuerza impositiva.

Tampoco vaya a creerse que un acto arbitrario tenga necesariamente que ser un acto injusto. No. Lo arbitrario hace relación a la carencia de toda norma de criterio general, acertada o errónea, justa o injusta, sin que deba tenerse en cuenta la realización o no de valores éticos o estimativos.

c) CONTENIDO.— Queda establecido que la totalidad del orden jurídico se presenta gradualmente jerarquizado, a tal punto que la validez de una norma, su objetividad, aplicabilidad y vigencia están condicionadas a otra u otras normas originarias que la han establecido, constituido y organizado. Y esto nos pone de presente que, dentro de la unidad del orden jurídico, debemos advertir dos clases de normas:

I. Normas Originarias o Fundamentales.

II. Normas Derivadas u Ordinarias.

I. NORMAS ORIGINARIAS O FUNDAMENTALES.— a) ANÁLISIS.— Es W. Burkhardt, citado por el constitucionalista español Manuel García Pelayo, en su tratado de Derecho Constitucional Comparado, quien llama, igualmente, a esta clase de normas, "normas de organización", que son, dice, "los preceptos que determinan quienes y con qué procedimientos deciden lo que es derecho en lo fundamental, y en el caso particular; es decir, qué normas de conducta y en qué condiciones deben valer, aplicarse y ejecutarse".

Aceptamos la denominación de "normas de organización" para lo que en este trabajo llamamos Normas Originarias o Fundamentales. Pero si discrepamos del pensamiento del tratadista ibero Manuel García Pelayo, en su pretensión de concretar el contenido de un Ordenamiento Jurídico, en:

I) Normas de Conducta, y

II) Normas de Organización.

Hemos sostenido que norma es toda CONDUCTA RAZONADORA HUMANA, por lo mismo las normas de organización son igualmente conducta. Luego el elemento CONDUCTA dentro de la normatividad no puede tomarse como diferencial sino como identificativo, y las normas de organización, son tan conducta, como que ellas establecen un proceder, una CONDUCTA a seguir en la conformación -

de una entidad jurídico-política.

Así pues, al querer determinar el contenido de un Ordenamiento Jurídico, nos parece más acertado hablar de normas originarias, fundamentales o "de organización", como propone llamarlas Burichardt, y normas derivadas u ordinarias.

En el aspecto sistemático de las primeras, analizaremos en seguida las concepciones absoluta, relativa, positiva, ideal y pactista del pensamiento germano de Carl Schmit; también el enfoque racional normativo, histórico tradicional y sociológico que hace de ellas la mentalidad de García Pelayo; y finalmente, propondremos, por nuestra parte, un concepto general.

Dentro de la sistematización de las normas originarias, fundamentales o de organización, igualmente nos referiremos a su juridicidad y a su contenido; trataremos también de clasificarlas; brevemente nos referiremos a su interpretación y finalmente hablaremos de los más conocidos sistemas de forma de tales normas y al sistema imperante en nuestra organización jurídico-política.

2º) SISTEMATICA.- A') Conceptos: a') Tipología de Carl Schmit: Concepto absoluto, relativo, positivo, ideal y pactista.- Tal vez por lo disciplinada y rígida, la mentalidad de Carl Schmit, sea una de las pocas, por no decir la única, que ha logrado "una teoría de la Constitución", ajustándose a todas las exigencias que el empeño demanda.

Primeramente, en lo que él llama "concepto absoluto de Constitución", quiere significar la total unidad de un sistema jurídico-político. Y Constitución es, en este enfoque absoluto del Autor germano, una unidad jurídica-política cualquiera, o una forma especial de unidad o inclusive una unidad que es función y erección y que se presenta en forma dinámica. Pero en todo caso su concepción absoluta abarca la totalidad, la generalidad siempre la unidad del sistema jurídico político.

En segundo lugar, la relativización del concepto de Constitución, que hace Carl Schmit lo fundamenta en la disgregación o pluralización del anterior concepto unitario. Y Constitución es esta vez la pluralidad de leyes particulares es decir varias leyes que tienen la forma, las características, la jerarquía de constitucionales, pero que ninguna de ellas, por sí so-

las, subsume o es suficiente para concretar la concepción unitaria, total y absoluta de una Constitución. Y Tales normas constitucionales, ya particularizadas, valen a base de la Constitución entendida como unidad o como sistema normativo absoluto y general, la cual, a su vez, vale "por virtud de la voluntad política existencial de aquél que la da".

Ahora bien, al concepto absoluto o unitario de Constitución, viene Carl Schmit a darle los calificativos adicionales de positivo e ideal. Y ha de entenderse como Constitución positiva el ordenamiento o sistemática jurídica en su unidad total, "surgida mediante un acto de poder constituyente", y que en determinado momento histórico tiene actualidad, operancia, validez y vigencia. Y es ideal esa unidad total jurídica o Constitución, cuando se ve en ella la realización de ideales axiológicos, como cuando se quiere o se busca que ella realice lo que determinada Organización Jurídico-Política (de democracia, monarquía, totalitarismo, etc), entiende por justicia, orden, libertad, etc. Y conforme una Constitución satisfaga estas ambiciones ideales de determinado momento histórico, en el que impera igualmente determinado sistema político-jurídico, por decir que tal Constitución es la ideal, se la califica también de Constitución constitucional.

Finalmente dentro del concepto pactista de Constitución, Carl Schmit, prácticamente hace relación al fundamento histórico de la misma, o mejor dicho a una de las razones históricas de la misma. Sea ficticiamente, sea históricamente demostrable, el origen de una decisión jurídico-política o Constitución, se lo denominó PACTO. Así el pensamiento democrático exige que la última ratio del Poder Constituyente, sea un pacto del pueblo políticamente capacitado. Y cuando quiera que la unidad política capaz de obrar, no es el pueblo como en la democracia, sino el monarca, es entonces el Rey, como representante de la unidad política, el que hace o PACTA ciertas concepciones a las que se les dió por la importancia de ese momento histórico, el carácter de normas constitucionales o fundamentales.

b') TIPOLOGIA DE GARCIA PELAYO.- Concepto racional normativo, histórico tradicional y sociológico.- El concepto de Constitución, dice, muy en raras ocasiones, el jurista ibero Manuel García Pelayo, en su tratado de Derecho Constitucional Comparado "es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones". Esta pluralidad, común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias - del espíritu, se encuentra acrecida en este caso por dos motivos. En primer término, porque si la mayoría de los conceptos jurídico-políticos son un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, este, por preferirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio, no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento llevado a cabo - desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz, en muchos casos, de una insición más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista neutral; pero no es menos cierto que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. Más a estas razones de índole subjetiva se une otra de carácter objetivo, a saber: el hecho de que la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivizada por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.,

"Todo esto explica que la palabra Constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de Constitución jurídica o de Constitución real, de Constitución política o de Constitución normativa, de Constitución material o de Constitución formal, de Constitución empírica o de Constitución ideal, de Constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Mas como sucede que lo que aparece como adjetivo es una realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la Constitución como un todo".

No obstante García Pelayo propone una tipología tripartita del concepto de Constitución, que, dice el Autor reposa sobre cada una de las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XX.

Ya hemos reconocido también nosotros, que el Racionalismo, con su fe ciega en la razón, creyó posible determinar un sistema fijo de reglas universales que abrazara el conjunto de una sistemática jurídico-política.

Pero la racionalización de un Ordenamiento Jurídico va más allá: - al logro de un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellas. De una sola vez, de manera total y en forma definitiva, trata, pues, el racionalismo, de vaciar en la norma originaria o fundamental la vida toda de una colectividad jurídico-política. La Constitución es una decisión única que no se amolda al devenir de los acontecimientos, sino que se mantiene soberana, como fruto que es de la razón capaz de una planificación jurídico-política definitiva. Deja Manuel García Pelayo, - en su análisis de la concepción racionalista de las normas originarias o fundamentales, una constancia: que esta clase de normas, llamadas también constitucionales, para garantizar su estabilidad, deben ser escritas. De ahí que "característico del concepto racional de Constitución es considerar únicamente como tal la Constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre".

En su concepción del aspecto histórico tradicional de Constitución deja en claro García Pelayo, la antinomia entre racionalismo e historicismo. Si para los racionalistas la Constitución es una decisión única, definitiva y casi inmutable, los historicistas ven en la norma fundamental o constitucional de un Ordenamiento Jurídico, algo que continuamente deviene. Ella es el resultado "de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema". La norma originaria, fundamental o constitucional, para el historicismo "no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de unas costumbres formadas lenta -

mente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa". Y la concepción historicista de esta clase de normas, lo hace notar el tratadista Ibero, incide igualmente en el aspecto formal de ellas, pues que frente a la exigencia del racionalismo de que deben siempre estar escritas, el historicismo contraponen la suficiencia del derecho consuetudinario, pues que la sola costumbre da a tales normas la dignidad que les corresponde.

Finalmente, en su obra ya citada, el constitucionalista español - Manuel García Pelayo, analiza la concepción sociologista de la norma originaria primaria o Constitucional. A pesar de que reconoce García Pelayo una íntima afinidad entre lo histórico y lo sociológico, ya que la realidad social se encarna en la realidad histórica, sí logra captar un concepto netamente sociológico de esta primera clase de normas de rango superior en la jerarquía de un Ordenamiento Jurídico. Para el sociologismo la Constitución, dice el tratadista que nos ocupa, es una imanencia, una concreción de situaciones de variada índole, pero que sobre todo son de carácter económico, y que no es otra cosa que el modo de ser de una sociedad, de un pueblo. Para mayor entendimiento de la concepción sociologista de esta clase de normas, quizá sirva recordar lo ya anotado, al hablar de las incidencias del historicismo, objetivismo o positivismo en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico, y entonces volver a decir que para el sociologismo un texto normativo sólo importa siempre y cuando refleje la llamada REALIDAD SOCIAL, o sea vivencias o situaciones económicas, políticas, históricas y no pocas veces religiosas, por las que atraviesa una comunidad jurídico-política. Y por lo mismo la operancia, practicabilidad y vigencia de una norma, depende de su acoplamiento a estas vivencias, a estas situaciones, en una palabra, a esta REALIDAD SOCIAL.

c') Concepto General.- Con relación a las normas originarias o fundamentales, primeras del contenido de un Ordenamiento Jurídico, luego de analizar las concepciones del tratadista alemán Carl Schmitz y del español Manuel García Pelayo, por nuestra parte, proponemos un concepto general de ellas.

Claro, y como bien lo anota García Pelayo, no es tarea fácil precisar el concepto, así sea general, de esta especie de normas, tanto más que del mismo derecho en general, aún tienen vigencia las sentenciosas palabras de Kant: "todavía buscan los juristas una definición al concepto de derecho".

Pero en términos generales, si podemos entender por normas originarias o fundamentales aquellas que, como base, fundamento o punto de apoyo en la organización y estructuración de un Ordenamiento Jurídico Político, - son la razón de ser de la creación del poder público y reglan sus competencias y límites, estableciendo quien o quienes están llamados a ejercer autoridad con miras a la autorización de determinados principios que subsumen el interés y entendimiento de una colectividad, en determinado lugar y en determinado momento histórico.

B') Juricidad.- Tratar de inquirir sobre la juridicidad de las normas originarias, fundamentales o constitucionales, es querer averiguar su validez, su razón de ser, o aún más es querer buscar su origen primario.

A nuestro modo de ver, el que más luces da sobre tan debatido tema, es el jurista mexicano Luis Recasens Siches. Por lo mismo creemos que queda suficientemente dilucidado este tema con sus luminosos conceptos que extractamos de su obra "Filosofía del Derecho".

Si "la validez de todas las normas de un Orden Jurídico viene a fundamentarse en última instancia, en la Constitución... sobre qué se basa la Constitución, de dónde recoge ésta su razón de ser?", se pregunta el -

citado Tratadista para luego anotar: "puede ocurrir que una Constitución vigente se derive de otras leyes constitucionales anteriores, que fueron noficadas por el órgano y según los trámites establecidos por ellas mismas; - de suerte que la nueva Constitución nació apoyándose por entero en lo pre - visto en la anterior. Pero por fin, se llegará a una Constitución que ya - no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua, bien por - que fue la primera de la comunidad jurídica en cuestión, bien porque nació - a través de una revolución o de un golpe de Estado, es decir, representando a una relación de continuidad en la historia jurídica; en suma llegaremos a la primera Constitución en sentido jurídico positivo. Ahora bien, el que es la primera Constitución tenga validez, el que sea derecho positivo, es algo que ya no puede fundarse en puros argumentos jurídicos, sensu estricto, ex - traídos del propio sistema, porque precisamente la totalidad del sistema ju - rídico y todo cuanto de él se derive se apoya en la Constitución, mientras - permanecemos dentro de la esfera del orden jurídico de un estado al que - consideramos como plenamente soberano. La validez o fundamento de esta pri - mera Constitución nacida de un modo originario, por ejemplo, por virtud del - establecimiento de un nuevo estado o por una revolución o golpe de estado, - no puede justificarse mediante razones jurídico positivas. Su justifica - ción ha de fundarse en otras consideraciones, en consideraciones políticas - e históricas, que en suma implican un juicio de valor".

Y más adelante completa sus conceptos, éste insigne jurista, y di - ce: "Desde el ángulo puro y exclusivamente jurídico de un sistema, resulta - que la norma jurídica primaria, la constitucional, afuer de piedra básica o angular de todo el ordenamiento, ya no puede tener fundamento en el mismo - sino fuera de él. O dicho con otras palabras, la base de la norma jurídica - primera ya no puede ser otra norma jurídica sino una razón de otra índole, - razón que se fundará en unos determinados hechos sociales (históricos, so - ciológicos) conjugados con unas estimaciones políticas. Efectivamente cada - una de las partes de un sistema jurídico se apoya sobre otras partes del - mismo, de similar modo a como cada uno de los sillares o ladrillos de un -

edificio gravitan uno sobre otro; pero la totalidad de un orden jurídico-positivo ya no puede apoyarse sobre un precepto positivo, sino sobre algo que es previo al mismo sistema análogamente o como los cimientos de una casa ya no descansan sobre ningún elemento de la construcción, sino sobre un plano previo. En el fondo, la base de un sistema jurídico consiste en un fenómeno de voluntad social predominante en cuya formulación va implícito un juicio político o estimativo".

C) **C o n t e n i d o**: Prefacio, parte dogmática y parte orgánica. Entendida la norma originaria o fundamental, según el concepto general que dejamos planteado, podemos decir que ella, como Constitución, como Carta Fundamental de una estructura jurídica, consta de tres partes:

- a) Un prefacio.
- b) Una parte dogmática.
- c) Una parte orgánica.

Un prefacio.- En su tratado de Derecho Constitucional, apunta el argentino Rafael Bielsa, y así es, que "el prefacio se resume el móvil que empuja al Constituyente en la tarea del establecimiento de un Ordenamiento Jurídico.

Tan móvil, por ejemplo, que en nuestra Carta Fundamental, se concreta a "afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz".

Parte dogmática y parte orgánica.- Con respecto a este punto, el constitucionalista colombiano, Alfredo Constain, en su Tratado "Elementos de Derecho Constitucional", dice: "técnicamente, en una Constitución juegan dos factores principales: una parte que viene denominándose, desde hace mucho tiempo, PARTE DOGMÁTICA, en que se hace relación de los derechos, y otra que se denomina PARTE ORGÁNICA, porque señala la manera cómo funcionan los diversos órganos del poder público".

Interpretando, entonces, esta apreciación, diremos que ejemplo clásico de la primera parte, en Nuestra Carta Fundamental, es el Título III que precisamente por su importancia, lo reproduce nuestro Estatuto Sustantivo Civil, y cuyo epígrafe es: "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales". Y ejemplo de la segunda parte, o sea la Orgánica, serían los Títulos IV a XX de nuestra Constitución unitaria.

D') C l a s i f i c a c i ó n: Escritas y consuetudinarias, flexibles y rígidas.- Traemos estas cuatro especificaciones de norma originaria, fundamental o Constitucional, advirtiendo en primer lugar que tradicionalmente se ha querido utilizar en contraposición los términos escritas y consuetudinarias.

Y se ha entendido por constituciones escritas "a las que consisten en un cuerpo más o menos sistemático o metódico de disposiciones fundamentales relativas a la organización política y jurídica del estado, a los derechos y garantías de los habitantes y ciudadanos, y a la distribución y competencia de los poderes".

Y por el contrario, se dice que son consuetudinarias a las que no son escritas ni revisten las características de las anteriores. Pero ha de aceptarse, que no es muy propio utilizar el término consuetudinario en oposición a escrito, pues que éste término sólo puede referirse a un aspecto formal del documento en sí y no a la fuente o modo de formación de la norma, para significar lo cual encaja bien el término consuetudinario.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la definición general que hemos propuesto de normas originarias, fundamentales o Constitucionales, se llega a la conclusión de que éstas, como bien apunta Alfredo Constain, reciben singularmente garantías de duración e inviolabilidad, por cuanto sus modificaciones estén ligadas a formas de mayor dificultad y su permanencia asegurada por especiales condiciones de responsabilidad. Y del mayor o menor interés por la estabilidad de esta clase de normas, surge la clasificación de: rígidas y flexibles.

"Se denominan rígidas aquellas de difícil reforma, que hoy están en decadencia, porque impiden llevar al estatuto fundamental la solución de los problemas actuantes del estado. La sociedad, como todo el mundo, evoluciona, y el sistema que se adopte debe dejar abierto el camino para introducir la reforma en el momento oportuno, antes que las aspiraciones populares se encaucen por los caminos vedados de la subversión y de la guerra civil".

Y se entiende por constituciones flexibles "aquellas que para su reforma exigen mínimas condiciones. También es inconveniente exponer los principios generales de la organización estatal a las continuas y mudables aspiraciones de la opinión pública; ellas deben depurarse y madurarse mediante determinados trámites, que si bien no hagan imposible la satisfacción de sus anhelos, no pongan tampoco en peligro las conquistas políticas o sociales, alcanzadas mediante un proceso histórico largo, que por lo general hacen parte integrante de la propia historia nacional".

E') Interpretación:.- Dijimos que una de las características del Ordenamiento Jurídico es la unidad. Por lo mismo la interpretación de sus normas, tanto las que son ahora objeto de estudio, o sea las originarias o fundamentales, como las derivadas u ordinarias, debe estar acorde con el espíritu que animó al Constituyente al darles vida jurídica. Y tal espíritu, repetimos, se halla latente en el preámbulo.

A este respecto, traza lineamientos certeros, una jurisprudencia argentina, traída por Rafael Bielsa, en su obra antes citada, cuando dice: "la Corte Suprema ha declarado que la interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva impregnada de realidad... a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la nación".

F) **Sistemas de Reforma.**- La necesidad de reformar un Ordenamiento Jurídico, incluyendo aún sus normas originarias o fundamentales, obedece a la característica dinámica y cambiante del derecho.

Cierto que se exige una mayor estabilidad en la norma fundamental positiva, como quiera que encierra un propósito práctico de reconocimiento y garantía de los derechos civiles y políticos de la colectividad, y de allí que algunos pueblos se manifiestan RIGIDOS a las reformas de la norma originaria, en oposición a otros que tienen una mentalidad FLEXIBLE.

Pero el Poder Constituyente Contemporáneo, en términos generales y consciente de que el derecho siempre debe estar atento a la REALIDAD SOCIAL, prevé la reforma de la Carta Fundamental. Y entonces, tales reformas se hacen, o por:

a) **SISTEMAS ORDINARIOS**, como la Asamblea Constituyente, los Cuerpos Legislativos en función Constituyente, o Cuerpos Legislativos en vía Constituyente.

b) **SISTEMAS EXTRAORDINARIOS**, como el plebiscito y el referéndum.

Los enunciados en uno y otro sistema, advertimos que solo son traídos en plan enumerativo.

De los primeros, o sea de los sistemas ordinarios, diremos que la Asamblea Constituyente, es una Corporación convocada con el sólo propósito de estudiar e introducir reformas a la Carta. En Colombia así se establecieron las constituciones de Angosturas, de Cúcuta y de Rionegro. Y en este siglo, por este sistema, se introdujo reformas a nuestro Estatuto Fundamental, cuando el gobierno de facto del General Rojas Pinilla.

Los Cuerpos Legislativos en función Constituyente, es decir con requisitos formales más complejos que cuando actúan como meros reformados -

res de las normas derivadas u ordinarias. Y finalmente en el sistema de los Cuerpos Legislativos en vía Constituyente, el legislador hace la reforma, pero tiene que someterla a posterior ratificación de los asociados.

Entre los sistemas extraordinarios hemos citado el plebiscito, que a grandes lineamientos, consiste en someter las reformas constitucionales a la aprobación del poder originario del pueblo. En nuestro país, de reciente recuerdo, es el plebiscito de primero de diciembre de 1.957.

Con relación al referendium, García Pelayo, en su obra ya citada, lo interpreta como un derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias.

c') Sistema Colombiano.- Del análisis de los sistemas enumerados, se colige que nuestra organización jurídico-política, en el Art. 218 de nuestra Carta Fundamental, se acoge al sistema ordinario de los Cuerpos Legislativos en función constituyente. Al efecto, en tal artículo, que a su vez es el artículo 95 del Acto Legislativo número primero de la reforma de 1.945, se prevee que "la Constitución solo podrá ser reformada por un Acto Legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el Presidente del Congreso".

Procedimiento este que fue ratificado en el Artículo 13 del plebiscito de 1.957, pero que acaba de sufrir las incidencias de la última Reforma Constitucional, como quiera que el Artículo 74 del Acto Legislativo número primero de 1.968, prevee las salvedades, que en materia de votación, la misma Constitución dispone.

II.) NORMAS DERIVADAS U ORDINARIAS.- 1ª) ANALISIS.- Se dijo ya, pero creemos que no está por demás hacer hincapié en la circunstancia de que el Ordenamiento Jurídico se halla constituido en forma escalonada o graduada. Pues bien, las normas originarias o fundamentales tienen el carácter de tales, en tanto que, con base en ellas, surge a la vida jurídica otra clase de normas que hemos de llamar DERIVADAS U ORDINARIAS.

Y es tanto más evidente la subordinación e independencia de esta riquísima gama de normas derivadas u ordinarias (decretos, jurisprudencia, sentencias, pactos, ordenanzas, acuerdos, etc.), que ellas se dictan a tenor de lo dispuesto y según las competencias y procedimientos estatuidos en las normas originarias o fundamentales.

2ª) ENUMERACION Y PROCEDENCIA SEGUN LA LEGISLACION COLOMBIANA. - Para mayor acierto en la enumeración de ésta segunda clase de normas que conforman un Ordenamiento Jurídico, hemos de guiarnos por nuestra Carta Fundamental, la cual precisamente, nos permite agruparlas en la siguiente forma:

- 1ª) Las emanadas del Poder Legislativo.
- 2ª) Las emanadas del Poder Ejecutivo o Administrativo Nacional.
- 3ª) Las emanadas de Organos Administrativos a Nivel Departamental
- 4ª) Las emanadas de Organos Administrativos a Nivel Municipal.

1ª.- Emanadas del Poder Legislativo.- El Art. 76 de la Constitución Nacional dice: "Corresponde al Congreso hacer las Leyes". Son, pues, estas normas jurídico legislativas de carácter general, que desarrollan cualquiera de los objetivos determinados en los 24 numerales de la Norma Fundamental citada.

2ª.- Emanadas del Poder Ejecutivo o Administrativo Nacional.- Por querer constitucional, el Presidente es el Jefe del Poder Ejecutivo o Norma Administrativa Nacional, y como tal de él emanan las siguientes normas:

a) Las que el Art. 11 de la Ley 153 de 1887 llamara Decretos Legislativos propiamente dichos, cuya nomenclatura no nos satisface, y que por las especiales circunstancias que las originan, preferimos denominar Decretos Extraordinarios. Y son éstos los que dicta el Jefe del Ejecutivo dentro de las circunstancias, características y procedimientos del Art. 121 de la Carta.

b) Las bien llamadas DECRETOS LEYES, que pro t mpore, y ~~ahora~~ sobre precisas materias y por delegación del Congreso, dicta por mandato del Numeral 12 del Art. 76 de la Carta, al Presidente de la República.

c) Las que pudiéramos llamar normas específicas, por estar su objeto más determinado y circunscrito, y las cuales se dictan por el Ejecutivo, a tenor del Numeral 11 del Art. 76 de la Constitución, con base en autorizaciones del Congreso y solo "para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

d) Los Decretos Reglamentarios, cuyo objeto, como lo quiere el Numeral 3 del Art. 120 de la Constitución Nacional, es el logro de la "cumplida ejecución de las leyes".

e) Los decretos que la doctrina, y nos parece bien, denomina simplemente ejecutivos. Su origen está sobre todo en el cumplimiento de los numerales 13 y 19 del Art. 120 de nuestro Estatuto Fundamental.

3 .- Emanadas de Organos Administrativos a nivel Departamental. El objetivo de estas normas, que genéricamente se llaman Ordenanzas, est  precisado en los 6 numerales del Art. 187 de la Constitución Nacional.

4 .- Emanadas de Organos Administrativos a Nivel Municipal. El Art. 196 de Nuestra Carta dice: "en cada Distrito Municipal habrá una corporación de elección popular, que se designará con el nombre de Concejo Municipal". Y los actos de estas Corporaciones, por disposición constitucional, son entonces otras tantas normas derivadas u ordinarias que concurren a la formación de nuestro Ordenamiento Jurídico Político. Su objetivo *llamados*

está igualmente determinado en los cuatro numerales del Art. 197 de nuestra Carta y en varias disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal.

No sobra recalcar que en esta segunda clase de normas, parte integrante de un Ordenamiento Jurídico, y que hemos denominado DERIVADAS U ORDINARIAS, también se hallan la jurisprudencia, las sentencias, los pactos, las resoluciones administrativas, etc, etc,.

3º.- PRIORIDAD EN SU OPERANCIA.- En esta última parte de nuestro trabajo, nos remitimos a lo dicho cuando analizamos la unidad del Ordenamiento Jurídico. Y hemos de recalcar que la forma escalonada o graduada de sus normas, se opera dentro de la dependencia de unas a otras y la convergencia de todas ellas, a la norma única o fundamental. Y es ésta la sistemática o reglamentación en cuanto a la prioridad en la operancia de las normas de un Ordenamiento Jurídico, que Hans Kelsen sintetizó magistralmente en su famosa "PIRAMIDE".

Y con relación a la prioridad en la operancia de las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, con las salvedades de nomenclatura que hemos sugerido, nos parece muy claro y preciso el análisis que hace nuestro tratadista Bustorgio Sarria en su obra que dejamos citada, y en la que dice:

"En cuanto a la prelación en su aplicación a determinado caso, deben observarse las siguientes normas:

Primera.- La Ley, el Decreto Legislativo y el Decreto Ley son de igual categoría.

Segunda.- El Decreto Reglamentario o Reglamento Ejecutivo y el Decreto simplemente Ejecutivo se subordinan a la Ley, al Decreto Legislativo y al Decreto Ley.

Tercera.- La Ordenanza Departamental se subordina al Decreto Reglamentario, al Decreto simplemente ejecutivo, al Decreto Ley, al Decreto Legislativo y a la Ley.

Cuarta.- El Acuerdo Municipal se subordina a la Ordenanza Departamental, al Decreto Reglamentario, al Decreto simplemente Ejecutivo, al Decreto Legislativo, al Decreto Ley y a la Ley.

Por encima de todos estos actos legislativos o reglamentarios, - está la Constitución".

Y relievamos más este punto el pensamiento de nuestro constituyente que orienta el Art. 215 de Nuestra Carta Fundamental, toda vez que esta tiene que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

----- 0 -----

E P I L O G O

Nos parece acertada la observación del Presidente de Tesis, Doctor Rodrigo Néelson Estupiñán, de que nuestro trabajo quedaría, si se nos permite el término, "redondeado", si lo terminamos con una síntesis que pudiéramos decir, entre-saque o ponga a flor de vista lo medular del tema que nos hemos propuesto desarrollar.

Claro que esta tarea, parcialmente, o sea como corolario en casi todos los capítulos, ya queda cumplida. Y quienes quieran entrar en una crítica o evaluación del presente trabajo, fácilmente podrán evidenciar el empleo que hemos hecho de una metodología que nos ha parecido la más lógica, toda vez que, partiendo de la exposición de un tema, no nos quedamos en su mero enunciamiento, y muchas veces menos nos acomodamos a críticas de terceros, sino que proponemos planteamientos personales, es decir no dejamos cabos sueltos.

Y ésto sin la pretensión de soluciones definitivas, porque en una ciencia como la jurídica, donde nadie ha dicho la última palabra, lo que se exponga no puede tomarse mas que como una inquietud.

En el logro, pues, de un cuerpo de doctrina; en la pretensión de una coordinación de principios, que no otra cosa se busca en una sistemática, apenas es natural que hayamos intentado inquirir, buscar la naturaleza de lo que nos proponíamos sistematizar. Y por eso la parte introductiva de nuestro trabajo con el epígrafe de MODO DE SER DEL ENTE UNIVERSAL, donde el lector encuentra una visión panorámica de todos los seres que constelan lo que genéricamente se llama universo, creación o naturaleza, cuyas manifestaciones o MODOS DE SER, los clasificamos en dos grandes grupos:

- a) Conducta Racional Humana o Normatividad.
- b) Manifestación Física o Ley.

Y precisado conceptualmente el primer grupo o sea la conducta racional humana, determinadas sus características, y bifurcando en normas o conductas de orden individual y normas o conductas de orden interindividual o social, descubrimos que en ésta última agrupación se halla el objeto de la sistemática que proponemos o sea la Norma Jurídica.

Pero advertimos que la norma jurídica no es exclusiva dentro del orden interindividual o social. Con ella, dijimos, que podrían enumerarse -

los usos, las reglas del trato social etc. Por lo mismo había que determinar la aún más y para ello propusimos las características de bilateralidad, exterioridad, coercitividad y heteronomía.

Ahora bien, identificada ya la norma jurídica, venía propiamente - la tarea de su sistematización dentro de un Ordenamiento Jurídico, a cuya - composición dijimos concurriría ésta en forma unitaria, interdependiente, gerarquizada y convergente siempre a una norma primaria o fundamental.

Y como en el campo científico nada puede laborarse a espaldas o extramuros de una metodología, dedicamos el capítulo primero de nuestro trabajo a buscar el método u orientación para captar mejor ese cuerpo de doctrina, ese conjunto de principios, en una palabra, esa sistemática que estructuraría un Ordenamiento Jurídico. Hicimos, entonces, un análisis y crítica - (crítica o enjuiciamiento y no mero enunciamiento) de los diferentes métodos y de sus incidencias en la sistematización de un Ordenamiento Jurídico.

Pero conscientes de que un trabajo de tesis no debe ser una mera repetición de ideas trilladas o a lo mucho con ropaje nuevo, sino un enfoque personal de la problemática planteada (en nuestro caso la problemática jurídica), proponemos (no damos) una solución que se aparta de la exclusividad - que se ha querido dar a determinado método, y propugna por una conciliación de todos ellos con el aprovechamiento de lo bueno que cada uno pudiera aportar en tan compleja tarea.

Y si el Ordenamiento Jurídico que objetiviza este trabajo es el - contentivo de normas positivas, estatales o instituidas, sobra ponderar la - necesidad del capítulo segundo, donde tenemos la oportunidad de dejar nuestros planteamientos personales con relación al dualismo Derecho-Estado, motivo de tantas pugnas entre Clásicos y Positivistas y de erradas teorías, como la monista o kelseniana.

Finaliza este ensayo desechando la clasificación de Derecho Natural y Derecho Positivo, como también dejando constancia de la agonizante clasificación de Derecho Público y Privado, que, si bien tuvo vigencia en una organización jurídico-política gendarme, hoy por hoy pierde terreno con el Estado intervencionista que decapita la autonomía de la voluntad de un derecho civilista e individualista e introniza el interés general sobre el particular.

Tampoco dejamos de referirnos a la clasificación de las normas que conforman un Ordenamiento Jurídico Positivo. Y luego de glosar las que se han hecho, insinuamos agruparlas en:

- 1ª) Normas originarias o fundamentales.
- 2ª) Normas derivadas u originarias.

Dedicamos especial atención a las primeras, y en la parte sistemática de ellas traemos las concepciones de aquilatados Juristas como Carl Schmit y Mamel García Pelayo. Pero nótese que tratamos de hacer del pensamiento de estos tratadistas no una esclavizante transcripción, sino un análisis crítico. Y como si esto fuera poco, también, por nuestra parte, damos un concepto general, para luego analizar su juridicidad, contenido, clasificación, interpretación y sistemas de reforma.

Finalmente, el análisis, la enumeración y procedencia según nuestra legislación y la prioridad en su operancia que hacemos de las normas derivadas u ordinarias, son rasgos o lineamientos generales, es cierto, pero creemos que son los más importantes y por lo mismo suficientes para hacer referencia a esta segunda clase de normas que igualmente concurren a la formación de un Ordenamiento Jurídico Positivo.

Pero luego de esta breve síntesis, cabe preguntar: será este trabajo tan solo un relato, una crónica, una simple enumeración de ideas de cajón, desentendidas por el demasiado uso?

El repudio del término LEY para lo jurídico, planteado no como problema de mera terminología sino de ontología; el disentimiento de la teoríamonista o kelseniana; la metodología propuesta en la elaboración de un Ordenamiento Jurídico Positivo; la negación del dualismo Derecho Natural en oposición al Derecho Positivo, sino soluciones, no serán inquietudes que evidencian un afán de liberación de planteamientos hasta ahora intocables, solo por que llevan el sello de extranjerismo impreso en una ciencia reflejo de una realidad social, dinámica y cambiante, y que por lo mismo que es ciencia, volvemos a decirlo, no es patrimonio de razas ni de nacionalidades?

Pasto, marzo de 1.969.

B I B L I O G R A F I A

- Riela Rafael: Metodología Jurídica, Librería y Editorial Castellví. S. A. Santa Fé, Argentina.
- Riela Rafael : Derecho Constitucional, 3a. Edición, Roque Depalma, - Editorial Buenos Aires, 1959.
- Constain Alfredo: Elementos de Derecho Constitucional. 3a. Edición. Editorial Temis. Bogotá D. E. 1959.
- Cossio Carlos: La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, 2a. Edición, Abelardo Perrot. 1964.
- Cossio Carlos: Teoría de la Verdad Jurídica, Editorial Posada, S. A. Buenos Aires.
- Cossio Carlos: La Plenitud del Ordenamiento Jurídico, 2a. Edición, - Editorial Posada, S. A. Buenos Aires.
- Cossio Carlos: La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho, Ediciones Arayú, Buenos Aires.
- Del Vecchio Giorgio: Teoría del Estado, Bosch, Casa Editorial G. Urgel, 51 bis. Barcelona.
- Dujovne León: La Filosofía del Derecho de Hegel a Kelsen. Bibliográfica. Omeba Editores - Libreros. Lavalle 1328. Buenos Aires.
- García Maynes Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, 12a Edición. Editorial Porrúa, S. A. Av. República Argentina. 15-1964
- García Pelayo Manuel: Derecho Constitucional Comparado, 2a. Edición. Manuales de la Revista de Occidente, Barbosa de Braganza, - 12 Madrid.
- Kelsen Hans: -La Teoría Pura del Derecho, Editorial Posada S. A. - Buenos Aires.
- Legaz Lacambra Luis: Filosofía del Derecho, Bosch, Casa Editorial - Urgel, 51-bis, Barcelona.
- Legaz Lacambra Luis: Horizontes del Pensamiento Jurídico, Bosch, Casa Editorial.- Apartado 928 Barcelona.
- Recasens Siches Luis: Filosofía del Derecho, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S. A. Av. República Argentina, 15 - M6jimo 1961.
- Recasens Siches Luis: Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A. Av. República Argentina, 15- 1963.
- Sánchez Viámonte Carlos: Las Instituciones Políticas en la Historia Universal Editorial Bibliográfica Argentina.- Viámonte 857. Buenos Aires.-
- Sarria Eustorgio: Derecho Administrativo, 4a. Edición, Editorial Temis, Bogotá. D. E.- 1962.-

BIBLIOGRAFIA (continuación)

- Sayagüez Iaso Enrique: Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. S.A.-
Schmitt Carl: Teoría de la Constitución, Editorial Nacional. S.A.-
México. D. F. 1952.
Verdross Alfred: La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, Cen -
tro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Au -
tónoma de Méjico. 1962.
Touchard Jean: Historia de las Ideas Políticas, Editorial Tecnos, -
S. A. Madrid.

----- 0 -----

S/N/I/
silnei.-

T
340.11
M827s

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Inventario: 14562

Autor: Mora G., Jorge A.

Título: Sistenatica de un Ordenamiento



T
340.11
M827s

14562

**Universidad de Nariño
Pasto (Nariño)**

1 4 5 6 2

