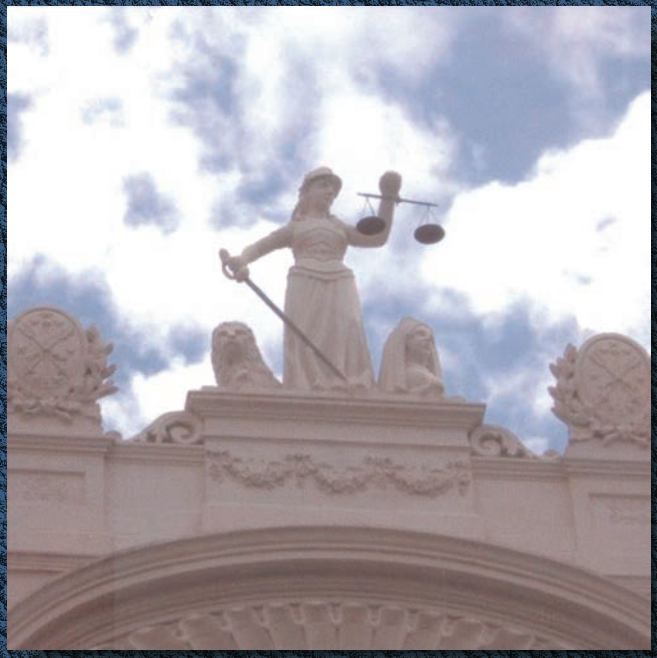
COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Rodolfo Vázquez

Teoría del derecho



OXFORD

Teoría del Derecho

OXFORD UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación
de la Universidad mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de
Oxford University Press en el Reino Unido y en algunos otros países.

Publicado en México por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.
Antonio Caso 142, Col. San Rafael, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2008

Se han hecho valer los derechos morales del autor

TEORÍA DEL DERECHO

Primera edición publicada en 2008

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, o guardada en algún sistema de recuperación, o puede ser transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, sin la autorización previa, por escrito, de Oxford University Press México, S.A. de C.V., o como expresamente sea permitido por la ley, por licencia o bajo los términos acordados con la organización apropiada de derechos de reprografía. Deben enviarse las solicitudes de información acerca de reproducciones fuera del alcance de lo mencionado anteriormente al Departamento de Derechos de Autor de Oxford University Press México, S.A. de C.V., a la dirección mencionada arriba.

Usted no debe hacer circular esta obra en cualquier otra forma
y debe imponer esta misma condición a cualquier comprador.

Textos Jurídicos Universitarios

ISBN 978-970-613-921-4

Primera reimpresión

Se usaron tipos Helvetica Neue (13 pts.) y Souvenir (9.5 pts.),
sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad 75 g
Se terminó de imprimir en Impresora Peña Santa, S.A. de C.V.,
Sur 27 Lt. 457 Mz. 44, Col. Leyes de Reforma, 2a. sección, C.P. 09310, México, D.F.

Impreso en México

Abril 2012

El tiraje fue de 500 ejemplares

Créditos:
Autor: Rodolfo Vázquez
Commissioning editor: Flor María Díaz Soto
Dirección editorial, diseño y producción: Mario Andrés Aliaga Valenzuela
Edición: Javier López Campoy
Coordinación de producción: Paula Sosa Jiménez
Supervisión de producción: Carlos Sánchez
Portada: Aidee Santiago Ramírez
Composición y diseño: Ana Mireya Laguna Plata

Si algún tercero considera que parte del contenido de esta publicación, viola sus derechos de propiedad intelectual, puede enviar una notificación al domicilio arriba citado, indicando los datos personales del titular de los derechos supuestamente infringidos.

Oxford University Press México, S.A. de C.V., no se responsabiliza de los contenidos de las páginas Web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

Teoría del derecho

Índice de contenido

Introducción **iv**

Unidad 1. La definición de derecho **1**
Sobre la definición de derecho 2
El lenguaje del derecho 5
La polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo 10
Antecedentes 10
La propuesta de Eduardo García Máynez 13
Enfoques teóricos contemporáneos 22

Unidad 2. Teoría de las normas **29**
Prescripciones y normas 30
Causalidad e imputación 30
El fenómeno normativo 32
Tipos de normas jurídicas 39
Reglas y principios 43
Eficacia, validez y justicia de las normas 49

Unidad 3. Teoría del ordenamiento jurídico **65**
Sobre la noción de ordenamiento jurídico 66
Identificación del ordenamiento jurídico 68
Ordenamientos jurídicos como ordenamientos normativos 68
Ordenamientos jurídicos como ordenamientos coactivos 70
Ordenamientos jurídicos como ordenamientos institucionalizados 71

Unidad del ordenamiento jurídico 72
Coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico 79
Plenitud del ordenamiento jurídico 86

Unidad 4. Conceptos jurídicos fundamentales 95
Introducción 96
Sanción jurídica 97
Acto antijurídico o ilícito 100
Responsabilidad jurídica 102
Deber jurídico 104
Derecho subjetivo 106
Capacidad jurídica y competencia 109
Persona jurídica 111

Unidad 5. Teoría de la ciencia jurídica 119
La ciencia y el conocimiento científico 120
Las ciencias sociales y el derecho 124
Concepto de ciencia jurídica 129
La dogmática jurídica como saber científico 132
La ciencia jurídica moderna 135
El formalismo jurídico 135
La revuelta contra el formalismo 140
El sociologismo jurídico y el movimiento del Derecho Libre 146
El neokantismo jurídico 149

Unidad 6. Modelos contemporáneos de ciencia jurídica 157
La ciencia jurídica contemporánea 158
El modelo de ciencia pura de Hans Kelsen 158
El modelo de ciencia empírica de Alf Ross 161
El modelo de ciencia analítica de Herbert Hart 163
El modelo de ciencia estructural-funcional de Norberto Bobbio 166
El modelo de ciencia sistemática de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin 169
El modelo de ciencia consecuencialista de Ulises Schmill 172
El modelo de ciencia interpretativa de Ronald Dworkin 175
El modelo de ciencia argumentativa de Manuel Atienza 177

Modelos de ciencia jurídica y enseñanza del derecho 179
Concepción formalista o positivista ortodoxa 181
Concepción crítico-realista 184
Concepción argumentativa y democrática 188

Unidad 7. Interpretación del derecho y argumentación jurídica 199
La interpretación del derecho 200
Conceptos de interpretación jurídica 200
Teorías de la interpretación jurídica 202
Tipos de interpretación 204
Casos fáciles, difíciles y trágicos 206
La argumentación jurídica 208
Concepto y tipos de argumentación 208
Teorías de la argumentación 213
Stephen Toulmin 213
Neil MacCormick 216
Robert Alexy 219

Unidad 8. Los argumentos interpretativos y la prueba de los hechos 225
Los argumentos interpretativos 226
La analogía 226
El argumento *a fortiori* 236
El argumento *a contrario* 238
El argumento sistemático 239
El argumento psicológico 243
El argumento pragmático 248
El argumento teleológico 249
El argumento histórico 250
La prueba de los hechos 251
Los hechos del derecho 253
El derecho a la prueba y la relevancia de las pruebas 259

Bibliografía general 265

Introducción

El jurista italiano Norberto Bobbio propuso hace ya algunos años una división tripartita de la filosofía del derecho, cuyo contenido en un sentido amplio podría resumirse en lo siguiente: *a)* la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión sobre las normas y el ordenamiento jurídico; *b)* la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas de tales ordenamientos, y del mismo estatuto científico del derecho; y *c)* las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad y bienestar, por ejemplo. Para Bobbio, el primero de tales contenidos tiene que ver con lo que el propio autor llamó *Teoría del derecho*; el segundo, con la *teoría de la ciencia jurídica* o *metodología jurídica*; y el tercero con la *filosofía del derecho*, propiamente dicha.[1]

El libro que el lector tiene en sus manos ha intentado apegarse al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, que es el plan seguido por otras facultades de derecho del país. Dicho plan contempla los contenidos que en el esquema que Bobbio propone corresponden a los incisos *a)* y *b)*, es decir, a la teoría del derecho y a la teoría de la ciencia jurídica. Reunir bajo el solo título de "Teoría del derecho" los contenidos de *a)* y *b)* me ha parecido una decisión acertada, puesto que no es posible reflexionar y construir una teoría de las normas y del ordenamiento jurídico si no es asumiendo una toma de posición metodológica por parte del científico del derecho. Esta mutua interconexión entre teoría y metodología se refleja en las grandes obras de los teóricos del derecho contemporáneos como, por ejemplo, Hans Kelsen, Alf Ross,

[1] Véase Norberto Bobbio, "Naturaleza y función de la filosofía del derecho", en *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 91 y ss.

Herbert Hart, Eduardo García Máynez, Norberto Bobbio, Joseph Raz, Eugenio Bulygin o Ulises Schmill.

Por lo anterior, el libro se ha dividido en ocho unidades que abarcan: 1. El concepto de derecho desde la perspectiva del análisis del lenguaje y a la luz de la clásica discusión entre jusnaturalistas y juspositivistas; 2. La teoría de las normas, su tipología y propiedades, así como la distinción y el debate en torno a las reglas y los principios; 3. La teoría del ordenamiento jurídico y los problemas de identidad, unidad, coherencia y plenitud de los mismos; 4. El análisis de los conceptos jurídicos fundamentales desde las nociones de sanción e ilícito hasta las de derecho subjetivo y persona jurídica; 5. La teoría de la ciencia jurídica, su concepto, su gestación y desarrollo a lo largo del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX y el *status* epistemológico de la dogmática jurídica; 6. Los modelos contemporáneos de ciencia jurídica y la aplicación de algunos de ellos en el ámbito de la enseñanza del derecho; 7. La interpretación del derecho, su concepto, tipología y distinción de la argumentación jurídica; y 8. El análisis y ejemplificación de los argumentos interpretativos y la prueba de los hechos.

Por supuesto, no se ha pretendido agotar cada uno de esos vastos temas, pero sí se ha procurado cumplir con los objetivos establecidos para la colección en que se publica esta obra, que serían los siguientes:

> presentar textos breves, claros y sencillos que eviten discusiones teóricas innecesarias; conservar la mayor objetividad posible en las explicaciones y sólo en casos necesarios verter nuestra opinión sobre algún tema; exponer, dentro de las limitaciones antes indicadas y con la mayor apertura posible, los conceptos jurídicos fundamentales. En el aspecto formal, se trata de acompañar el texto con objetivos de aprendizaje para guiar al estudiante respecto de la temática más importante y cuestionarios al final de los capítulos para que repase los temas estudiados, así como diversos índices que faciliten el acceso a la obra.[2]

Quiero agradecer, de manera especial, el trabajo de investigación y redacción de Farid Barquet Climent en las unidades 2, 7 y 8; de Jorge García Azaola en las unidades 5, 6 y 7; y de Andrea Meraz en las unidades 1, 3 y 4. La actividad con cada uno de ellos ha sido, sin duda, una de las tareas más gratificante como profesor y colega universitario.

Deseo expresar mi agradecimiento a Iván Martínez Rojas, quien se encargó de la corrección de estilo del texto, a Javier López Campoy, editor de la obra, por los atinados comentarios y sugerencias; y, finalmente, agradezco a Leonel Pereznieto,

[2] Leonel Pereznieto, *Introducción al estudio del derecho,* 5a. ed., Oxford University Press, México, 2006, p. XV.

fundador académico de la colección "Textos jurídicos universitarios", por su generosa invitación para la realización de este libro y por sus muy agudos comentarios a cada una de las unidades. Para los que de una u otra forma nos hemos dedicado desde hace ya algunos años a la actividad editorial en México, Leonel ha sido uno de nuestros referentes obligados por la calidad y excelencia de sus ediciones.

Rodolfo Vázquez

1. LA DEFINICIÓN DE DERECHO

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Se familiarice con el concepto de derecho y con los problemas que suscita su definición.
- Comprenda la relación entre lenguaje y derecho, así como las consecuencias de tal relación.
- Describa los antecedentes de la polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo.
- Conozca la propuesta de Eduardo García Máynez sobre el juspositivismo y el jusnaturalismo.
- Entienda algunos enfoques teóricos contemporáneos sobre el juspositivismo y el jusnaturalismo.

Sobre la definición de derecho

Plantearse qué es el derecho es una pregunta compleja. No pocos teóricos han rechazado la idea de intentar siquiera encerrar tal término en una definición, que no podría ser sino general y muy abierta en su significado. Pero no sólo la expresión "derecho" presenta problemas, también la propia expresión "definición" tiene sus complicaciones. Trataremos de esclarecer ambas nociones proponiendo algunas herramientas de análisis. Sin embargo, es necesario aclarar que nuestra intención no es arribar a una definición "clásica" del término "derecho", sino mostrar la complejidad de definirlo. Se busca, también que, con base en los temas que se desarrollarán a lo largo del presente libro, el lector construya la definición que le parezca más apropiada.

Los criterios que tienen que ver con el significado que adquiere una expresión son: la designación de conceptos y la referencia o ausencia de referencia a una realidad empírica u objetiva.

Por lo pronto, cabe distinguir entre diversos acercamientos cuando hablamos de definir algo. Tales acercamientos son el lingüístico, el conceptual y el real. Así, nuestra pregunta sobre qué es el derecho adquiere tres dimensiones: la que alude al término "derecho", la que se refiere al concepto derecho y la que señala el objeto derecho. Relacionando estos acercamientos con las herramientas de análisis mencionadas en el párrafo anterior, podemos señalar que los términos pueden o no *designar* conceptos y, a su vez, éstos pueden o no tener una *referencia* con la realidad empírica u objetiva. En general, se puede decir que el significado de las expresiones lo constituye la *designación* y *referencia* de las mismas. Así, por ejemplo, los artículos o las preposiciones no designan conceptos, por lo que su sentido lo adquieren al combinarse con otros términos. Hay otros términos que designan conceptos pero que, a su vez, carecen de referencia empírica u objetiva. Es el caso de los conceptos formales como los propios de la lógica y de la matemática o los de "imputación" o "deber ser", o los de la "norma hipotética" en la teoría del derecho de Hans Kelsen. Por otra parte, existen términos que designan conceptos y que se refieren a realidades objetivas, pero no empíricas, como ocurre en la física con términos como "electrón" o "protón", de los cuales decimos que se refieren a algo objetivo aunque no haya experiencias sensibles inmediatas de los mismos. Finalmente, existen términos que designan conceptos y que, además, tienen referencia tanto empírica como objetiva. El término o la expresión "juez" designa un concepto con referencia empírica (se puede hablar con un juez) y objetiva, en la medida en que no se agotan con la experiencia (los jueces *duran* después de nuestro trato *experiencial* con

ellos). De igual manera, el término "derecho" designa un concepto (o diversos conceptos) que tiene tanto una referencia empírica (podemos hablar de experiencias jurídicas) como objetiva (las normas jurídicas adquieren un valor independiente de la subjetividad del legislador al momento de crearlas).[1]

Para poder entender mejor las dificultades de definir el término "derecho" y poder emitir una definición de este término en el área de nuestra materia, veamos antes la definición de "definición".

Con respecto a la expresión "definición", podemos valernos también de la distinción entre los acercamientos mencionados: lingüístico, conceptual y real. Así, podemos hablar de definiciones nominales (términos, expresiones o palabras), conceptuales (conceptos) y reales (objetos o esencias). A estas últimas es impropio llamarlas definiciones porque si las definiciones son siempre relativas a un lenguaje, y todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos convencionales, los significados expresados a través de las definiciones serán también convencionales. Por lo tanto, no hay significados "intrínsecos", "esenciales", "naturales" o "reales" al margen del uso lingüístico expresado convencionalmente.[2] Esta concepción va en contra de la concepción esencialista —denominada "realismo verbal" por Hermann Kantorowicz— que dominó en la jurisprudencia antigua y medieval hasta el siglo XVIII, y que todavía sostienen muchos autores modernos y contemporáneos. En palabras del propio Kantorowicz:

> Muchos sistemas [filosóficos] —el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno— se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de "necesariedad", por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos de lo que pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. Si esto fuera así, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la "esencia" del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término "derecho", el único significado y la única definición verdaderos serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna, ha creído que entre el nombre de una "cosa" (es decir, cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrílego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica de la magia verbal [...].[3]

No existe, entonces, un significado inherente a las expresiones. Prueba de ello es que un mismo significado puede expresarse con términos distintos según el idioma

[1] Véase Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, pp. 10 y 11.
[2] Véase Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 94.
[3] Hermann Kantorowicz, *La definición del derecho*, pp. 33 y 34, citado en Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 12.

que se utilice; por ejemplo, en castellano o inglés: "agua", "water"; "mujer", "woman"; "derecho", "law".

Si prescindimos de las definiciones reales o esenciales y aceptamos que el acceso a los conceptos se realiza mediante la designación por términos o palabras, entonces las definiciones que nos interesan son las nominales. Decimos que las definiciones son nominales en sentido estricto cuando consideramos los signos lingüísticos exclusivamente desde el punto de vista de sus relaciones *sintácticas* (sin atender a sus posibles significados[4]); y decimos que son nominales en sentido amplio cuando nos interesan también los significados o la *semántica* de las palabras.[5] Como veremos enseguida, el lenguaje del derecho se expresa en lenguaje natural, no formal, por lo que nuestro interés se centrará en las definiciones nominales que atienden a la semántica de las palabras.

La definición de una expresión es una manera de establecer o especificar significados: al término que se definirá (*definiendum*) se le une la significación (o parte de la significación) del término definiente (*definiens*). Por ejemplo, si se define "hombre" como "animal racional", o como "bípedo implume"; o bien "derecho" como "conjunto de normas coactivas", o "prescripciones en orden al bien común" lo que se establece es que las expresiones "hombre" o "derecho" (*definiendum*) son equivalentes a "animal racional" o "bípedo implume"; o bien "conjunto de normas coactivas" o "prescripciones en orden al bien común" (*definiens*), respectivamente. El significado "hombre" puede aclararse si están claros los significados de "animal", "racional", "bípedo" o "implume"; de igual manera, el significado de "derecho" se entiende si se aclaran los significados de los términos "conjunto de normas", "coactivas", "prescripciones" o "bien común".[6]

Ahora bien, decir que las definiciones son todas convencionales no significa que sean arbitrarias. En tanto convencionales, se sigue que: 1) la relación entre las palabras y sus significados no tiene un carácter esencial, de modo que una misma palabra puede tener más de un significado y a la inversa; 2) las definiciones no pueden calificarse de verdaderas o falsas, es decir, no hay ninguna esencia que deba corresponder con una definición.

Por lo que hace a la no arbitrariedad, las definiciones deben cumplir son ciertos requisitos metodológicos: 1) el *definiendum* y el *definiens* deben ser términos

[4] Un ejemplo sería: $Php = df\ \text{-}Pp \wedge P\text{-}p$

[5] Un ejemplo sería: Está prohibido efectuar la acción p significa que no está permitido p y está permitido no p.

[6] Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 13.

equivalentes, (es decir, lo definido debe significar lo mismo que la definición); 2) las definiciones deben tratar de restringir la ambigüedad y vaguedad de los términos; 3) las definiciones deben ser útiles, fecundas. Con respecto a esta última característica, una definición útil de "derecho" podría ser aquella que esté de acuerdo con el uso que suele hacerse de este término, es decir, una *definición lexicográfica*. Pero también es posible que, usada en su sentido corriente, la expresión dé lugar a vaguedades e imprecisiones (como ciertamente ocurre con "derecho"), de manera que podría ser aconsejable efectuar una *definición estipulativa*, es decir, indicar cómo debería usarse la expresión "derecho". Por último, podría interesar un recorte y una precisión de un significado de "derecho" a partir de su significación usual (o significaciones, si son múltiples). En este caso, efectuaríamos una *redefinición*.[7] En este último caso, por ejemplo, podría especificarse la expresión "normas" incluyendo en ella las expresiones "reglas" y "principios" y tendríamos la definición de "derecho" como "conjunto de normas (principios y reglas) coactivas", o bien, "prescripciones (principios y reglas) ordenadas al bien común".[8]

El lenguaje del derecho

Como anticipamos en el inciso anterior, el lenguaje del derecho, es decir, el de las normas jurídicas, es lenguaje natural. La expresión "lenguaje natural" se opone a la expresión "lenguaje formalizado". Este último se caracteriza porque sus términos son precisos e inequívocos porque no atienden la semántica de las palabras, sino sobre todo a sus relaciones sintácticas. Esto ocurre en la lógica simbólica, en las relaciones aritméticas o en la geometría pura. Las palabras de los lenguajes naturales, en las que se expresan las normas jurídicas, tienen características distintas. Puesto que a través del derecho se pretende dirigir, orientar y juzgar las acciones humanas concretas, sus normas deben atender la semántica de las palabras y, por lo mismo, ser formuladas en lenguaje natural y accesible al común de las personas.[9]

---

[7] *Ibid.*, p. 14 y ss.

[8] Para complementar este acercamiento filosófico al concepto de derecho desde un punto de vista jurídico, véase Leonel Pereznieto, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005, pp. 21-29.

[9] Véase Genaro Carrió, *op. cit.*, p. 135.

¿Cuáles son las características propias de los lenguajes naturales? Se reconocen al menos cuatro características: la ambigüedad, la vaguedad, la textura abierta y la emotividad. Veamos cada una de ellas con más detenimiento:

a) Decir que los lenguajes naturales contienen expresiones *ambiguas* quiere decir que "[...] una misma palabra puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien, que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos".[10] Dos ejemplos conocidos que ilustran esta primera característica pueden ser el de la misma expresión "derecho" y el de la expresión "responsabilidad". Con respecto al primero:

- La esclavitud es una institución contraria a derecho.
- El derecho francés se asemeja más al derecho español que al inglés.
- Los padres tienen el derecho de guiar la educación de sus hijos.
- Hasta hace unos treinta años las mujeres argentinas no tenían derecho a votar.
- Mientras que la física y la astronomía son ciencias naturales, el derecho y la historia no lo son.
- El doctor Eduardo A. Vásquez es profesor de Introducción al Derecho.
- Francisco Real era un hombre derecho.[11]

Con respecto al segundo:

> Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños.[12]

[10] *Ibid.*, p. 136.
[11] *Idem.*
[12] H.L.A Hart, *Punishment and Responsibility*, p. 211. Citado por su versión en castellano en Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 184 y ss.

Como puede apreciarse, resulta indispensable saber en qué contexto se están usando las expresiones "derecho" y "responsabilidad" para poder determinar sus respectivos significados.

b) Los lenguajes naturales contienen también palabras *vagas*. Con esto se quiere decir que:

> [...] muchas veces el foco de significado es único, y no plural ni parcelado, pero el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría de aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente incluidos ni excluidos.[13]

Se entiende, entonces, que tales casos se encuentran en una zona de penumbra que circunda el área de significado claro de la palabra.

Así, por ejemplo, cuando en los hechos se da una propiedad de forma continua, como la edad, la altura, o el número de cabellos, nos valemos de expresiones que procuran hacer un corte en ese continuo: "joven", "adulto"; "alto", "bajo"; "pelón", "melenudo". Lo que carece de sentido es preguntarse a qué edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. Sabemos que hay casos centrales o típicos, en los que las palabras se aplican o se excluyen con claridad, pero hay otros en los que no sabemos qué palabra usar y nos envuelven en la perplejidad. En el derecho, que se expresa en lenguaje natural, abundan palabras envueltas en una *zona de penumbra*: plazo razonable, culpa grave, velocidad excesiva, etc.[14] Veamos el siguiente ejemplo, en los términos de Genaro Carrió, para la expresión "compraventa":

> No discutimos que para que ella [la compraventa] sea aplicable a una cierta transacción tiene que haber precio. Pero, si se me permite el giro, ¿*cuánto* precio? Porque si la cantidad de dinero prometida o entregada a cambio de una cosa es insignificante en relación con el valor de ésta, los juristas dirán, sin duda, que hay una donación encubierta de la cosa, y no una compraventa. Y si el valor del dinero es desproporcionadamente mayor que el de la cosa, dirán que ha habido una donación encubierta del dinero, y no una compraventa. ¿Por dónde pasa la línea, si es que hay tal línea, que separa las compraventas genuinas de las donaciones encubiertas? ¿No es más

[13] Genaro Carrió, *op. cit.*, p. 137.
[14] Véase *ibid.*, pp. 31 y 32.

atinado decir que hay aquí una apreciable zona de penumbra, a semejanza de lo que ocurre con "calvo", "joven" y "alto", y a diferencia de lo que acontece con "triángulo" o "cubo" (en el uso que dan a estas palabras quienes hacen geometría pura)?[15]

c) En cuanto al uso cotidiano de las palabras, es cierto que usamos buena parte de ellas sin que provoquen alguna duda: no son *actualmente* vagas. Sin embargo, es cierto también que todas las palabras que usamos son *potencialmente* vagas: sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles y siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias no previstos en el uso actual de las mismas. Decimos que presentan una *vaguedad potencial* o *textura abierta*. Vale la pena citar un texto conocido de Herbert Hart al respecto:

> Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas.[16]

La expresión "vehículo" se determina por los casos paradigmáticos "automóvil", "ómnibus" o "motocicleta", pero ¿qué sucede si un niño entra al parque con un auto eléctrico de juguete? ¿Debe incluirse ese juguete entre los casos paradigmáticos con el fin de preservar la paz en el parque?

Continúa Hart:

> Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellas cosas que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese jugue-

[15] *Ibid.*, p. 52. Es claro que tanto la "donación encubierta de la cosa" como la "donación encubierta del dinero" constituyen "lesiones" y, en este sentido, la sustitución de términos puede ayudar a aclarar las expresiones. Sin embargo, la zona de penumbra persiste porque lo que queda indeterminado es la *cantidad* de dinero que se requiere para que exista o no exista una lesión.

[16] H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 160 y ss.

te. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria.[17]

El problema de la textura abierta será relevante para la interpretación jurídica y la decisión judicial, así como para toda la técnica legislativa en la elaboración de las normas del derecho.

d) Por último, los lenguajes naturales pueden presentar una carga emotiva. Esto quiere decir que las palabras no sólo sirven para referirse a cosas o hechos y para designar propiedades, sino que también se usan para expresar emociones y provocarlas en los demás. Hay palabras que sólo realizan esta última función ("¡ay!", "¡hurra!"); otras tienen tanto significado descriptivo como emotivo, favorable o desfavorable ("democracia", "libertad", "corrupción", "paternalismo") y otras muestran sólo significado cognoscitivo ("mesa", "triángulo"). La expresión "derecho" es una palabra con significado emotivo favorable. Decir de un orden social que vive o se estructura de acuerdo con el derecho, es otorgarle una propiedad positiva que invita a la adhesión de la gente. Sin embargo, tiene razón Carlos S. Nino al afirmar que cuando una palabra presenta carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo:

> Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de "derecho" explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.[18]

Estas diferencias a las que se refiere Nino, que no sólo tienen que ver con los significados emotivos de las palabras sino también con sus características de ambigüedad, vaguedad y textura abierta —como ya hemos visto—, se hacen patentes en la polémica entre escuelas y autores para definir el concepto de derecho. Entre estas polémicas, una de las más interesantes, y quizás de las más controvertidas hasta nuestros días, es la que confrontó a juspositivistas y jusnaturalistas. En el siguiente apartado abordaremos esta polémica señalando sus antecedentes inmediatos en el siglo xx y la propuesta del filósofo mexicano del derecho Eduardo García Máynez, para concluir con el análisis de algunos de sus actores contemporáneos.

[17] *Ibid.*
[18] Carlos. S. Nino, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

La polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo

Antecedentes

Parece claro que la complejidad del término "derecho" se debe a que los fenómenos jurídicos están en estrecha relación con valores morales. Por ello, como bien señala Ernesto Garzón Valdés: "[...] difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones".[19] Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la separación y la tesis de la vinculación.

Durante las cuatro primeras décadas del siglo xx se impuso la tendencia no a la vinculación, sino a la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos: el de Lionel Robbins en economía, con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica* (1935); el de Hans Kelsen en derecho con su *Teoría pura del derecho* (1934), y el de Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica* (1936), sin olvidar por supuesto los trabajos que tiempo atrás realizó Max Weber en el ámbito político y social.[20]

Todos estos autores asumían, con más o menos diferencias, una postura que en el estudio de la ética se conoce como no cognoscitivista. Así, para Robbins los juicios de valor de naturaleza ética debían ser desterrados del campo de la economía. Si se quiere hablar de una economía normativa, lo único que podía aceptarse era la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano. La justificación de estos fines superaría los límites de la razón.

En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen abogaba por una separación radical entre moral y derecho. Esta separación es la que aseguraría la "pureza" del derecho. A diferencia de la moral, cuyo sistema normativo es estático, el sistema normativo del derecho es dinámico, es decir, para la creación de sus normas requiere

[19] Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y moral", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 19.

[20] Ernesto Garzón Valdés, "La filosofía del derecho a fines del siglo xx", texto inédito.

de actos volitivos dirigidos a la consecución de sus fines que, al igual que en Robbins, escapan a todo intento de justificación universalmente válida. Según Kelsen, si el positivismo jurídico quiere ser congruente, debe descansar en un relativismo axiológico:

> [...] cuando se plantea la cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta sólo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente.[21]

Hasta la década de 1950, inclusive, la posición no cognoscitivista de Kelsen fue la predominante en el pensamiento jusfilosófico.[22]

Por último, para Ayer los juicios éticos se reducían a expresiones de estado de ánimo de aprobación o de rechazo. En la filosofía del derecho, Alf Ross, digno representante del realismo jurídico escandinavo, recogió esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia* (1958), en el que sostiene que afirmar que algo es justo es equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de aprobación.

La Segunda Guerra Mundial provocó una enorme conmoción que se extendió desde la total desconfianza en la razón hasta el intento de buscar nuevas vías teóricas para superar el escepticismo ético, con lo que se vinculó la ética con las ciencias sociales y humanas. Una de estas vías se dio a partir de un renacimiento vigoroso del jusnaturalismo que, desde 1945, se prolongó con fecundidad hasta principios de los setenta. A decir verdad, al pasar revista a los pensadores que reúne y analiza Recaséns Siches en su libro *Pensamiento jurídico en el siglo XX* uno no podría más que compartir el entusiasmo de este filósofo que vislumbra un futuro promisorio para la doctrina del derecho natural. La realidad, sin embargo, lo desmintió.[23]

---

[21] Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991, pp. 31 y ss.

[22] George Nakhnikian ofrece un buen análisis de estas corrientes éticas y su relación con el derecho en su libro *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, de 1957, reeditado por Fontamara en México, en 1991.

[23] Luis Recaséns Siches, *Pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963. Entre los autores que Recaséns cita se encuentran: Brunner, Messner, Verdross, Maihofer, Welzel, Maritain, Leclerq, Villey, Bodenheimer, Fuller, Legaz y Lacambra y Preciado Hernández.

En no pocos casos el jusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que, por lo general, resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales; en otros casos, ha comulgado con lo que algunos autores han llamado "jusnaturalismo ontológico" —que analizaremos más adelante— cuyos representantes no terminaron de superar ciertos problemas lógicos como la llamada "falacia naturalista", o bien problemas epistemológicos como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y los principios morales.

No mejor suerte corrió el positivismo jurídico. En su vertiente ideológica ha pretendido justificar la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez de las normas, favoreciendo, al igual que el jusnaturalismo extremo, posiciones abiertamente antidemocráticas. Su vocación aséptica con respecto a la moral lo condujo a un callejón sin salida, lo que le impidió llegar a una justificación integral del derecho. Asimismo, desde el punto de vista teórico, el positivismo jurídico fue objeto de innumerables críticas —especialmente por parte de los defensores del realismo jurídico— por su cercanía con una concepción estatista del derecho en un momento en el que el concepto cerrado de soberanía estatal era objeto de cuestionamientos.

Desde fines de la década de 1950 y principios de la década de 1960, con la obra de Norberto Bobbio y de Herbert Hart, y en México con Eduardo García Máynez, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar de manera crítica los paradigmas tradicionales, suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica "dura" entre jusnaturalistas y juspositivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no sólo más ajustados a la realidad, sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

A partir de Bobbio —como ya se señaló en la introducción del libro— resulta obligado distinguir entre los diferentes enfoques desde los cuales se puede analizar el positivismo jurídico (y también el jusnaturalismo), es decir: entendido como "método" de estudio del derecho, donde el problema tiene que ver con la validez de las normas; como "teoría", donde lo que se pone en juego es la verdad o falsedad de las distintas propuestas teóricas, y como "ideología", que se relaciona con la evaluación axiológica de las normas o de los sistemas normativos.

Por su parte, Herbert Hart, entre otros propósitos, intentó en su libro *El concepto de derecho* (1961): primero, refutar la teoría de John Austin, y en parte la de Hans Kelsen y, segundo, tratar de explicar la normatividad del derecho, manteniendo la tesis de la separación entre moral y derecho. Más allá del éxito alcanzado por Hart

en su doble propósito, lo cierto es que la rigidez en la confrontación entre jusnaturalistas y positivistas se suavizó apelando a la distinción entre "punto de vista interno" y "punto de vista externo" respecto a las normas, y también con su propuesta de un "contenido mínimo de derecho natural" inspirada en el empirismo de David Hume.

La propuesta de Eduardo García Máynez

En México una de las principales figuras que participó en la polémica entre juspositivismo y jusnaturalismo fue sin duda Eduardo García Máynez. En 1967 García Máynez publica *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*,[24] que recoge su curso impartido en el Colegio Nacional. Este libro resulta especialmente interesante porque se encuadra en la época en que el debate entre jusnaturalistas y positivistas adquirió su punto de mayor riqueza conceptual, pues participaron personalidades como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli (por cierto, cuando García Máynez expone a este autor, dedica una especial atención a Herbert Hart), Alf Ross (para criticar a Ross, García Máynez se vale de algunas ideas del filósofo argentino Eugenio Bulygin), Eric Wolf, Hans Welzel, Werner Maihofer y Arthur Kaufmann.[25]

Positivismo jurídico

Con relación al positivismo jurídico, García Máynez describe dos posiciones encontradas, una preocupada por "despedazar"[26] (es el término que usa García Máynez) el significado de positivismo jurídico y, la otra, interesada por encontrar una definición unitaria del mismo. La primera está representada por Bobbio y Hart, la segunda, por Scarpelli. Como veremos, la propuesta de García Máynez no pretende ser ni disgregadora ni unificadora.

García Máynez se muestra completamente convencido de la necesidad de definir el derecho, aunque no por la vía tradicional del género y la diferencia especí-

[24] Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993.

[25] Un acercamiento introductorio al debate entre jusnaturalismo y juspositivismo puede verse en Leonel Pereznieto, *op. cit.*, pp. 82-84.

[26] García Máynez utiliza este término.

fica. Recordemos que para García Máynez la filosofía "[...] puede conocer un universo de leyes, conceptos y valores objetivos" y que "[...] sobre estas verdades metafísicas y axiológicas debe estar fundado el derecho".[27] Por esta razón, si bien acepta con Bobbio y Hart, y contra Scarpelli, que no es posible dar con una definición unitaria del derecho, ello no significa que deba fragmentárselo al punto de negar algún nexo necesario entre las diferentes tesis que especifican los distintos positivismos. En lugar de buscar una definición unitaria del positivismo jurídico, habría que preguntarse si entre las diferentes tesis "[...] existe algún elemento que justifique la denominación común y pueda considerarse como esencial al iuspositivismo o, al menos, como el más importante de todos".[28]

Tal pretensión unificadora de García Máynez no es compatible con la perspectiva analítica disgregadora de Bobbio y de Hart. Ninguno de ellos está interesado en partir o buscar una "definición del derecho" como tarea fundamental de la filosofía jurídica. Su tarea más bien es aclarar y hacer explícitos los diferentes usos que la comunidad de juristas, actual e histórica, dan y han dado a la expresión "positivismo jurídico", pero sin pretensiones de sistematización o fundamentación metafísica. Bobbio, como ya dijimos, distingue tres aspectos desde los cuales se ha presentado históricamente el positivismo: 1) como una forma de abordar el estudio del derecho (*approach*, es el término que emplea); 2) como concepción teórica y 3) como ideología. Entre estos tres aspectos no existe una relación necesaria, ni lógica ni causal. Esto quiere decir que bien se puede ser positivista desde el punto de vista teórico y no serlo desde el ideológico, ni como *approach*. El mismo Bobbio hace la siguiente declaración:

> En la medida que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.[29]

De modo que puede aceptarse el *método* positivista sin que esta elección suponga compartir la *teoría positivista*, ni mucho menos su toma de posición valorativa o *ideológica* frente al derecho.

---

[27] Véase Guillermo Hurtado, "Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México", en *Isonomía*, núms. 15 y 16, ITAM-Fontamara, México, octubre de 2001 y abril de 2002.

[28] Eduardo García Máynez, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Este propósito aleja claramente a García Máynez de la rígida posición perspectivista de sus primeros planteamientos, bajo la influencia del filósofo español José Ortega y Gasset. Véase Guillermo Hurtado, *op. cit.*

[29] Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991, p. 89.

Por lo que hace a Hart, la expresión "positivismo jurídico" es aplicable a las siguientes tesis: 1) el derecho es el conjunto de mandatos formulados por seres humanos; 2) entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria; 3) el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las indagaciones históricas, de las sociológicas y de los ensayos de valoración; 4) un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, y 5) los juicios morales no se formulan, ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que lo son los que se refieren a hechos.[30] De nueva cuenta, lo que le interesa destacar a García Máynez es que para Hart no existe una relación necesaria entre estas cinco tesis. Es posible que quien defienda una o dos de ellas no sea partidario de las demás. Los casos de Austin y Kelsen ilustran esta idea.

A diferencia de Bobbio y Hart, Scarpelli sí intenta dar con una definición unitaria del derecho. La posición de Scarpelli se ubica también en la vertiente analítica aunque, quizás paradójicamente, con una pretensión unitaria. Si se despedaza el positivismo jurídico en tantas partes, sin conexión alguna, considera Scarpelli, no se entiende por qué deban quedar reunidas en una etiqueta común. El error ha sido no distinguir con claridad la "expresión lingüística" del "significado" de tal expresión.[31] Si bien la definición debe ajustarse al uso lingüístico, no debe limitarse a registrar las variedades y transformaciones del uso de una expresión sino que, como afirma Scarpelli, tiene que intentar:

> [...] reajustar y reelaborar el núcleo de mayor importancia y valor operativo, a fin de conseguir un instrumento semántico preciso y eficaz, que pueda emplearse con mayor claridad y fuerza orientadora en la situación cultural a que habrá de aplicarse.[32]

Tal significado común de la expresión "positivismo jurídico" consiste en que sus defensores conciben el derecho "[...] como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos y que corresponde a la ciencia del derecho, estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido".[33]

---

[30] Véase Herbert Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, pp. 593-629.

[31] Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunita, Milán, 1965, p. 11.

[32] *Ibid.*, p. 14.

[33] Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 58.

Para García Máynez el análisis realizado por Scarpelli no supera las discrepancias y la diversidad de tesis y aspectos mencionados por Bobbio y Hart. La descripción de los elementos que Scarpelli considera determinantes de la unidad de lo definido —el positivismo jurídico— sólo sería admisible si tales elementos fueran aceptados por los defensores del juspositivismo y, si entre tales elementos, hubiera un nexo necesario. Tal no es el caso. Los positivistas no se ponen de acuerdo en una posible caracterización unitaria del positivismo. Pero, entonces, si García Máynez toma distancia de la posición analítica disgregacionista de Hart y Bobbio, pero al mismo tiempo no puede renunciar a la búsqueda de un rasgo común (aunque no con pretensiones unitarias como quería Scarpelli), entonces, ¿qué caracterización puede dar del positivismo jurídico? La vía que propone García Máynez para responder a esta pregunta es la negativa, es decir, el positivismo jurídico:

> [...] tiene su raíz en una intención polémica frente a las concepciones jusnaturalistas [...] lo que ante todo preocupa al juspositivista es negar que el llamado 'natural' sea verdadero derecho, es decir, niega que junto al derecho positivo, o supraordinado a él, exista otro que derive de la razón, de la naturaleza humana o de cualquier otra fuente. Este aspecto negativo es el rasgo esencial al positivismo.[34]

Para García Máynez, el positivismo jurídico se concibe, entonces, en tensión "dialéctica" con el jusnaturalismo. Su existencia, en el sentido de que el derecho, por definición, debe concebirse como "derecho puesto" o derecho positivo, sin ninguna referencia a su validez intrínseca, sino únicamente formal y extrínseca, se constituye, al mismo tiempo, en la negación de su opuesto, el jusnaturalismo. Éste sólo acepta como derecho el intrínsecamente justo, cuya fuente radica en la razón o en la naturaleza humana, pero no en una fuente social o positiva. Obviamente, ambos monismos se oponen radicalmente. La pregunta obligada será la de saber si existe la posibilidad de alguna superación de los opuestos y cómo opera ésta.

[34] *Ibid.*, pp. 70 y 71.

Jusnaturalismo

Es un hecho que a lo largo de la milenaria historia del jusnaturalismo se ha presentado una gran variedad de teorías, tantas como los distintos significados que se han dado al sustantivo "naturaleza" y al adjetivo "natural". En varios pasajes de su obra, García Máynez traza un arco de las diferentes teorías que van desde las clásicas y medievales hasta las que alcanza a revisar con cierto detalle, que son las enmarcadas en el rubro de "naturaleza de la cosa", y que cubren el periodo de la posguerra hasta 1970, aproximadamente.[35] Para los propósitos de este libro no resulta de interés detenernos en los análisis de García Máynez sobre cada una de esas posturas. Sólo diremos algunas palabras sobre el jusnaturalismo que representa Werner Maihofer, un autor alemán analizado por García Máynez para contraponer al jusnaturalismo con el positivismo jurídico.

Por lo pronto, como señalamos en el apartado anterior, hay que recordar cierto clima de euforia que se vivió en ese tiempo por lo que se ha llamado un nuevo "renacimiento" del derecho natural después de la Segunda Guerra Mundial, en buena parte inspirado por el mismo giro ideológico de Gustav Radbruch:

> La ciencia jurídica, decía este autor, tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando aparezca revestido de formas legales.[36]

Tal clima de euforia, como ya hemos señalado, es registrado por un contemporáneo de García Máynez, Luis Recaséns Siches. En una de las últimas obras de Recaséns leemos lo siguiente:

> Es un hecho patente, pues está ahí entre nosotros que, en términos generales, la filosofía jurídica del siglo XX —en un gran número de sus producciones— se caracteriza por un vigoroso renacimiento de la axiología o estimativa; y que en sus desarrollos durante los últimos veinticinco años (1945-1970), además, se caracteriza, dentro de la estimativa, por un renacimiento de tesis de Derecho natural... se ha producido en el siglo XX lo que puede llamarse el Segundo Renacimiento Jusnaturalista, lleno de ímpetu, y a la vez, de rigor filosófico, en nuevas meditaciones de ejemplar precisión mental y con plena conciencia estricta de los problemas y de los renovados métodos que se deben emplear para el enfoque y el tratamiento de estas cuestiones.[37]

[35] Véase, por ejemplo, *La definición del derecho*, 2a. ed., Universidad Veracruzana, México, 1960, pp. 47-100; *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, *op. cit.*, pp. 129-142.

[36] Citado por Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 126.

[37] Luis Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable'*, FCE-UNAM, México, 1971, pp. 309-319.

En pleno auge del jusnaturalismo, como se puede apreciar por la cita anterior, hay que agradecer a García Máynez la mesura y la revisión crítica que formula del mismo, en un momento en que en las facultades de derecho de las universidades públicas de Hispanoamérica se enseñaba, casi con exclusividad, tal corriente de pensamiento.

Pero regresemos a Maihofer. Con una fuerte influencia del existencialismo, este autor resume su posición en los siguientes términos:

> Las deducciones y argumentaciones que tienen su punto de partida en la naturaleza de las cosas son ensayos tendientes a derivar las proposiciones de deber del derecho positivo de algo que se halla *fuera* de las normas estatuidas, mas no a la manera de las deducciones de un derecho natural abstracto derivado de principios jurídicos supremos, sino del derecho natural concreto de todos los tiempos, partiendo de las situaciones vitales que el material jurídico ofrece. Esas deducciones y argumentaciones no fundan las proposiciones de deber del derecho positivo en otras proposiciones de deber más generales, sino que nos reconducen —como Radbruch decía— "al deber ser realizado en el ser".[38]

El texto es lo suficientemente ilustrativo de una de las notas que caracterizan al jusnaturalismo ontológico, a saber, el tránsito desde el orden del ser al del deber ser, es decir, desde las situaciones vitales (ser) hasta la normatividad jurídica (deber ser). Tales situaciones vitales, en un orden que Maihofer llama "precientífico" del derecho, se mueven en un nivel concreto, existencial, en el cual los intereses y las expectativas de los hombres concretos valen como deber ser.

En el mundo de la práctica y de lo "razonable", no en el de la teoría y de lo "racional", podríamos negar con convencimiento pleno el derecho natural. En el nivel existencial, dice Maihofer, "todos, legos y juristas, en vez de vivir con las proposiciones normativas del derecho positivo, en realidad nos guiamos por los principios de un derecho ultrapositivo cuyo fundamento reside en la naturaleza de las cosas".[39] Sin embargo, con independencia de que esta posición incurra en la falacia naturalista y que, de alguna manera, pretenda justificar su posición jusnaturalista, no en el orden teórico y científico sino en el orden existencial y precientífico que, por definición escapa a cualquier conceptualización, la crítica de García Máynez se enfila en otra dirección.

La pregunta que se plantea nuestro autor después del repaso de las diferentes teorías jusnaturalistas es la misma que se formuló con respecto al positivismo

[38] Citado por Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 137.
[39] *Ibid.*, p. 142.

jurídico: ¿puede hablarse del jusnaturalismo como de una posición teórica unitaria? La opinión de García Máynez al respecto es que:

> [...] si bien no hay una sino múltiples, casi siempre discrepantes, concepciones en torno de lo que se denomina —con término muy ambiguo— *derecho natural*, debemos, no obstante, preguntarnos por el elemento que, pese a tales discrepancias, permite englobar las mencionadas corrientes bajo un solo rubro y contraponerlas al positivismo jurídico.[40]

Tal elemento, según García Máynez, es:

> [...] el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido.[41]

A partir de esta nota característica, García Máynez construye su argumentación para concluir que no es sostenible la teoría de los dos órdenes, y que la única posición teórica consecuente es el monismo. Los pasos son claros:

1. El jusnaturalismo sólo reconoce como norma válida aquella que se presenta como intrínsecamente justa. Si esto es así, entonces, señala García Máynez, "[...] los preceptos que valgan formalmente, pero exijan una conducta contraria a determinados valores, serán inválidos siempre, aunque los órganos del poder público estén en condiciones de imponerlos por la fuerza".[42] Ya Leibniz había dicho que hablar de "derecho justo" es un pleonasmo, y que "derecho injusto" es una contradicción. Más categórico, Agustín de Hipona legó para la tradición jusnaturalista la frase: "no es ley la que no es justa".
2. De esto se sigue que no puede mantenerse la *teoría de los dos órdenes*, según la cual al lado o por encima del derecho positivo existe otro natural, que vale por la justicia de su contenido, porque cuando las normas de ambos se oponen contradictoriamente, los criterios de validez extrínseco e intrínseco se excluyen recíprocamente y su aplicación simultánea es imposible. Si un precepto de ley natural prescribiera que "Bajo cualquier supuesto es moralmente malo privar de la vida a un ser humano inocente desde el momento de la fecundación" y, a su

[40] *Ibid.*, p. 127.
[41] *Ibid.*, p. 128.
[42] *Idem.*

vez, existiera un precepto de ley positiva que prescribiera que "La madre puede abortar si existen razones socioeconómicas que justifiquen tal acción", para un jusnaturalista sería imposible mantener la validez de los dos órdenes, el natural y el positivo. En estas situaciones, para un jusnaturalista deberán prevalecer los preceptos de ley natural por encima de los preceptos de ley positiva.

3. Por lo dicho, la única postura consecuente no es la dualista sino la monista, que para el caso de la postura jusnaturalista conduciría necesariamente a la aceptación de la justicia intrínseca como único criterio de validez, y contraponerlo con el concepto formal o extrínseco de validez defendido por los positivistas.

Superación del debate tradicional

Si preguntamos por la relación entre ambos criterios tenemos que concluir que ni se implican uno al otro, ni se excluyen entre sí. Pero, entonces, ¿cabrá afirmar que el verdadero derecho deriva de la concurrencia de aquellos atributos en un mismo sistema de normas? Dicho de otra manera: ¿podremos encontrar, más allá del jusnaturalismo y del positivismo jurídico, la solución del problema? García Máynez piensa que el viejo debate entre jusnaturalistas y positivistas puede superarse.

No analizaremos con detalle la propuesta de superación del jusnaturalismo y del positivismo jurídico que ofrece García Máynez, pero sí nos gustaría destacar un par de ideas recogidas de su libro *La definición del derecho* (primera edición en 1948 y segunda edición en 1960), específicamente del capítulo que lleva por título: "Más allá del jusnaturalismo y del positivismo".

Es claro que para García Máynez los conceptos de validez intrínseca (jusnaturalismo), validez formal (positivismo) y validez empírica (realismo jurídico) no corresponden a un solo objeto, con lo cual el derecho es susceptible de tener tres definiciones diversas: el derecho definido por la validez extrínseca o formal de las normas, el derecho definido por la validez intrínseca o justicia de las normas, y el derecho definido por la validez empírica o eficacia de las normas. Esta tesis fue criticada en su momento, tanto desde posiciones jusnaturalistas (Miguel Villoro Toranzo), como desde posturas positivistas (Fausto Vallado Berrón).[43] Pero hay que recordar que el mismo García Máynez estaba convencido de que esta división

[43] Véase Jesús Aquilino Fernández, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Universidad de Oviedo, 1991, p. 289 y ss.

sólo tiene un valor teórico, y que la reunión de las tres notas en todos y cada uno de los preceptos que forman un ordenamiento jurídico constituyen el caso *límite* o *ideal* de realización de la justicia. Por ello afirma con claridad:

> La superación de tal diversidad no estriba en referir las nociones de validez formal y validez intrínseca a un concepto genérico de validez, ni en una reducción semejante de los términos derecho vigente, derecho justo y derecho positivo, sino en el establecimiento de un orden jurídico que además de tener validez formal, valga de manera objetiva y goce de eficacia. Si la solución del problema no puede hallarse en la órbita de la teoría, habrá que buscarla en el terreno de la acción.[44]

Esto es lo que Máynez denominó *la idea jurídica y su desarrollo dialéctico*. ¿Qué entiende Máynez por esta idea? Así lo explica en el siguiente texto:

> El dualismo normativo aparece como oposición *transitoria y relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La realización —y oposición pasajera— entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y ésta realiza la idea. *La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez intrínseca, validez formal y positividad.*[45]

Para García Máynez los jusnaturalistas clásicos cometen el error de pensar que es posible construir todo un sistema de derecho natural sobre unos pocos principios básicos, ignorando la relatividad esencial de los valores jurídicos, en conexión con las circunstancias cambiantes de espacio y tiempo. Por su parte, el positivismo jurídico cayó en el error de creer que el derecho natural es irrealizable, ya que en cuanto se "positiviza" queda destruida su propia idea.

Lo que ninguno llegó a comprender es lo que, a decir de García Máynez, ya había visto con claridad Nicolai Hartmann, a saber: que existe una tendencia hacia lo ideal inmanente en lo positivo, así como existe también una tendencia hacia la positividad propia de los principios ideales. Dicho con otros términos: todo derecho positivo tiene la "pretensión de ser justo". Que así sea, es algo que se percibe en los mismos regímenes de tipo dictatorial más acentuado, que —sin prejuzgar sobre la calidad de su valoración— quieren persuadir y pregonar que su derecho es

---

[44] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, *op. cit.*, p. 245.

[45] *Ibid.*, p. 249. Véanse también de García Máynez, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974, p. 517; *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo, op. cit.*, p. 174; y *Diálogos jurídicos*, Porrúa, México, 1978, p. 433.

un orden justo. En los sistemas democráticos, piensa García Máynez, existe en el propio legislador una determinación axiológica por principios jurídicos ideales, ya que la determinación del contenido de la ley sólo puede hacerse a la luz de criterios de orden material; asimismo, en los órganos judiciales, ante las situaciones de casos no previstos por el legislador (lagunas en la ley), o bien, de aplicación analógica de la misma, se recurre a criterios ultrapositivos de valoración.

De esta manera, la *idea del derecho* (o *ideal*), en cuanto afirmación de que el sentido del derecho consiste en la realización de valores concretos, es la raíz del juspositivismo y del jusnaturalismo. Por ello, quien acepte que la verdadera seguridad es la fincada en la justicia y que la eficacia de un orden injusto es siempre relativa, no podrá aceptar que justicia y seguridad son valores antagónicos. Por ello, concluye García Máynez:

> Si la legalidad es valiosa, su valor depende precisamente de ese mínimo de justicia que a través de ella se logra. Comparada con la anarquía, no hay duda de que es un valor positivo; mas de aquí no debe inferirse que tal valor sea el supremo entre los jurídicos ni, menos aún, que se oponga al de lo justo. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: *la regulación legal vale en la medida que asegura cierto grado de igualdad y de justicia.*[46]

Así, la propuesta de García Máynez toma distancia tanto de posiciones positivistas extremas, como de un jusnaturalismo que negaría sin más el orden positivo si éste se encontrara en contradicción con el orden natural. En todo caso, el nexo entre uno y otro podría darse en la medida en que el derecho garantizara, como fin propio, un mínimo de igualdad y justicia. ¿Cómo determinar este mínimo? Es una tarea que quedó pendiente en el pensamiento de García Máynez, pero será abordada por pensadores posteriores.

Enfoques teóricos contemporáneos

Por lo que respecta al jusnaturalismo, una versión menos rígida del jusnaturalismo, lo que podría denominarse "jusnaturalismo deontológico", que sin duda resulta más atractiva que el jusnaturalismo de corte absolutista y confesional, es la que presenta John Finnis a partir de una reinterpretación del pensamiento de Tomás

[46] Eduardo García Máynez, *La definición del derecho*, *op. cit.*, p. 253.

de Aquino.[47] El jusnaturalismo deontológico se distingue del jusnaturalismo ontológico. En un esfuerzo de síntesis se podría decir que los partidarios del *jusnaturalismo ontológico* aceptarían, con más o menos énfasis, las siguientes premisas:

a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
b) Una ley, para ser válida, debe ser justa.
c) El derecho natural se deduce de la naturaleza humana.
d) Existe uno y sólo un principio de ley natural que desde el punto de vista formal se plantearía: "se debe procurar el bien y evitar el mal"; y desde el punto de vista material: "para todo x, x es moralmente recto si es un acto conforme con la naturaleza humana".
e) El último fundamento de validez de la ley natural es la ley eterna.

Por su parte, el *jusnaturalismo deontológico* partiría de los siguientes enunciados:

a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral. (Esta premisa es compartida con el jusnaturalismo ontológico y para muchos constituye el sello distintivo del jusnaturalismo.)
b) No se sigue necesariamente que una ley, para ser válida, deba ser justa. Un derecho injusto sigue siendo válido aunque sea una "corrupción de ley".
c) El derecho no se deduce de la naturaleza humana. El deber ser no puede inferirse del ser a menos de incurrir en la falacia naturalista. La ley natural es el conjunto de principios prácticos auto-evidentes que prescriben lo que debe ser.
d) Existe una pluralidad de principios prácticos de acuerdo con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos. Estas inclinaciones naturales, al ser bienes básicos, son inconmensurables y, por lo tanto, no susceptibles de jerarquización.
e) Los principios prácticos normativos, en tanto son principios auto-evidentes, no requieren de una ulterior fundamentación en la ley eterna.

De acuerdo con Finnis, ser jusnaturalista desde el punto de vista deontológico, por lo pronto, no compromete con respecto a la crítica tantas veces escuchada de

[47] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

que se incurre en la falacia naturalista. No hay que llegar hasta Hume y Kant para distinguir claramente entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. En la *Suma teológica* (I—II, q.94, a.2), Tomás de Aquino distingue claramente entre los dos órdenes: uno es el mundo descriptivo y otro el prescriptivo. Los principios de ley natural son principios *per se nota*, es decir, principios conocidos por sí mismos y no a partir de otra cosa, por ejemplo, de la naturaleza humana. Pero, además, a la pregunta que se formula Tomás de Aquino en cuanto a dicha cuestión, a saber, si los preceptos de ley natural son muchos o sólo uno, responde sin titubear que son muchos. El aquinate, de acuerdo con Finnis, no se compromete con un monismo sino con un pluralismo de principios, lo que posibilita la coexistencia de diversos planes de vida en una sociedad, todos igualmente buenos y dignos de respeto. Puede darse otro paso adelante y sostener que en tanto los principios normativos de la ley natural son principios *per se nota*, no requieren una ulterior justificación. Por lo tanto, no se necesita postular una ley eterna que los justifique, o bien, no se necesitaría ser creyente para aceptar tales principios. Se trataría de una ley natural secularizada que justifica una respuesta jusnaturalista con pretensiones de universalidad: no se necesita ser creyente para entender y justificar que "No debe privarse de la vida a un ser humano inocente" o que "Todo ser humano tiene derecho a la libertad de expresión".

En otra dirección de pensamiento, en 1971, John Rawls publica *Una teoría de la justicia*, el intento más serio —junto con el de Jürgen Habermas— de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. La obra de Rawls no sólo ha tenido una influencia directa en la reformulación del vínculo entre derecho y moral, sino que también ha estimulado el interés de muchos filósofos del derecho por la filosofía política. En efecto, uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de "autoridad normativa" y su vinculación lógica con la pretensión de obediencia. Dicha pretensión implicaría que se presume la corrección o legitimidad por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así, se puede decir que esa pretensión de corrección tiene una connotación moral, además de sostener la tesis de que existe una conexión débil, no fuerte, pero necesaria, entre derecho, política y moral. Ésta ha sido la posición sostenida, entre otros filósofos, por Ernesto Garzón Valdés. Dicha tesis apunta, por supuesto, al rechazo de la tesis clásica de la separación entre derecho y moral, tesis sostenida por autores contemporáneos como Eugenio Bulygin. Detengámonos un poco más en estas posiciones teóricas.

Ernesto Garzón Valdés defiende la tesis de la vinculación a partir de la equivalencia de lo que H.L.A. Hart ha llamado "el punto de vista interno" con

"el punto de vista moral". Puesto que las razones para obedecer el derecho sólo pueden ser prudenciales o morales y "el punto de vista externo", al que también se refiere Hart, alude a las razones prudenciales, entonces el punto de vista interno sólo podría implicar una adhesión a las normas jurídicas por razones morales. Esto sería lo mismo que decir que todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Esta tesis la complementa Garzón con el argumento de la "relevancia esencial de la pretensión normativa del derecho", que se aparta ligeramente de la teoría de la pretensión de corrección de Alexy, para referirla ahora a la "pretensión de legitimidad" por parte de las autoridades de un sistema jurídico.[48]

En relación con la tesis de la separación, para Eugenio Bulygin el hecho de que las autoridades y los funcionarios adopten lo que Hart ha llamado el punto de vista interno "[...] no significa necesariamente que consideren que todas las normas jurídicas sean moralmente obligatorias" ni que su aceptación interna forme parte de la definición de "norma jurídica": la vigencia es una propiedad contingente de las normas jurídicas. Es claro que si la tesis de la vinculación se refiere a la que existe entre el derecho vigente y la moral positiva, la misma es verdadera pero trivial. Si se quiere expresar la vinculación existente entre el derecho y la moral ideal, deja de ser trivial, pero difícilmente se podrá aceptar "[...] por la muy prosaica razón de que las normas son prescriptivas y no descriptivas y, por lo tanto, carecen de valores de verdad. Se sigue *a fortiori* que no hay normas morales verdaderas".[49]

El debate sobre la relación entre derecho y moral se ha reavivado en los últimos años a partir de la publicación del *post scriptum* de Herbert Hart a su libro *El concepto de derecho*.[50] En el seno de la familia positivista se han confrontado los defensores del positivismo fuerte y los defensores del positivismo incluyente, incorporacionista o, simplemente, corregido. El propio Hart reconoce su posición en términos de "positivismo suave". La literatura sobre esta polémica es ya abundante y sólo nos limitaremos a remitir al lector a alguna bibliografía reciente.[51]

---

[48] Véase Ernesto Garzón Valdés, "Algo más sobre la relación entre derecho y moral", en Rodolfo Vázquez (comp.), *op. cit.,* p. 138 y ss.

[49] Véase Eugenio Bulygin, "¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?", en *ibid.*, p. 214 y ss. Para una exposición integral del pensamiento de Bulygin sobre el positivismo jurídico, véase del mismo autor "Positivismo jurídico", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, Fontamara, México, 2006.

[50] Herbert Hart, Post scriptum *a El concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.

[51] Véase Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism" y a Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002. También Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

Resumen

En esta primera unidad hemos intentado mostrar que la pregunta ¿qué es el derecho?, no es fácil de responder. A lo largo de la historia de las ideas jurídicas se ha intentado ofrecer diversas definiciones de derecho. Esta diversidad de respuestas, como el alumno podrá apreciar a lo largo del curso de Teoría del Derecho, lejos de ser un obstáculo o una seria preocupación para la comprensión de la normatividad jurídica, nos habla más bien de la riqueza de las propuestas y de la complejidad que encierra el significado de la expresión "derecho".

Hemos intentado mostrar que no es posible ofrecer una definición *esencial* de la expresión "derecho" porque partimos de la idea de que todo lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas es *convencional*, es decir, es el producto del acuerdo entre los hombres para significar alguna expresión. Por lo mismo, para construir una posible definición de derecho es necesario, entonces, atender al uso de la expresión en la comunidad jurídica y comprender que el lenguaje del derecho no es formal sino *natural*. Los lenguajes naturales se distinguen de los formales porque presentan las características de ambigüedad, vaguedad, textura abierta y emotividad.

Una de las polémicas más interesantes entre los teóricos del derecho, con respecto a la definición del mismo, es aquella que confronta al jusnaturalismo con el juspositivismo. Esta polémica adquiere su momento más crítico entre los años cincuenta y sesenta del siglo pasado y, para muchos, sigue siendo un debate abierto hasta nuestros días. Para comprenderlo adecuadamente hemos presentado algunos de sus antecedentes inmediatos, así como el análisis de uno de sus principales actores en el ámbito mexicano de la teoría jurídica: Eduardo García Máynez. Seleccionamos también una serie de autores contemporáneos —a partir de los años de 1970— que han dado continuidad a la polémica, si bien sus posiciones han abierto un marco de posibilidades teóricas que han ido más allá del debate tradicional.

En términos generales, se puede decir que jusnaturalistas y juspositivistas han definido el derecho a partir de concepciones distintas con respecto a dos temas: el origen de las normas jurídicas y el problema de la relación entre el derecho y la moral. Los jusnaturalistas sostienen que el origen de las normas jurídicas radica tanto en un orden natural como en un orden puesto por el hombre (positivo) y que, en caso de conflicto, el orden natural debe prevalecer sobre el orden positivo; por otra parte, los juspositivistas sostienen que el origen de las normas jurídicas sólo depende de la fuente social, es decir, de acciones humanas para la creación de las mismas. Asimismo, mientras que los jusnaturalistas sostienen la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral; los juspositivistas sostienen la tesis de la separación.

Cuestionario

1. ¿Cuáles son algunos de los problemas que presenta la definición del concepto de derecho?
2. Mencione y explique las cuatro características principales de los lenguajes naturales.
3. Explique las dos tesis básicas acerca de la relación entre derecho y moral, y ejemplifique con algunos autores que sostengan cada tesis.
4. ¿Cuáles son algunas de las principales críticas que se formulan a los paradigmas tradicionales del jusnaturalismo y del juspositivismo?
5. ¿Cuál es la propuesta de Bobbio para analizar el juspositivismo o el jusnaturalismo?
6. Explique brevemente la propuesta de Eduardo García Máynez sobre el juspositivismo y el jusnaturalismo.
7. Señale las ideas principales en los enfoques de John Finnis, John Rawls, Ernesto Garzón Valdés y Eugenio Bulygin.

Bibliografía

- Aquilino Fernández, Jesús, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Universidad de Oviedo, 1991.
- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991.
- Bulygin, Eugenio, "Positivismo jurídico", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, Fontamara, México, 2006.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Coleman, Jules y Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002.
- Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, México, 1960.

  ———, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1974.

  ———, *Diálogos jurídicos*, Porrúa, México, 1978.

  ———, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, Fontamara, México, 1993.
- Garzón Valdés, Ernesto, "La filosofía del derecho en el siglo XX", texto inédito.
- Hart, Herbert, "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, pp. 593-629.

  ———, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

  ———, Post scriptum *a El concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.
- Hurtado, Guillermo, "Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México", en *Isonomía*, núms. 15 y 16, ITAM-Fontamara, México, octubre de 2001 y abril de 2002.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.
- Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1991.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Pereznieto, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005.
- Recaséns Siches, Luis, *Pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963.

  ———, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable'*, FCE-UNAM, México.
- Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunita, Milán, 1965.
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.

2. TEORÍA DE LAS NORMAS

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Ubique la ciencia del derecho dentro del universo del conocimiento.
- Se aproxime al estudio del fenómeno normativo a través del análisis del lenguaje.
- Conozca los principales tipos de normas.
- Conozca algunos instrumentos que participan del derecho, distintos de las normas.
- Diferencie distintos planos de análisis (empírico, objetivo y valorativo) en que se encuadran los juicios de eficacia, validez y justicia que se predican de las normas de derecho.

Prescripciones y normas

Los individuos en general —con independencia de su edad, grado de escolaridad, ocupación o creencias— suelen identificar el derecho con las normas. Ocurre así porque a la mayoría de las personas, cuando les viene a la mente la idea del derecho, de inmediato la asocian con reglas, leyes, ordenanzas. A esta concepción de lo jurídico contribuye, en buena medida, la imagen social del abogado, quien es visto como un recitador incansable de artículos, provisto de una memoria prodigiosa, capaz de citar la regla precisa para cualquier caso. A la consolidación y extensión de esta imagen han prestado buenos servicios el cine y la televisión, en los que es frecuente ver a sujetos haciendo las veces de abogados y jueces, que hablan con el tono implacable y la seguridad inconmovible de quien actúa "en nombre de la ley".

Para la mayoría de las personas, el derecho es, antes que un concepto, una imagen: la imagen de las normas. Quienes dedican su vida a actividades tan distintas como la alfarería o la medicina, o quienes deciden consagrar sus días a la física nuclear o al comercio, bien pueden ir por el mundo con esa imagen de las normas sin ahondar en qué sean las normas y sin dedicar tiempo alguno a elucidar su concepto. En cambio, quienes quieren hacer del derecho su vocación, sí deben dar el salto que va de la imagen al concepto, si no quieren dar con pies de barro sus primeros pasos dentro de la disciplina.

Causalidad e imputación

Para abordar la relación entre prescripciones y normas, conviene recordar la manera en que Hans Kelsen se acerca al fenómeno jurídico en su obra más conocida, *Teoría pura del derecho*.[1] Kelsen parte de la distinción entre naturaleza y sociedad en el entendido de que, si bien la segunda queda comprendida en la primera (en el sentido de que la sociedad forma parte de la vida en general y, por ello, es parte integrante de la naturaleza), no todos los fenómenos sociales pueden explicarse como si se tratara de fenómenos naturales como, por ejemplo, la lluvia. De esta manera, Kelsen separa "[...] las normas de los hechos, y por tanto, a la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias empíricas".[2] En otras palabras,

[1] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986.

[2] Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, p. 206.

distingue el mundo del *ser* del mundo del *deber ser*: "el deber ser, si bien va hacia un ser (su meta es un ser, algo debe ser), sin embargo, es algo distinto del ser".[3]

Mientras los fenómenos naturales se explican a partir de relaciones causa-efecto (siempre que se presente la causa ocurrirá necesariamente el efecto), tratándose de fenómenos normativos la explicación causal resulta insuficiente, pues en el mundo del *deber ser* (al que pertenecen las normas) que algo deba ser no implica necesariamente que ocurra. Así, por ejemplo, aunque consideremos como debido que quien mate a otra persona sin justificación vaya a la cárcel, no evita que haya homicidas impunes. De esta manera, a diferencia de las leyes de la naturaleza, que relacionan causas con efectos necesarios, según Ricardo Guibourg las normas enlazan ciertas condiciones, "algunas consecuencias que no son efectos naturales de ellas, sino secuelas artificiales establecidas en la misma norma".[4] Mientras las leyes de la naturaleza enuncian relaciones causales, las normas que enlazan condiciones y consecuencias establecen relaciones de *imputación*.

A todos nos parecería inútil y absurdo que alguien se propusiera emitir una norma según la cual el agua *debe* hervir cuando alcance los cien grados centígrados de temperatura y que *debe* congelarse cuando se encuentre por debajo de los cero grados, disponiendo además que cuando alguien exponga cierta cantidad de agua a tales temperaturas y ésta no mute a los estados sólido y gaseoso, esa persona deberá ser sancionada. Carece de sentido emitir una norma con el fin de establecer que un efecto *debe* ocurrir, pues éste necesariamente va a acontecer si se presenta la causa que le da lugar. En otras palabras, las relaciones causales no necesitan ser reforzadas con normas que establezcan deberes.

En cambio, sí tiene sentido dictar una norma que disponga una sanción para quien incumpla la prohibición de sustraer los bienes que una persona tiene en su domicilio, cuando ésta no haya otorgado su consentimiento para ello y no exista orden de autoridad que exija la sustracción. En este ejemplo se enlazan una condición y una consecuencia que, de no mediar la norma mencionada, no tendrían relación entre sí.

De esta manera se demuestra cómo las normas enlazan artificialmente condiciones y consecuencias que no guardan entre sí relaciones necesarias sino contingentes, es decir, que si se presenta la condición (por ejemplo, si se sustraen bienes de un domicilio sin el consentimiento del propietario y sin una orden que determine el retiro de los bienes, aun contra la resistencia del dueño) ello no garantiza que se

[3] Hans Kelsen, "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico", en Óscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989, p. 286.

[4] Ricardo A. Guibourg, *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 16.

lleve a cabo la consecuencia (a saber, el encarcelamiento de los responsables), pues bien pudo haberse efectuado la condición (el robo) sin que se aplicara la consecuencia prevista en la norma (o sea, que quienes lo realizaron no fueran sancionados por ello).[5]

El fenómeno normativo

El fenómeno normativo es un fenómeno de comunicación, pues su dinámica consiste en dirigir pautas de conducta a sujetos o clases de sujetos que, por un lado, estén en condiciones de decodificar el mensaje que en ellas se contiene (es decir, tanto la conducta que se exige, como la sanción prevista para el caso de que se incumpla la conducta obligatoria) y, por otro, que puedan actuar en consecuencia, esto es, que puedan cumplir con lo que la norma ordena.[6]

Como todo fenómeno de comunicación, el fenómeno normativo se despliega al abrigo de un lenguaje, es decir, supone la existencia de un sistema de signos que debe ser compartido tanto por quien emite la norma como por quien tiene el deber de cumplirla. Cada signo del sistema tiene un significado convenido por la comunidad lingüística. Ahora bien, existe una multiplicidad de usos del lenguaje, pues éste sirve a fines tan distintos como informar, expresar emociones, interrogar, predecir acontecimientos o prescribir conductas.

Un vez que hemos llegado a este punto, conviene preguntarnos cuál de los distintos usos del lenguaje se aplica a la descripción de normas para comunicar pautas de conducta, o si se recurre a varios de esos usos. Dicho de otro modo, es necesario saber qué se pretende con las normas: ¿se busca informar, cuestionar, predecir, prescribir? Si cumplen alguna de estas funciones, ¿lo hacen de manera exclusiva o conjugan varias de ellas?

No parece que mediante el establecimiento de normas el derecho procure informar a los individuos acerca de situaciones o cosas; por ejemplo, las normas no pretenden hacer que la gente conozca cuál será el clima por la tarde ni cuál es la altura del monte Everest. Tampoco se adecua a la noción que tenemos acerca de las normas el que éstas tengan como propósito formular preguntas en relación con las causas de ciertos fenómenos, como por qué los cuerpos expuestos a cierta temperatura se dilatan, o cuáles fueron los motivos de la caída del Imperio romano.

[5] Véase Leonel Pereznieto, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005, pp. 140-154.

[6] Daniel Mendonca, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, 1998, p. 39 y ss.

Menos claro resulta pensar que las normas sirven para hacer pronósticos, como quién ganará unas elecciones políticas o un partido de futbol.

En la teoría del derecho abunda la literatura que se ha ocupado de estudiar los usos del lenguaje aplicados a las normas, pero sin duda destaca la obra de G.H. von Wright como la más influyente en el debate contemporáneo sobre la cuestión. A contracorriente de la opinión generalizada, según la cual una adecuada caracterización de las normas empieza por afirmar que éstas hacen un uso del lenguaje exclusivamente prescriptivo, Von Wright desconfiaba de que la totalidad de las normas fueran prescripciones. Sin embargo, destinó la mayor parte de su obra cúspide, *Norma y acción*,[7] al tratamiento de las normas que revisten tal carácter prescriptivo, quizá porque a pesar de que a su juicio resulta imposible perfilar una teoría general de las normas, concibiéndolas únicamente como prescripciones, admite que las prescripciones gozan de primacía cuantitativa en los sistemas normativos, máxime si se trata de sistemas jurídicos. Pero que el mayor número de normas revistan el carácter de prescripciones no justifica que una teoría de las normas no se ocupe de aquéllas que no lo sean.

A continuación expondremos la clasificación de tipos de normas establecidos por Von Wright, clasificación que se basa, como él mismo afirma, en el criterio de que cada tipo de norma, más que ser una subclase dentro de una clase general de normas, es un significado posible de la palabra *norma*. Esta aclaración es importante, porque es el modo en que Von Wright acota los alcances de su obra *Norma y acción*, donde advierte que en ella, más que una teoría general de las normas, hay una tipología lo más exhaustiva posible.

Von Wright enuncia seis tipos de normas: *a*) definitorias o determinativas, *b*) técnicas o directrices, *c*) prescriptivas, *d*) ideales, *e*) consuetudinarias, *f*) morales. A continuación explicaremos brevemente en qué consisten las normas de los incisos *a*), *b*), *d*) y *e*). Las de los incisos *c*) y *f*), es decir, las normas prescriptivas y las morales, las estudiaremos con mayor detalle más adelante dentro de este mismo capítulo, pues, según se ha dicho, la relación entre prescripciones y normas (inciso *c*) es la que más nos interesa destacar. Más adelante nos encargaremos de diferenciar también entre las normas jurídicas y las normas morales (inciso *f*).

a) *Normas definitorias*. Son aquellas que definen o determinan un concepto.[8] No establecen un curso de conducta dirigido a alguna clase de personas, sino que

[7] G.H von Wright, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

[8] Daniel Mendonca, *Introducción al análisis normativo*, Cuadernos y Debates núm. 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 27.

establecen qué condiciones deben reunirse para estar en presencia de un determinado concepto. Estas reglas operan claramente en los deportes. Por ejemplo, la regla que dispone cuándo se ha anotado un gol en el futbol es una regla determinativa. Esta norma establece que si la pelota cruza en la totalidad de su circunferencia la línea de meta en el tramo en que se encuentra la portería, se ha marcado un gol. La norma del ejemplo *determina* o *define* el concepto *gol* dentro del juego de futbol.

También se dice que las normas definitorias determinan una actividad. Para explicar la dimensión de este tipo de reglas, el ejemplo del futbol y de los juegos en general también resulta idóneo. Existen palabras como "caminar", "coser" o "hablar", cuyos alcances de significación no están determinados por normas sino por la práctica social. En cambio, hay actividades que, de no mediar alguna norma que las defina, no podríamos considerarlas como actividades autónomas. Por ejemplo, podemos encender el televisor y observar a 22 personas que corren en muchas direcciones pateando una pelota dentro de un rectángulo de pasto que tiene, en dos de sus costados, una suerte de herraduras invertidas cubiertas por unas redes blancas, como las que se usan para cazar mariposas (pero mucho más grandes). En cambio, si se nos informa que hay un reglamento que determina que el deporte que consiste en correr en ese rectángulo pateando una pelota para incrustarla en esas herraduras recibe el nombre de *futbol*, podremos referirnos al futbol como una actividad determinada y ya no como un conjunto de actividades parcelarias como correr, saltar o patear una pelota. De esta manera, podemos *definir* al futbol y a los juegos en general como conjuntos de normas determinativas.

b) *Normas técnicas* o *directrices*. Las normas de este tipo "[...] indican un medio para alcanzar un fin determinado [...]".[9] Es característico de este tipo de normas estar enunciadas de forma condicional, de tal suerte que en su antecedente se menciona la cosa que se desea y en el consecuente se establece algo que debe hacerse o, en su defecto, no debe hacerse.[10] Estas normas tampoco imponen pautas de conducta a los destinatarios, como tampoco les obligan a asumir los fines que la regla señala; simplemente indican cuáles son los medios para conseguir tales fines. Queda a la voluntad del destinatario la decisión de si quiere o no

[9] *Ibid.*, p. 27.

[10] Daniel González Lagier, *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, Fontamara, México, 2001, p. 52.

conseguir el fin inscrito en la regla; si lo desea, la regla le impone los medios para lograr el objetivo. Ejemplos paradigmáticos de reglas técnicas son las que aparecen en los instructivos de uso de ciertos aparatos, como una cámara fotográfica: "para encender la cámara presione el botón *encendido*". Este ejemplo nos indica que para alcanzar el fin que se indica en el antecedente (encender la cámara) se debe presionarse el botón "encendido".

d) Normas ideales. Al igual que las anteriores, las normas ideales tampoco prescriben conductas. Más que imponer medios para alcanzar fines (como hacen las normas técnicas), ilustran el modelo de cómo *se debe ser* en una determinada actividad. En palabras de Daniel Mendonca, las normas ideales: "[…] establecen modelos arquetípicos y mencionan las virtudes características dentro de una clase dada […]".[11] Este tipo de reglas son usuales en los códigos de ética que rigen en ciertos gremios. Así, es común escuchar que un buen docente debe ser claro al momento de impartir conocimiento, ser paciente con los alumnos, inspirar autoridad y mantener interesados a los estudiantes, etc. Las normas ideales comparten con las definitorias la característica de determinar un concepto, como el de "buen docente", en el ejemplo mencionado.

e) Normas consuetudinarias. Son hábitos sociales. Así como los hábitos de una persona son regularidades en su conducta, las regularidades en el comportamiento social reciben el nombre de normas consuetudinarias o costumbres. Así, decimos que las personas tienen hábitos, mientras que las sociedades tienen costumbres. Ahora bien, es preciso diferenciar el uso de la expresión *norma consuetudinaria* cuando la utilizamos al hablar de teoría de las normas, del que le asignamos en contextos jurídicos. Cuando la empleamos en teoría de las normas lo hacemos simplemente para referirnos a la tendencia a repetir comportamientos en situaciones similares, como ocurre con las normas de cortesía o del vestir. En cambio, en contextos jurídicos, la locución *norma consuetudinaria* designa una fuente de derecho, pues una manera por la que pueden crearse normas jurídicas es cuando un hábito social (*inveterata consuetudo*) alcanza estatus normativo (*opinio iuris necesitatis*), es decir, deja de ser simplemente un comportamiento cuya repetición es observable a lo largo del tiempo, para convertirse en una conducta calificada jurídicamente como debida.

[11] Daniel Mendonca, *Introducción al análisis normativo, op. cit.*, p. 28.

A continuación centraremos nuestra atención en las normas prescriptivas (inciso *c*), pues Von Wright le dedicó una gran atención a su estudio por tratarse del tipo de normas más común entre las normas jurídicas. Para alcanzar una comprensión cabal de las normas prescriptivas, es necesario señalar previamente qué se entiende por uso prescriptivo del lenguaje.

Siguiendo a Carlos Santiago Nino, prescribir consiste en "[...] dirigir el comportamiento de otro, o sea, inducirlo a que adopte un determinado curso de acción [...]".[12] Quien prescribe, según Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, lo que hace es "[...] calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas [...]".[13]

Los enunciados que cumplen una función prescriptiva (que prohíben, obligan o permiten) pueden formularse bajo un formato imperativo (como ocurre con el mandamiento "no matarás"), o bien, pueden revestir la forma condicional, como es el caso del artículo 123 del *Código Penal para el Distrito Federal*, que dispone: "Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión".

Autores como Roberto Vernengo distinguen así una variedad de formas en que puede manifestarse el uso prescriptivo del lenguaje de acuerdo con las diferencias que puede haber, por ejemplo, entre la prescripción contenida en el mandamiento mencionado y la prevista en la disposición penal citada. Así, las formas en que puede hacerse un uso prescriptivo del lenguaje, según Vernengo, difieren entre sí por el distinto grado de imperatividad con que están formuladas.[14] Hoy puede parecer hasta cierto punto trivial la afirmación de Vernengo en el sentido de que la forma imperativa no es la única mediante la cual pueden formularse prescripciones, pero durante los últimos años del siglo XIX y buena parte del XX, el influjo en el pensamiento iusfilosófico anglosajón de la obra de John Austin, titulada *The Province of Jurisprudence Determined*, afianzó el predominio de una *visión imperativista* de las normas, especialmente de las jurídicas, pues Austin las concebía como mandatos soberanos semejantes a los que dirige un asaltante a su víctima. La tesis de Austin fue objeto de críticas (destacan las que le formuló Herbert Hart), que dieron lugar a una conceptualización de las normas más acabada; pero sin duda el modelo austiniano tuvo una vigencia prolongada en la teoría de las normas.

[12] Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 9a. ed., 1999, p. 64.

[13] Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, "Norma jurídica", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, núm. 11, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Trotta, Madrid, 2a. ed., 2000, p. 134.

[14] Roberto J. Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 50 y ss.

Las diferencias que existen entre las distintas formas del uso prescriptivo del lenguaje en cuanto al grado de imperatividad de que gozan se aprecian claramente si se observa la forma en que están enunciadas las normas morales (inciso *f*) y las normas jurídicas (inciso *c*). Mientras las normas morales regularmente se expresan en forma imperativa (según se desprende de ejemplos paradigmáticos como los mandamientos mosaicos "no matarás" y "no robarás"), las normas jurídicas utilizan el formato condicional, en el que dos oraciones diferenciadas son enlazadas de tal suerte que la segunda se convierte en consecuente de la primera, y ésta en antecedente de aquélla. En esta relación, el antecedente hace las veces de condición de aplicación del consecuente, ya que si no ocurre la condición (el antecedente), no *debe darse* el consecuente. En aras de la claridad, veamos el siguiente ejemplo: el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal establece que:

> [...] al que prive de la vida a otro se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

En esta disposición, el antecedente está representado por la oración "al que prive de la vida a otro", mientras que el consecuente es la pena de prisión de entre ocho y veinte años.

Que las normas jurídicas empleen el formato condicional (a diferencia de las normas morales, que regularmente contienen enunciados imperativos) tiene que ver con la forma en que el derecho motiva la realización o la inhibición de ciertas conductas. Una primera forma de motivación (que no es la propia del derecho) se conoce como *motivación directa*, y consiste en enunciar la norma con el fin de que el destinatario, una vez que desentrañe su sentido, la obedezca porque lo prescrito en la norma se adecua a sus convicciones, valores y sentido común. Esta forma de motivación es la que emplean las normas morales, que imponen obligaciones y prohibiciones mediante prescripciones escuetas expresadas en un tono imperativo.

Otra forma de motivar el comportamiento es a través de lo que se conoce como *motivación indirecta*, en la que a ciertas conductas o hechos, se les enlaza una o varias consecuencias. Recurriendo nuevamente al ejemplo de derecho penal que hemos utilizado, podemos decir que el artículo 123 del *Código Penal para el Distrito Federal* enlaza la conducta consistente en privar de la vida a otra persona, con la pena de prisión entre ocho y veinte años como consecuencia. Expresado de acuerdo con el esquema antecedente-consecuente, es válido afirmar que en el artículo citado el antecedente está representado por la oración "Al que prive de la vida a otro", mientras que el consecuente es la sanción de entre ocho y veinte años de prisión.

En la motivación directa el único estímulo del destinatario de la norma para actuar conforme a ella, es que la conducta debida sea acorde con sus pautas de valoración. En cambio, cuando se emplea la motivación indirecta, además de la posible concordancia entre los deseos del agente y la conducta prescrita en la norma, se añade una consecuencia, ya sea a modo de castigo o de premio, como refuerzo para que se cumpla la conducta ordenada en la norma. En otras palabras, mientras la motivación directa sólo obliga o prohíbe conductas expresamente señaladas como prohibidas o debidas en su enunciado, la motivación indirecta imputa consecuencias a ciertas conductas.

La motivación indirecta se distingue de la directa porque en la primera se manifiesta una consecuencia prevista dentro de un enunciado normativo, la cual termina motivando la conducta del destinatario. Esta interiorización de la consecuencia, dentro del mismo enunciado en que se señala la conducta prohibida, obligatoria o permitida, sólo es posible según la forma condicional de formular los enunciados prescriptivos; ocurre así porque si se empleara la forma imperativa, que por definición consta de una sola oración, no se puede incluir la consecuencia. En otras palabras, un enunciado imperativo se agota en el señalamiento de la conducta prescrita. El mandamiento "no matarás", ejemplo modélico de un enunciado imperativo, constituye por sí mismo una prescripción que no tiene aparejada consecuencia alguna si no se cumpliera con la orden de no matar. En cambio, los enunciados condicionales, propios de las normas jurídicas, requieren necesariamente de dos oraciones (antecedente y consecuente), de modo que el consecuente quede incluido dentro del mismo enunciado en el que aparece el antecedente.

Entonces, la consecuencia normativa es la propiedad que distingue la motivación indirecta de la directa y, por ende, a las normas jurídicas de las normas morales. A esta afirmación se le podrá objetar que el cumplimiento de las normas morales también tiene como propósito evitar consecuencias como sufrir el rechazo social o, tratándose de normas de carácter religioso, eludir un castigo como cumplir una condena en el infierno. Sin embargo, conviene aclarar que el rechazo social o la condena al infierno no son consecuencias normativas en sentido estricto, pues no están interiorizadas dentro de la prescripción. Según se ha dicho, esta interiorización de la consecuencia en la norma sólo es posible en los enunciados condicionales, y a ello se debe el formato condicional que revisten las normas jurídicas.

El carácter *externo* e *institucionalizado* de la sanción es la propiedad que distingue a las normas jurídicas de las normas pertenecientes a cualquier otro orden nor-

mativo. Mientras la moral o la religión establecen sanciones no institucionalizadas sino trascendentes (ir al infierno) o que quedan libradas al humor social (rechazo de los miembros de la comunidad), el derecho impone sanciones de carácter *externo*, en el sentido de que consisten en conductas sensiblemente perceptibles (como pagar una suma de dinero, quedar privado de la libertad o ser inhabilitado para desempeñar algún cargo público o profesión). Por otro lado, estas sanciones sólo pueden ser aplicadas por ciertos órganos del Estado (como los jueces o, más específicamente en lo que se refiere a su ejecución, por órganos administrativo como la policía); dicho de otro modo, estas sanciones están *institucionalizadas*.

Tipos de normas jurídicas

Ya mencionamos que a Von Wright le interesaban especialmente las normas prescriptivas, en virtud de que con base en ellas el derecho prohíbe u obliga la realización de ciertas conductas. Su carácter de normas que establecen prohibiciones y obligaciones convierte a las normas prescriptivas en las más abundantes entre las normas jurídicas. Pero resulta que a la par de las normas de derecho que prohíben u obligan, se encuentran otras que confieren facultades. A las diferencias entre las normas que califican ciertos comportamientos como prohibidos u obligatorios, por una parte, y las que otorgan potestades, por otra, Herbert Hart dedicó un capítulo medular de su libro *El concepto de derecho*.[15] El rigor analítico, aunado a la claridad con que Hart aborda un tópico tan fundamental para elaborar una teoría de las normas jurídicas, nos llevó a escoger la obra de Hart como eje de caracterización de los distintos tipos de normas jurídicas.

La obra de Herbert Hart representa un fecundo intento de superación del paradigma en la teoría de las normas, suscitado por la publicación de *The Province of Jurisprudence Determined* de John Austin, quien concebía las normas jurídicas simplemente como mandatos generales respaldados por amenazas. Para este autor, las obligaciones impuestas por el derecho no eran más que la subordinación a normas que, a su vez, eran mandatos generales que expresaban el deseo de una autoridad soberana respaldado por amenazas.

A juicio de Hart, el modelo de Austin "no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico"[16] y, por ello, sostuvo que no debe concedérsele

[15] Herbert Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, capítulo V.
[16] *Ibid.*, p. 101.

valor explicativo, sino más bien ser considerado como un "fracaso" en la tentativa de conceptualizar las normas jurídicas.

A diferencia de Austin, quien intentó explicar la pluralidad de normas jurídicas bajo el esquema único del mandato, Hart reconoce la existencia de normas jurídicas de diversas categorías lógicas. Mientras Austin pensaba que todas las normas que componen un sistema de reglas de derecho consisten en mandatos generales que establecen obligaciones y prohibiciones, Hart afirma que, a la par de esas reglas —a las que denomina primarias—, hay otras que tienen una categorización lógica distinta —a estas últimas las denomina secundarias, porque en cierto sentido "dependen" de las primarias—.[17] Según Hart, la distinción entre ambos tipos de reglas[18] y la acción recíproca entre ellas es "la clave de la ciencia de la jurisprudencia".[19]

Ahora bien, ¿en qué se diferencian las reglas primarias y las secundarias?

> *Reglas primarias*. Son aquellas que, valiéndose de obligaciones y prohibiciones, establecen el deber de que sus destinatarios hagan u omitan ciertas conductas. Las reglas primarias imponen deberes recurriendo a prohibiciones y obligaciones.
> *Reglas secundarias*. Se refieren a las primarias en el sentido de que establecen que determinadas personas —destinatarias de dichas reglas secundarias— puedan introducir, eliminar, reformar o aplicar reglas primarias. Así, las reglas secundarias otorgan facultades. Las reglas secundarias se subdividen, a su vez, en tres subtipos:[20]
>
> *a)* La Regla de reconocimiento
> *b)* Reglas de cambio
> *c)* Reglas de adjudicación

En la tónica de las críticas al modelo de Austin, Hart cuestionó la idea de obligación que se desprende de la teoría austiniana de las normas jurídicas. Hart consideró que en el ejemplo del asaltante (propuesto por Austin), el sujeto asaltado no *tiene* la obligación de entregar el dinero al asaltante, sino que *se ve* obligado a

[17] *Ibid.*

[18] Sobre las reglas primarias y secundarias en la teoría de Hart puede verse en Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 72.

[19] Herbert Hart, *op. cit.*, p. 102.

[20] *Ibid.*, pp. 117-122.

esta acción para evitar que el asaltante cumpla la amenaza. Así, decir que una persona *se ve* obligada a realizar determinada conducta nos remite a las reacciones psicológicas que la amenaza provoca en su mente, pero no por ello se puede afirmar que la persona en cuestión *tiene* la obligación de actuar conforme al mandato de quien lo amenaza.

De esta manera, si la existencia de obligación —según se desprende del modelo de Austin— depende del *cálculo subjetivo* que una persona hace respecto de las ventajas o desventajas de resistir la amenaza, de la teoría de las reglas como mandatos respaldados por amenazas, no se pueden predicar enunciados de *verdad objetiva*. Dicho lo anterior, para Austin hay obligación sólo si existe la predicción de sufrir un mal a causa de una amenaza, afirmación que no compartiría Hart; para este último, la existencia de una regla es independiente de factores subjetivos —como el cálculo racional.

Además, el modelo de Austin —a juicio de Hart— no alcanza a explicar las situaciones en que los sujetos obligados transgreden el deber contenido en la norma. Si, como pensaba Austin, la obligación depende del cálculo entre costo y beneficio que hace el sujeto amenazado, no habría obligaciones preexistentes sino que todas las obligaciones jurídicas nacerían de un cálculo personal acerca de las ventajas o desventajas que supone apartarse de las normas.

Ahora bien, que las reglas establezcan obligaciones a través de la exigencia general de comportarse en conformidad con ellas y de la presión social ejercida sobre quienes se aparten de lo que prescriben, no implica decir que la obligación consiste en experimentar sentimientos de presión. Puede existir una obligación consagrada en una regla y, sin necesidad de presionar a un sujeto para que cumpla con lo establecido en la regla, darse el caso de que el destinatario de dicha regla cumpla espontáneamente con lo que la regla prescribe porque se *siente* obligado a hacerlo.

En síntesis, una persona *se ve* obligada cuando existe una amenaza para el caso de que se comporte de forma contraria a la que se le indica; una persona *está* obligada cuando se encuentra frente a una regla existente, respecto de la cual no despierta ninguna simpatía; por último, *se siente* obligada cuando existe compatibilidad entre las convicciones morales de la persona y lo prescrito en la regla.

En opinión de Hart, es posible concebir sociedades sin legislatura ni tribunales de ningún tipo. La historia provee varios ejemplos de ello. Estas sociedades cuentan tan sólo con reglas que imponen límites (vía prohibiciones y obligaciones) a la naturaleza humana de los miembros del grupo social, como ocurría en las sociedades primitivas que, aunque tenían un alto grado de cohesión entre sus miembros, sólo tenían reglas primarias de obligación. Pero resulta que sociedades

complejas —como las modernas— requieren algo más que reglas primarias, por las siguientes razones:

1. Las reglas primarias con que cuenta una sociedad primitiva no forman un sistema, sino que son un mero conjunto de pautas de conducta separadas entre sí, sin criterios comunes de identificación, salvo el de que el grupo social en cuestión las acepta, como ocurre con las reglas de etiqueta. El que las normas primarias no formen un sistema trae consigo el problema de la falta de certeza.
2. Si la sociedad sólo cuenta con reglas primarias, el único modo de que éstas cambien será que, con el paso del tiempo, las conductas hoy obligatorias devengan en prohibidas o permitidas, o bien, que las que hoy están prohibidas puedan algún día considerarse como permitidas o inclusive obligatorias. De esta manera, si el sistema sólo cuenta con reglas primarias, será un sistema estático y rígido.
3. Si no hay más que normas primarias, habrá disputas entre los miembros de la sociedad acerca de en qué consiste una obligación o cuál es el alcance de una prohibición. Además, si no hay órganos que centralicen e institucionalicen el uso de la fuerza, la presión social se vuelve difusa y las sanciones que se apliquen por contravenir las reglas quedan libradas al humor social del momento.

Para escapar a estos inconvenientes, Hart propone complementar las reglas primarias con otro tipo de reglas de distinto carácter lógico: las secundarias. Como las reglas secundarias sirven para resolver los inconvenientes de contar sólo con reglas primarias, cada tipo de regla secundaria soluciona un inconveniente de los que suscitan las reglas primarias. Así, la regla de reconocimiento soluciona el problema de la falta de certeza, las reglas de cambio el problema de la rigidez del conjunto de normas primarias y, por último, las reglas de adjudicación resuelven problemas relativos tanto a la determinación de cuándo se ha infringido una regla primaria, como a la falta de institucionalización en la aplicación de sanciones. Con base en lo anterior, Hart concluye que el tránsito que va de una situación en que sólo se cuenta con normas que imponen prohibiciones y obligaciones, a otra en que paralelamente existen normas que permiten modificar las existentes e institucionalizar la imposición de sanciones, marca el tránsito que va de una sociedad prejurídica a una propiamente jurídica.

Ahora bien, en abierta crítica a Hart, Neil MacCormick sostuvo que aun en comunidades que sólo cuentan con reglas primarias existen reglas

> [...] revestidas de las formalidades normalmente asociadas con el ejercicio de facultades jurídicas. De hecho, en comunidades donde la presión social constituye la única sanción que respalda

a los estándares y costumbres, resulta especialmente importante que los actos encaminados, por ejemplo, a transferir el dominio de un bien (una vaca, por ejemplo), se acompañen de solemnidades públicas para que el público esté enterado sobre el cambio de dominio.

De esta manera, en opinión de MacCormick, la existencia de reglas que confieren facultades no marca el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico, sino que dicho tránsito se verifica hasta el momento en que existen reglas que "[...] institucionalizan la vida de la comunidad".[21]

Reglas y principios

La discusión en torno a los principios jurídicos se instaló en el centro del debate contemporáneo en la teoría del derecho a partir de un artículo de Ronald Dworkin, titulado "¿Es el derecho un sistema de reglas?", si bien las locuciones "principios jurídicos" o "principios generales del derecho" forman parte del vocabulario de los juristas y han sido incorporadas en textos legislativos desde tiempo atrás. El objetivo de Dworkin en su célebre contribución era tomar distancia de los postulados fundamentales que, a su juicio, comparten todas las versiones del positivismo jurídico (de manera destacada, la de Herbert Hart), en especial, la tesis de que el derecho es un conjunto de normas y sólo de normas. De esta tesis se sigue otra que también resulta inadmisible para Dworkin: que si el derecho positivo se agota en las normas, cuando un juez se encarga de resolver un caso para el que no hay una norma aplicable, tiene que apelar a su discrecionalidad y a "pautas extrajurídicas" para darle solución. Si las normas colman el derecho positivo —según los positivistas— entonces no cabe imaginar derechos u obligaciones que no estén previstos en alguna norma.

Dworkin considera que la concepción del derecho como un sistema conformado exclusivamente por reglas resulta deficitaria, pues implica tender una sombra sobre otras pautas que son distintas de las reglas y que forman parte del razonamiento jurídico. En particular se refiere a los principios jurídicos, los cuales se manifiestan en los que Dworkin denomina "casos difíciles". Éstos tienen como característica, por una parte, la ausencia de una regla que provea una solución para ellos y, por otra, que presentan necesariamente un conflicto entre valores. La preocupación de Dworkin por los principios surge de la constatación de que son herramientas usuales en el razonamiento jurídico de quienes participan de la dinámica

[21] *Ibid.*, p. 230.

del derecho: los profesores los enseñan, los teóricos los citan, litigantes y jueces los invocan, etc.;[22] y por otra, de la poca atención que hasta entonces le había prestado la teoría del derecho.

Dworkin establece siete criterios para diferenciar reglas y principios, con el fin de mostrar por qué sin esa distinción ya no es posible explicar de manera teórica una parcela primordial del razonamiento jurídico. El primer criterio es el del *origen*. Es sabido que las normas se gestan mediante un procedimiento legislativo compuesto por una serie de actos. El primero de estos actos (al menos en el derecho positivo mexicano) se conoce como iniciativa. Ésta consiste en la redacción de un documento tentativo, el cual, una vez examinado, es discutido por los legisladores llamados a participar en el procedimiento. Una vez que los involucrados la aprueban, sea que la modifiquen o no lo hagan, ésta se publica en un órgano de difusión, señalando la fecha en que entrará en vigor, ya como normatividad aprobada.

La fecha de publicación de una norma de carácter legislativo puede ser un buen indicativo de cuándo la disposición entró a formar parte del sistema de normas, es decir, resulta válido identificar su origen en esa fecha. En cambio, los principios no siguen un procedimiento, por lo cual no es posible tener certeza plena de cuándo se incorporan a un sistema jurídico.

El segundo criterio es el de *identificación*. En teoría (aunque en la realidad se trata de una tarea titánica) es posible elaborar un listado y una jerarquización de las reglas vigentes en un sistema jurídico.

Aun cuando la producción de normas positivas sea profusa, es posible conocer cuántas normas conforman el derecho positivo de un Estado, o al menos las que están contenidas en la Constitución, los códigos, las leyes, los reglamentos y los tratados. Precisamente porque es posible contar con una relación semejante de las normas en vigor nos damos a la tarea de jerarquizarlas y sistematizarlas. En cambio, tratándose de los principios no es posible elaborar un listado de esas características, ni siquiera renunciando a la pretensión de hacer una lista exhaustiva, pues los principios no son identificables ni jerarquizables como las normas. Los principios, por el contrario, son inconmensurables en el sentido de que no sabemos cuántos hay, lo cual imposibilita listarlos y, por ende, tampoco pueden establecerse relaciones jerárquicas absolutas entre ellos. Mientras que las relaciones jerárquicas de las reglas entre sí nos permiten predicar *a priori* la superioridad o inferioridad de una norma con respecto de otra (como ocurre, por ejemplo, con la superioridad

[22] Ronald Dworkin, "¿Es el derecho un sistema de reglas?", en *Filosofía del derecho*, FCE, México, 1980, p. 85.

de una ley sobre un reglamento), en el caso de los principios no existe una relación jerárquica *a priori*, sino que la determinación de que un principio sea superior o inferior a otro se efectúa a la luz de casos concretos. Cuando un caso se presenta ante un juzgador, con el fin de que éste determine cuál es el derecho aplicable para dirimir las pretensiones en litigio, el juzgador *pondera* la posibilidad de aplicar un principio u otro para dar solución a la controversia. Aquel principio del que se vale el juzgador para resolver el caso que se le presenta supera al principio que decidió no aplicar, pero tan sólo en ese caso concreto. Las relaciones de superioridad o inferioridad no son absolutas, ya que puede ocurrir que un principio que superó a otro en un caso concreto sea derrotado en una ocasión posterior.

El tercer criterio es el de *derogación* que, en alguna medida, se deriva del de identificación. Se dice que una norma se deroga cuando pierde su validez, es decir, cuando deja de ser obligatoria. Las normas son susceptibles de derogación, en el sentido de que pueden perder su validez, entre otras causas por la entrada en vigor de una norma que expresamente elimine la validez de la anterior, o porque un tribunal haya determinado que una norma queda sin efectos por colisionar con alguna disposición de jerarquía superior (como ocurriría en el caso de que una norma de nivel reglamentario se oponga a algún precepto de rango constitucional). Pero es preciso tener claro que los principios no pueden ser derogados, pues según se dijo cuando hablamos de las diferencias entre reglas y principios por el criterio de identificación, a pesar de que un principio no reciba aplicación en un caso, bien puede tenerla en uno futuro, lo cual no tendría sentido si los principios pudieran ser derogables cuando no reciben aplicación en un caso concreto.

El cuarto criterio es el de *aplicación* y, para explicarlo, es importante recordar lo dicho en el apartado "Causalidad e imputación", donde mencionamos el formato condicional que revisten las normas jurídicas, el cual es distinto del carácter imperativo propio de las normas morales. Dijimos que una norma jurídica debe satisfacer un esquema formado por un supuesto (o antecedente) y una consecuencia normativa. De esta manera, para que una regla se aplique, es necesaria la actualización de la conducta, o el hecho, que la norma establece como condición de la consecuencia que en ella misma se prevé, es decir, en la realidad tiene que acontecer el supuesto normativo para que la norma se ponga en funcionamiento y se aplique la consecuencia. En cambio, los principios no exigen que se actualice condición alguna para ser aplicados, pues están enunciados de forma imperativa. Un ejemplo es el principio jurídico que Dworkin extrae del caso *Riggs contra Palmer*, según el cual "nadie puede beneficiarse de su propio delito"; en este caso no aparece ninguna condición para aplicarlo, sino que su lectura sólo

nos indica que cuando alguien comete un delito no puede obtener beneficios derivados de esa comisión.

A decir de Dworkin, la diferencia en cuanto a la forma en que se aplican reglas y principios, expone a la luz otra diferencia más: que las reglas son aplicables a la manera del todo o nada, en el sentido de que si se actualiza el supuesto normativo establecido en una regla como condición de una consecuencia jurídica, la norma debe aplicarse y así se da solución al caso. Por el contrario, si la conducta o hecho que configuran un caso no actualizan el supuesto, la norma no aporta nada a la solución del caso. Por ello se dice que las normas ofrecen *razones excluyentes* para resolver casos, dado que, si se presenta un hecho que es un ejemplo de la conducta prevista de forma general y abstracta en una norma, basta para que se aplique la consecuencia prevista en la norma, *con exclusión* de cualquier otra razón que pudiera alegarse para obtener una solución distinta.

En cambio, como los principios no ofrecen *razones excluyentes* que den solución tajante a casos concretos, sino que tan sólo proporcionan razones a favor de argumentos, *contribuyen* a la solución (por ello, a este tipo de razones se les conoce como *razones contributivas*, opuestas a las *razones excluyentes*). Las reglas deben dar solución directa a los casos, pues sólo así se puede cumplir con la obligación dirigida a los jueces de que funden sus sentencias en normas positivas. Los principios no pueden resolver directamente los casos porque, como hemos dicho, carecen de condiciones de aplicación, y para resolver un caso es menester determinar si una conducta o hecho es una actualización de la condición de aplicación de una norma.

Puesto que los casos pueden involucrar reglas o principios, el trabajo de los jueces será distinto en cada situación. Cuando un juez resuelve un caso con base en reglas, realiza una operación lógica conocida como *subsunción*, que consiste en determinar que un caso individual es la actualización de un supuesto previsto en una norma. La subsunción, por ser una operación lógica, es controlable racionalmente y, por ello, goza de objetividad. En cambio cuando un juez conoce de un caso que presenta un conflicto entre principios, lleva a cabo una operación *valorativa* —no lógica— conocida como *ponderación*, la cual consiste en establecer, para ese caso concreto, una jerarquía entre principios mediante un juicio de valor. La tarea de ponderación, al ser eminentemente valorativa, no es controlable racionalmente y, por ello, abre un margen de subjetividad mayor que el en caso de la aplicación de reglas.

El quinto criterio de distinción es el de *contenido*. Las reglas admiten contenidos diversos, tan diversos como el que puede haber entre las prescripciones

establecidas en las dos normas que servirán para el siguiente ejemplo: los artículos 19 (cuarto párrafo), 20 (fracción II) y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíben la tortura. En consonancia con los preceptos constitucionales citados, los artículos 3º y 5º de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura, establecen el tipo penal de la tortura. Las disposiciones anteriores tienen como bien jurídico protegido la integridad física y psicológica de las personas, presuponiendo la autonomía y la dignidad de los seres humanos. Los artículos mencionados, que recogen valores de tan alta estima para las sociedades civilizadas, contienen normas; lo mismo ocurre con la norma prevista en el tercer párrafo del artículo 270 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que dispone que "las promociones deberán tener la debida identificación del litigio al que se dirigen, sin cuyo requisito, no se les dará el trámite correspondiente hasta en tanto no se proporcionen dichos datos de identificación". Los ejemplos anteriores muestran cómo las normas pueden contener tanto exigencias primordiales para la convivencia pacífica y los derechos humanos, como prescripciones de tipo meramente instrumental.

Los principios, por su parte, no admiten tal variación en su contenido, pues éste ha de ser intrínsecamente moral en atención a que, según la definición de Dworkin, los principios son imperativos de justicia.

El sexto criterio es el relativo a la *solución de contradicciones*. Los sistemas jurídicos modernos cuentan con criterios para resolver conflictos entre reglas. Así, cuando una regla de jerarquía inferior a otra prescribe una conducta incompatible con la que ordena la de rango superior, debe prevalecer la de mayor jerarquía. También puede haber conflictos por la temporalidad de las normas; por ejemplo, cuando una regla entra en vigor para regular la misma conducta que una regla previa, pero calificando dicha conducta en la forma contraria (en lugar de prohibirla la convierte en obligatoria o viceversa). En estos casos tiene preeminencia la que se emitió recientemente: la norma posterior deroga a la anterior.

Pero resulta que los problemas entre normas no sólo pueden tener solución a la luz de la jerarquía o la temporalidad, sino también haciendo un examen del grado de especialidad (o generalidad, según la perspectiva que se elija). Se dice que una norma deviene especial respecto de otra (esta última, como consecuencia obvia, acusa mayor grado de generalidad que aquélla) cuando sus ámbitos de validez están más acotados que los de aquella norma de la que predicamos mayor generalidad. Pensemos en el siguiente ejemplo hipotético: se crea un código ex profeso para regular una materia específica, el Derecho de familia, que regula, entre otros aspectos, las relaciones de parentesco y actos civiles como el matrimonio o el

divorcio. Normalmente la materia familiar queda comprendida en algún libro del Código Civil, pero para fines del ejemplo, planteemos una hipótesis en la que se establece un código referido exclusivamente a la materia familiar. En este caso, las disposiciones *especiales* relativas a la familia derogarían las prescripciones que sobre la misma materia dispusiera el Código Civil, pues este último, en relación con el derecho de familia, se convertiría en un ordenamiento más general, esto es, de menor especialidad respecto del código consagrado sólo a la regulación de la materia familiar.[23]

Los tres criterios para resolver conflictos entre reglas no sirven para resolver posibles colisiones entre principios, toda vez que el predominio de un principio sobre otro no se puede determinar *a priori*, pues no hay principios de mayor jerarquía que otros, ni anteriores a otros ni con mayor especialidad que otros, según se dijo cuando hablamos de las diferencias entre reglas y principios según su identificación y aplicación.

El séptimo y último criterio son las *excepciones*. Ya dijimos que las reglas, a diferencia de los principios, precisan que se señalen condiciones para su aplicación; esto es, una norma se puede aplicar sólo cuando se actualizan sus condiciones de aplicación y no se actualiza ninguna excepción. A modo de ejemplo, la aplicación de la sanción correspondiente al delito de homicidio, procede cuando se haya probado que una persona privó de la vida a otra y se ha demostrado la plena responsabilidad del autor, pero también debe acreditarse que no se actualice una excepción, como podría ser la legítima defensa.

Cuando Dworkin describe las pautas con base en las cuales el derecho cumple con su función de orientar conductas, sitúa los principios junto a las reglas en la descripción de las pautas, lo cual redunda en una concepción revolucionaria del derecho. Ocurre así porque, si se considera que los principios forman parte del derecho positivo y no que están fuera de éste, se asume que el material regulativo de que dispone el derecho no se reduce exclusivamente a las normas. Dicho de otro modo, que los principios no sean reglas no quiere decir que no operen en el razonamiento jurídico o, en palabras de Dworkin "[...] que los peces no sean mamíferos no quiere decir que sean vegetales".[24]

A partir de la exposición de dos casos (*Riggs contra Palmer* y *Henningsen contra Bloomfield Motors Inc.*), Dworkin concluye que el derecho no es un siste-

[23] Con algunas modificaciones, este ejemplo aparece en Francisco M. Cornejo Certucha, voz "Abrogación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002, p. 31.

[24] Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 117.

ma compuesto sólo por reglas, sino que contiene también principios. A su juicio, con esta afirmación queda desmentido el dogma del positivismo según el cual el derecho es un sistema compuesto por reglas y sólo por reglas. Además, en opinión de Dworkin, la inclusión de los principios dentro del concepto de derecho destierra de una vez y para siempre la idea de que, en ausencia de regla aplicable a un caso, la apelación a la discrecionalidad judicial es la única posibilidad que existe para que los jueces cumplan con la obligación de resolver los casos de los que tienen conocimiento.

Eficacia, validez y justicia de las normas

La eficacia, la validez y la justicia son predicados de las normas jurídicas que no se implican los unos a los otros, pues puede haber normas injustas que gocen de validez y, más aún, que tengan eficacia, del mismo modo en que pueden existir normas justas que sean válidas pero que no sean eficaces. Podríamos continuar intentado todas las combinaciones posibles de estos tres conceptos y no habría reparo en afirmar que ninguna de ellas carece de sustento lógico. Esto se verá con más claridad una vez que estipulemos algunas definiciones mínimas de los tres conceptos que por el momento nos ocupan.

Eficacia

Con este concepto se hace referencia a las relaciones que guardan las normas jurídicas con las conductas de los individuos. Ahora bien, el concepto de eficacia se proyecta sobre tipos específicos de relaciones entre normas y conductas: *a)* el grado de adecuación que hay entre las prescripciones establecidas en normas jurídicas y las conductas que los individuos despliegan en los hechos; *b)* la aplicación efectiva de las consecuencias normativas previstas en reglas de derecho y *c)* la incidencia de las normas jurídicas en la determinación del comportamiento de las personas. De esta manera, las relaciones descritas en *a)*, *b)* y *c)* son distintas acepciones del término *eficacia*, pero con el fin de que las similitudes lexicográficas no conduzcan a confusiones en los significados, denominaremos *eficacia normativa* a la relación descrita en el inciso *a)*, siguiendo la clasificación de Pablo Navarro;[25] utilizando la

[25] Pablo Navarro, *Validez y eficacia de las normas jurídicas*, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (coords.), *op. cit.*, p. 210.

terminología de Juan Ramón Capella, la relación identificada con el inciso *b)* recibe el nombre de *efectividad*,[26] mientras que al contenido del inciso *c)*, retomando la clasificación de Navarro, nos referiremos con la locución *eficacia causal*.[27]

Eficacia normativa

Juan Ramón Capella entiende por eficacia normativa la "[...] capacidad de una norma para funcionar como determinante causal de un fenómeno".[28] De la definición se desprende que, cuando hablamos de eficacia normativa, entre normas y fenómenos existe una relación de tipo material, es decir, que se refiere al impacto que produce la norma sobre los hechos. Si una persona califica como eficaz o ineficaz una norma que prohíbe conducir automóviles a más de 80 kilómetros por hora en una autopista, no valora si la norma le parece justa o injusta en atención a alguna exigencia de moralidad; tampoco se está pronunciando respecto de si la norma en cuestión cumple o no con los requisitos de procedimiento que establece el derecho para que ésta surta efectos jurídicos (como puede ser la aprobación de dicha norma por parte de la mayoría de integrantes de una legislatura); menos aún la está relacionando con otra norma del sistema para decir que existe contradicción entre las conductas que exigen. Más bien, quien predica la eficacia de una norma afirma que existe adecuación entre la conducta prescrita en la norma y el comportamiento que efectivamente despliegan las personas. Dicho en otros términos, una norma es eficaz cuando personas concretas, las destinatarias de la norma, no llevan a cabo las condiciones de aplicación de la norma o tan sólo efectúan alguna de las condiciones (en el caso, conducir automóviles por una autopista), mas no actúan de modo tal que satisfagan otra de las condiciones de aplicación, a saber, la que detona la imposición de la sanción, en este caso rebasar el límite máximo de 80 kilómetros por hora.

Quien emite un juicio acerca de que una norma x es eficaz, en el sentido de que tiene eficacia normativa, afirma que los destinatarios de x están ajustando su proceder a la calificación que x hace de cierta conducta; lo anterior ocurre, entonces, si x establece "prohibido p" y los destinatarios se abstienen de realizar la conducta p, o bien si x dispone "obligatorio p", y los destinatarios llevan a cabo la conducta p.

[26] Juan Ramón Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, p. 87.
[27] Pablo Navarro, *op. cit.*, p. 211.
[28] Juan Ramón Capella, *op. cit.*, p. 85.

Ahora bien, puede haber situaciones en que se cumpla con la conducta calificada como debida por una norma y, a pesar de ello, la norma en cuestión resulte ineficaz. Esta circunstancia se presenta cuando el ajuste del comportamiento de la gente a lo que una norma establece, no es condición suficiente para lograr la finalidad con la que se dispuso la norma. En palabras de Juan Ramón Capella, "[…] puede ocurrir que la norma, pese a producir ciertos efectos en el mundo real, no resulte eficaz respecto de la finalidad perseguida políticamente, esto es, de la finalidad para la que se pretendía *a priori* que fuera instrumento […]".[29] Un ejemplo de lo anterior lo ofrece la norma que prohíbe la venta de bebidas que contengan alcohol durante el día en que se llevan a cabo elecciones. La finalidad de esta disposición es quitar del alcance de los ciudadanos sustancias embriagantes que pudieran encender los ánimos y generar disturbios; además, se pretende que los ciudadanos acudan a elegir a sus representantes y gobernantes en condiciones de autonomía plena y no en estado de conciencia alterada. La norma de este ejemplo tiene eficacia normativa porque resulta eficaz en el sentido apuntado en el inciso *a)*, tanto que proveedores y consumidores se abstienen de celebrar compraventas de bebidas alcohólicas durante el periodo que permanece la prohibición; empero, la intención de evitar la ingesta de sustancias embriagantes no se logra, pues los destinatarios de la norma pueden abastecerse de bebidas alcohólicas antes de que entre en vigor la prohibición, con el propósito de consumirlas durante la jornada comicial y, aun así, no violar la norma prohibitiva. Siendo así, la norma que prohíbe la venta de alcohol el día de las elecciones es eficaz en el sentido de que las personas ajustan su conducta a la prohibición de vender y comprar ese producto, pero resulta ineficaz en cuanto a que el establecimiento de la norma no contribuye a erradicar el consumo de alcohol durante la jornada electoral.

Efectividad

Si alguien se pregunta por la eficacia de la norma x en el sentido indicado en el inciso *b)*, deberá indagar empíricamente si el incumplimiento de la conducta prescrita por x ha suscitado efectivamente la aplicación de las consecuencias normativas previstas cuando no se acata el curso de acción establecido en x. En otras palabras, se intenta saber si quienes tienen el deber de aplicar las consecuencias derivadas de la actualización del supuesto previsto en x están cumpliendo o no ese deber.

[29] *Ibid.*, p. 86.

Pensemos en el siguiente ejemplo hipotético: en una población de 1000 habitantes se han cometido 500 homicidios. En todos los casos, tanto las víctimas como los autores de los delitos son de la población. Por los 500 homicidios se ha responsabilizado a 250 personas y no existe un solo homicida que haya cometido más de dos delitos, por lo que se deduce que cada homicida privó de la vida a dos personas. Así las cosas, la población de esa ciudad sufrió una merma de 50% durante el periodo en que se cometieron los homicidios, por lo que ahora tan sólo la habitan 500 pobladores, de los cuales 250 están en la cárcel purgando las penas que se les impuso por cada par de homicidios. De esta manera, sólo 250 habitantes de esa ciudad quedan en libertad, es decir, sólo una cuarta parte de la población que había en un inicio no comete homicidios ni ha sido víctima de ese delito. En este contexto, la norma que establece el delito de homicidio es claramente ineficaz bajo la acepción descrita en el inciso *a)*, pues no puede decirse que exista adecuación entre el contenido de la norma y el comportamiento de los habitantes cuando una cuarta parte de éstos comete el delito, victimando a la mitad de la población. Sin embargo, se puede afirmar que la norma prohibitiva es eficaz en el sentido precisado en el inciso *b)*, pues en todos los casos en que se llevó a cabo la conducta delictiva se aplicaron las consecuencias normativas derivadas de la comisión del ilícito, a saber, que se hayan impuesto las penas de prisión a los responsables de los homicidios. Un ejemplo real de una norma efectiva pero ineficaz, tanto en sentido normativo como causal, es el que ofrece Juan Ramón Capella cuando comenta: "[…] las normas que prohíben en España la discriminación sexual son hoy más *efectivas* que *eficaces*: resultan más útiles para obtener la tutela jurisdiccional al respecto que para desterrar el sexismo de la sociedad española […]".[30]

Eficacia causal

Para saber si la norma x es eficaz bajo el significado identificado con el inciso *c)*, habrá que investigar si la adecuación que en efecto hay entre la conducta p, prescrita como obligatoria en x, y el comportamiento real de las personas, es resultado de la influencia que ejerce la consecuencia normativa establecida en x, o si dicha adecuación obedece a otros factores. Si x dispone "obligatorio p" y, para el caso de no p, x establece que el responsable deberá ser sancionado con q, habría que investigar si los destinatarios de x cumplen con la obligación p por temor a q

[30] *Ibid.*, p. 88.

(si q es una sanción punitiva) o por desear q (en caso de que q sea una sanción premial), o por otros motivos. Dicho de otro modo, se trata de saber si las personas cumplen con las normas con el fin de eludir la pena (o, en su caso, por el deseo de hacerse acreedores al premio correspondiente) o si su actuar es determinado por razones distintas a las que ofrecen las normas. Puede darse el caso de que una norma que establece como obligatorio el pago de impuestos sea acatada en los hechos, es decir, que sus destinatarios acudan a las oficinas del fisco a pagar sus contribuciones. Pero probablemente las razones que llevan a los ciudadanos a tributar conforme a la norma no se relacionen con el castigo que se prevé para el caso de no hacerlo, ni con el estímulo que se establece en la norma para incentivar a los contribuyentes a que cumplan con sus obligaciones fiscales. Quizá los motivos de los ciudadanos cumplidos sean ajenos a los estímulos que la norma dispone, y resulte que pagan sus impuestos porque consideran que con ello ayudan a que en la comunidad haya más obras y servicios públicos. Si éstas fueran las verdaderas motivaciones, entonces la norma en cuestión será eficaz en términos del inciso *a)*, pero no en la acepción de eficacia señalada en el inciso *c)*, pues aunque existe adecuación entre lo prescrito en la norma y la conducta de los destinatarios (inciso *a)*, ello no tiene como causa eficiente las sanciones previstas en la norma (inciso *c)*.

Dicho lo anterior, *eficacia*, en todas sus acepciones, es un concepto relacional que nos obliga a examinar los hechos para determinar el grado de cumplimiento 1) de las prescripciones contenidas en normas y 2) de las sanciones derivadas de la actualización de las condiciones de aplicación de normas.

Lo mencionado en el párrafo anterior pone de manifiesto una propiedad de los juicios de eficacia que no comparten otros juicios que se hacen respecto de las normas (como el juicio de validez, según se verá en líneas subsecuentes), a saber: que la calificación de *eficaz* admite grados, es decir, se puede ser más o menos eficaz dentro de una línea que va de la ineficacia absoluta (cuando ninguna persona en ningún caso ajusta su conducta a lo que una norma le ordena) a la eficacia total (cuando no hay un solo caso de alejamiento de la conducta exigida normativamente).

Validez

Aunque existe una literatura abundante sobre el concepto de eficacia del derecho (como orden de normas) y de las normas jurídicas en particular, se suele aceptar como convención que el concepto de eficacia de normas jurídicas se refiere al impacto de éstas en los comportamientos que se despliegan en el universo social. En

cambio, en cuanto al concepto de validez de las normas de derecho no existe un núcleo de coincidencia entre las teorías que han emprendido la tarea de definirlo, e incluso los esfuerzos en este sentido han arrojado definiciones que apuntan en direcciones tan variadas que terminan por teñir de ambigüedad la expresión *validez*. A pesar de esta situación, la preocupación de la teoría del derecho por el concepto de validez persiste, dado que es una categoría de análisis básica dentro del instrumental conceptual necesario para una teoría del derecho. En esta unidad no trataremos de aportar una definición novedosa del concepto *validez*, sólo nos limitaremos a exponer algunos significados relevantes con que se ha usado la expresión *validez* en la teoría del derecho y, a modo de conclusión, expresaremos nuestra adhesión por algunas de las tesis que se han sostenido al respecto en la historia.

Mientras *eficacia* designa distintas formas de relación entre normas y hechos, *validez* es también un concepto relacional, pero, a diferencia del primero, no se refiere a relaciones entre normas y hechos, sino sólo entre normas. Las relaciones que aquí nos interesan son las relaciones de *validez*, para lo cual enunciaremos los significados más relevantes de esta expresión.

El primer significado asocia la validez de una norma con su *existencia*. Kelsen utiliza este concepto de validez, pues para él una norma existe si es válida, y es válida si existe.[31] Al contrario de lo que sostiene Kelsen, si bien para que una norma sea válida tiene que existir (pues no se pueden predicar atributos de la nada), la existencia de una norma no implica necesariamente su validez. La identificación de la validez de las normas con su existencia ha sido criticada inclusive por un connotado kelseniano, Ulises Schmill, en su libro *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*.[32] Según Schmill, por validez de una norma se entiende "[...] el hecho de ser o constituir positivamente el fundamento de un orden subsecuente [...]".[33]

Eugenio Bulygin se ha dado a la tarea de mostrar, por una parte, cómo existencia y validez no se implican y, por otra, que la pretensión de responder a la pregunta por la validez en términos de existencia equivale a aplazar el problema de definición que afecta al concepto de validez y no a resolverlo.[34] Esto es así porque la expresión "existencia" ha sido utilizada para significar exactamente lo mismo que se designa en otros contextos con el término "validez". Cuando la validez es

[31] Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 24.

[32] Ulises Schmill, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997.

[33] *Ibid.*, p. 128.

[34] Eugenio Bulygin, "Validez y positivismo", en Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 509.

definida como existencia, se presenta un vicio de circularidad que termina por demostrar la nula potencialidad explicativa de semejante definición.

La validez también ha sido definida como *obligatoriedad moral*. Con base en esta acepción, decir que una norma es válida "[...] implica decir que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión [...]",[35] es decir, existe compatibilidad entre el deber prescrito en la norma y la concepción del deber, como categoría moral, que detenta el agente que emite el juicio.

Los juristas suelen decir que una norma es válida cuando, para su inserción en el sistema de normas, se observaron los procedimientos que al efecto prevé una norma de rango superior. Pablo Navarro ilustra este significado de *validez* en los siguientes términos:

> Si una autoridad jurídica superior a la de quien dicta una norma no ha dado facultades para dictarla —no ha permitido, cuando menos, su dictado—, o dichas facultades han sido rebasadas por la autoridad subordinada (es decir, si se han transgredido los límites señalados en el contenido de la norma facultante), o no han sido observados los condicionamientos procedimentales para el dictado de normas jurídicas establecidos por normas preexistentes, entonces la norma en cuestión ha de ser considerada *inválida*.[36]

En síntesis, este concepto de validez exige que la norma sea dictada por un órgano facultado para ello, en conformidad con el procedimiento establecido al efecto y sin rebasar o contravenir el margen de regulación que la norma de jerarquía superior le ha delegado. Veámoslo con el siguiente ejemplo: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su artículo 35, fracción II, que los ciudadanos mexicanos podrán ser votados para "[...] todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley [...]". Ahora imaginemos que al presidente de la República se le ocurre establecer en un reglamento las calidades que han de reunir los ciudadanos para acceder a cargos de elección popular, señalando que tendrán la condición de ciudadanos las personas mayores de 16 años. Una norma semejante carecería de validez porque: 1) el órgano facultado para aprobar las leyes en que deben establecerse las calidades a que hace referencia la fracción II del artículo 35 constitucional, es el Congreso de la Unión y no el presidente de la República; 2) el precepto constitucional indica que las calidades para acceder a cargos de elección popular deben establecerse en ley, por lo cual el reglamento, que es un ins-

[35] Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 132.

[36] Pablo Navarro, *op. cit.*, p. 89.

trumento normativo de rango inferior a la ley, no es el medio idóneo para prever esas calidades, de tal suerte que si no se ha aprobado una ley que prevea cuáles son los requisitos que deben reunir los ciudadanos para ser votados, no se ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 72 constitucional, el cual dispone que "[...] todo proyecto de ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas [...]", toda vez que, en el caso del ejemplo, el Presidente actuó por cuenta propia sin intervención de la Cámara de Diputados ni de la de Senadores; 3) la disposición emitida por el Presidente rebasa el margen de regulación que la fracción II del artículo 35 constitucional abre a favor del Congreso de la Unión, pues el artículo 34, fracción I de la Constitución, establece que es requisito para ser ciudadano mexicano tener más de 18 años, razón por la cual lo dispuesto por el Presidente altera uno de los requisitos de ciudadanía al reducir la edad mínima de 18 a 16 años; en resumen, va más allá de las posibilidades de regulación que la Constitución permite en la materia.

También se ha identificado la validez de las normas con la *pertenencia* a un determinado sistema de normas. Con este significado de validez, habría que averiguar cuáles son los requisitos que impone un sistema (es decir, un orden de normas jurídicas) para que una norma pertenezca a ese sistema.

Según se dijo, identificar validez con existencia de las normas es una ruta de definición errática, pues no puede hablarse de la existencia de normas como si se tratara de objetos tangibles que tienen existencia verificable empíricamente, así como tampoco puede decirse que una norma existe como existen los conceptos en un plano abstracto, pues no basta idear un enunciado con pretensiones normativas, ni tampoco formularlo de manera oral o escrita, para afirmar que estamos en presencia de una norma. Hace falta que ese enunciado pase por una serie de requerimientos que vienen dados, la mayoría de las veces, por normas de jerarquía superior, como ocurre con las normas de rango constitucional que establecen los órganos facultados para reformar las leyes, el procedimiento a seguir con ese propósito y el contenido que deben reunir las normas que entrarán al sistema por virtud de las reformas.

Tampoco resulta adecuado identificar validez con *obligatoriedad moral*, pues ello equivaldría a establecer un nexo conceptual entre derecho y moral que, según vimos en la Unidad 1, nos haría encallar en la tesis de la vinculación (opuesta a la tesis de la separación) que han sostenido históricamente las distintas versiones del jusnaturalismo. El mandamiento "no matarás", como norma moral coincide, en principio, con la norma jurídica que establece el delito de homicidio, excepto para fines del ejemplo porque para su aplicación en el delito de homicidio ha de

demostrarse la ausencia de causas de justificación o de exculpación. Entre el mandamiento mencionado y la norma penal aludida existe una relación de coincidencia en cuanto a la conducta que exigen, pero este tipo de relación no es la que interesa a la teoría del derecho cuando se intenta responder a la pregunta por las relaciones de validez de las normas jurídicas. La coincidencia en el contenido o en la conducta que exigen una norma moral y una norma jurídica no implica una relación de validez entre ambas, a menos que se adopte la tesis según la cual, para predicar la validez de una norma jurídica, el contenido de ésta debe ajustarse a alguna exigencia de moralidad, como sostienen las teorías jusnaturalistas del derecho. En síntesis, definir *validez* en términos de obligatoriedad moral sólo es posible si previamente se acepta la tesis de la vinculación entre derecho y moral, un presupuesto inadmisible para algunas teorías del derecho.

Si dijimos que los juicios de validez tienen que ver con relaciones entre normas (y no con relaciones entre normas y hechos, como ocurre con los juicios de eficacia), entonces el concepto de validez es deudor de un sistema de normas jurídicas, pues si los condicionantes de validez de una norma (órgano facultado, procedimiento y contenido) vienen dados por una norma de jerarquía superior, esa jerarquía está determinada y encuentra su razón de ser dentro de un sistema de normas, es decir, dentro de un ordenamiento jurídico. Estudiaremos el concepto de ordenamiento jurídico en la Unidad 3.

Hasta aquí hemos analizado la validez como un predicado de las normas jurídicas. Sin embargo, la expresión *validez* se usa en ciertos contextos jurídicos no como atributo de alguna norma, sino para designar distintos *ámbitos* en que se proyecta la validez de una norma. Para ilustrar los *ámbitos de validez* de las normas, es menester acudir de nuevo a Kelsen.

Las normas jurídicas se refieren en abstracto a ciertas conductas para calificarlas como prohibidas, obligatorias o permitidas. El derecho pierde su abstracción desde el momento en que las conductas abstractas se concretan en un espacio y en un tiempo. Así las cosas, según Kelsen:

> [...] dado que los comportamientos humanos así como sus condiciones y efectos se cumplen en el espacio y en el tiempo, es necesario que tanto el espacio como el tiempo en que se producen los acontecimientos determinados por la norma, se encuentren determinados en el contenido de la norma [...] Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento.[37]

[37] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 26.

A la validez de una norma en el tiempo se le denomina *ámbito de validez temporal* y la validez de una norma en el espacio recibe el nombre de *ámbito de validez espacial*. A continuación intentaremos ilustrar con ejemplos en qué consisten los ámbitos temporal y espacial de validez de las normas jurídicas.[38]

El ámbito espacial de validez de las normas que conforman el Código Penal Federal es el que establece el artículo primero de dicho ordenamiento:

> Artículo 1º. Este Código se aplicará en *toda la República* para los delitos del orden federal.[39]

El ámbito de validez temporal tratándose de leyes, regularmente se establece en los artículos transitorios de las mismas. Siguiendo con el ejemplo del Código Penal:

> PRIMERO. Este Código comenzará a regir el día 17 de septiembre de 1931.

A la par de los ámbitos temporal y espacial de validez, nos dice Kelsen:

> [...] cabe también distinguir un dominio de validez personal y uno objetivo. Puesto que la conducta que es regulada mediante las normas es un comportamiento humano [...] tenemos que toda conducta determinada por una norma debe ser escindida en un elemento personal y uno material: el hombre que debe actuar de determinada manera, y la forma y manera como debe hacerlo.[40]

La fracción I del artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece el ámbito personal de validez de dicha ley:

> Artículo 1º. Esta Ley tiene por objeto reglamentar el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de:
>
> I. Los sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público [...]

Justicia

Dijimos que los juicios de eficacia son *empíricos*, en virtud de que mediante ellos se expresa el grado de ajuste entre las conductas que se despliegan en el plano fáctico y las prescripciones contenidas en normas jurídicas. Los juicios de eficacia,

[38] Véase Leonel Pereznieto, *op. cit.*, pp. 155-157.

[39] Las cursivas son nuestras.

[40] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 26.

entonces, se refieren a la experiencia, ya que ella nos indica en qué medida se cumplen las conductas que vienen ordenadas por normas de derecho.

Más adelante afirmamos que los juicios de validez son *objetivos*, pues en ellos no se hace un contraste entre normas y realidades, sino entre normas como enunciados abstractos, prescindiendo de cualquier vinculación de éstos con los hechos. Ahora nos ocuparemos de los juicios de justicia, para lo cual empezaremos por decir que no se trata de juicios empíricos ni de juicios objetivos, debido a que para predicar la justicia de una norma no se acude a la experiencia para averiguar su grado de cumplimiento ni se le contrasta con otras normas.

Quien califica como justa o injusta una norma se basa en los *valores*, entendiendo por éstos "[...] aquellas cualidades que se predican de ciertas cosas, personas o acciones [...]" [41] y que, además, presentan las características de "polaridad" [42] y "jerarquía". Por ello, los juicios de justicia son *valorativos*. A decir de Norberto Bobbio:

> [...] el problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal.[43]

Decir que una acción o una institución pueden ser objeto de un juicio con arreglo a ciertos valores, presupone que esos valores pueden ser aprehensibles racionalmente. Así, un juicio de justicia lleva implícita la asunción de que sí es posible justificar en forma racional los juicios de valor (como aquellos en que se predica que algo es "bueno" o "justo"), es decir, que los valores sí pueden ser conocibles (cognoscibles) por la razón. De este modo, todas las teorías racionales de la justicia se inscriben en lo que se denomina *cognoscitivismo ético*, según el cual los valores están al alcance del conocimiento humano. La contraparte del cognoscitivismo ético es la vertiente de pensamiento conocida como *escepticismo ético*, el cual postula la tesis de que no existen procedimientos racionales para emitir juicios valorativos.

Si se responde afirmativamente a la pregunta acerca de si es posible conocer los valores que sirven de soporte a los juicios valorativos (como hacen las teorías cognoscitivistas), entonces se impone la necesidad de determinar cuáles son esos valores que permiten caracterizar la justicia o bondad de nuestras acciones e instituciones.

---

[41] Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, p. 83.

[42] Polaridad significa que cada valor tiene tanto una dimensión positiva como una negativa, como bueno y malo, verdadero y falso, etc. Véase *ibid.*, p. 83.

[43] Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 20-21.

En sentido normativo, una norma válida prescribe lo que *debe ser*. En cambio, lo que *debe ser* en términos de justicia es lo que se apega a determinados valores. Quien emite un juicio de justicia no intenta definir qué significa "bueno" o malo" ni "justo" o "injusto", sino que su propósito es determinar qué acciones o instituciones son buenas o justas, teniendo como parámetro algún valor. Los valores que pueden servir para ser cotejados con acciones o instituciones con el fin de obtener un juicio de justicia, son tantos como los que podemos conocer a partir de la revisión más superficial de la historia de la filosofía moral y política.

De acuerdo con Carlos Santiago Nino, las teorías de justicia, es decir, las que postulan valores para caracterizar la justicia de nuestras acciones e instituciones, pueden clasificarse en dos grupos principales: el de las teorías *teleológicas*, por una parte, y el de las teorías *deontológicas*, por otra. Al respecto afirma Nino:

> Las primeras son las que hacen prevalecer lo bueno sobre lo moralmente correcto; o sea juzgan a las acciones no por ciertas cualidades intrínsecas sino por cómo ellas y sus consecuencias contribuyen a alcanzar cierta meta valiosa o a realizar o maximizar cierto estado de cosas intrínsecamente bueno. Las teorías deontológicas (también llamadas "formalistas") dan, en cambio, prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, juzgando principalmente a las acciones por sus cualidades intrínsecas que las hacen objeto de derechos y deberes y sólo tomando en cuenta su contribución a satisfacer ciertos objetivos valiosos dentro del marco de tales derechos y deberes.[44]

En otras palabras, mientras las teorías teleológicas juzgan la justicia de las acciones en razón de la contribución que prestan a la consecución de ciertos fines, en las teorías deontológicas la justicia de una acción no depende de los fines a los que conduce, sino tan sólo de que se ajusten a los valores que las distintas teorías deontológicas postulan. Así, de acuerdo con una valoración deontológica, una conducta que se aparte de ciertos valores, por más que conduzca a fines valiosos, no puede estimarse justa. En otra oportunidad, a propósito de la aplicación de la dicotomía planteada por Max Weber entre "ética de la convicción" y "ética de la responsabilidad" a una teoría de la sanción, Ulises Schmill señaló algunas características que bien podrían servirnos aquí para diferenciar las dos teorías aludidas: mientras para las teorías teleológicas "[...] lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores, dadas de hecho en cierto momento o las que se espera que se produzcan en el futuro[...]",[45] para las teorías deontológicas "[...] lo debido de

[44] Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 383.

[45] Véase Rodolfo Vázquez, "Entre Cleón y Diódoto. Dos modelos de sanción y una alternativa", en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, Porrúa-ITAM, México, 2005, pp. 203 y 208.

una conducta nunca se encuentra determinado por las situaciones externas sino por las condiciones internas del sujeto (que emite un juicio de justicia) [...]".[46]

La distinción entre teorías teleológicas y deontológicas nos habla de cómo las diferentes teorías de justicia afrontan el problema de la relación entre medios y fines, pero poco nos dice acerca de cuáles son los valores que conforman y dan sustancia a las teorías que se ubican dentro de una y otra clasificación, pero ocuparnos de describir o siquiera de mencionar los distintos valores que informan las teorías de justicia es una tarea que supera las pretensiones de este libro.

[46] *Ibid.*, p. 208.

Resumen

Al inicio de la unidad se intenta ubicar el lugar que ocupa el derecho dentro del universo del conocimiento, a partir de la distinción entre naturaleza y sociedad, que puede expresarse como la diferencia entre el mundo del *ser* y el del *deber ser*.

Más adelante se ofrece al lector una aproximación al estudio del fenómeno normativo a través del análisis del lenguaje, en el entendido de que las normas comunican pautas de conducta mediante un lenguaje. Se analizan los distintos usos del lenguaje y se muestra cuál de ellos es el que utiliza el derecho por excelencia.

Después se abordan los distintos tipos de normas y se identifica, dentro del espectro de normas existentes, a las normas jurídicas. Asimismo, se analizan distintas formas de motivación de la conducta y se precisa cuál es la técnica que regularmente utiliza el derecho.

Una vez que se ubica a las normas jurídicas como una especie del catálogo general de normas, se estudian los diferentes tipos de normas jurídicas. Más adelante se comparan las reglas de derecho con otras pautas distintas de esas reglas pero que también forman parte del razonamiento jurídico: los principios. Se establecen varios criterios de distinción entre reglas y principios, con el fin de mostrar cómo el razonamiento de los operadores jurídicos es distinto dependiendo de si el material argumentativo del que se valen son normas positivas o principios de derecho.

Posteriormente se analizan distintos tipos de juicios que es común formular en contextos jurídicos, para mostrar que una gran cantidad de desacuerdos entre los juristas es sólo aparente. Así, se apuntan las diferentes implicaciones que trae aparejado formular un juicio de eficacia, un juicio de validez y un juicio de justicia, en atención a que se trata de juicios que se emiten desde perspectivas distintas.

Cuestionario

1. Explique las diferencias entre *ser* y *deber ser*.
2. De las siguientes oraciones, diga cuál hace un uso prescriptivo del lenguaje:

   a) ¿Quién cerró la puerta?
   b) Cierra la puerta.
   c) La puerta está abierta.

3. Según Von Wright, ¿cuántos tipos de normas hay y cuáles son?
4. El artículo 938 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas". Señale de qué tipo de norma se trata y por qué.
5. Explique en qué consiste la motivación indirecta.
6. ¿Qué se entiende por reglas secundarias? ¿Qué tipos de reglas secundarias menciona Hart?
7. ¿Cuáles son los inconvenientes de no contar con reglas secundarias?
8. Explique el concepto de eficacia causal.
9. La afirmación según la cual es bueno otorgar pensiones a los adultos mayores, ¿es un juicio de validez, de eficacia o de justicia?
10. ¿Cuáles son las teorías éticas que valoran las conductas por sus consecuencias?
11. Explique las diferencias entre reglas y principios en cuanto al criterio de aplicación.

Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998.
  ———, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1992.
- Bulygin, Eugenio y Carlos Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999.
- Cornejo Certucha, Francisco, Voz "Abrogación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002.
- Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989.
- Dworkin, Ronald, *Filosofía del derecho* (comp.), Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (coords.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, núm. 11, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Editorial Trotta, Madrid, 2a. ed., 2000.
- González Lagier, Daniel. *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, Fontamara, México, 2001.
- Guibourg, Ricardo A., *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, capítulo III, "Las normas", La Ley, Buenos Aires, 2003.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986.
- Mendonca, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Cuadernos y Debates, núm. 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
  ———, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, 1998.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 9a. ed., 1999.
- Pereznieto, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005.
- Schmill, Ulises, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997.
- Vázquez, Rodolfo, "Entre Cleón y Diódoto. Dos modelos de sanción y una alternativa", en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, Porrúa-ITAM, México, 2005.
- Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Von Wright, G.H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.

3. TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Analice al derecho como un ordenamiento normativo.
- Comprenda que las normas de un ordenamiento jurídico están relacionadas entre sí y guardan cierta estructura.
- Utilice las características de normatividad, coactividad e institucionalización como criterios para identificar los ordenamientos jurídicos.
- Entienda los criterios de pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico, así como el problema de la unidad y de la validez de la norma superior del ordenamiento.
- Distinga las características de coherencia, consistencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos en relación con la interpretación del derecho y la argumentación jurídica.

Sobre la noción de ordenamiento jurídico

Uno de los sentidos en los que se utiliza el concepto de derecho es cuando se hace referencia al conjunto de normas jurídicas de un Estado, por ejemplo, derecho mexicano, derecho argentino, derecho español. Esto no significa que no pueda haber conjuntos de normas en relación con comunidades más amplias o más restringidas que un Estado, por ejemplo, el derecho internacional o el derecho municipal. Cualquiera que sea el caso, el derecho no sólo es un conjunto de normas aisladas, sino que dichas normas constituyen un ordenamiento o un sistema[1] con una cierta estructura. Esta estructura consiste en que las normas de un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes sino que, por el contrario, hay relaciones entre las unas con las otras.[2]

La teoría del ordenamiento establece que cada conjunto de normas jurídicas, por ejemplo, el derecho *D* de la comunidad *C*, depende de las relaciones que existen entre las normas que lo componen. De esta manera se traduce la idea de que el derecho no es sólo una serie de elementos inconexos, sino que el derecho es un sistema o, por lo menos, que puede ser reconstruido o representado como un sistema al que se le denomina sistema jurídico, orden u ordenamiento jurídico.[3] Así, un ordenamiento ya no es un conjunto de normas cualquiera, sino más bien un conjunto de normas estructurado.

La ciencia jurídica presupone que es posible reconstruir el material normativo en términos de la noción de sistema, pero esto es sólo un presupuesto teórico, ya que sería imposible cumplirlo en la práctica: dada la complejidad de las sociedades modernas resulta imposible conocer cuántas y cuáles son las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico. Actualmente no basta con la existencia de un único órgano que pueda satisfacer todas las necesidades normativas de una socie-

[1] En la presente unidad se utilizarán indistintamente los términos "ordenamiento jurídico" y "sistema jurídico", pero es importante señalar que algunos autores distinguen entre orden u ordenamiento jurídico y sistema jurídico. La expresión "ordenamiento jurídico" se puede usar como sinónimo de derecho en sentido objetivo, que normalmente se refiere al derecho de un Estado y, en este sentido, se dice que el derecho es un ordenamiento porque "ordena": da órdenes y pone orden; otras veces, al decir que el derecho es un ordenamiento, se quiere decir que el derecho es un conjunto de normas ordenadas: un sistema coherente y consistente. El ordenamiento jurídico y el sistema jurídico se utilizan indistintamente en este segundo sentido.

[2] Riccardo Guastini, "Proyecto para la voz 'Ordenamiento jurídico' de un diccionario", en *Doxa*, núm. 27, Alicante, 2004, p. 259.

[3] Ricardo Caracciolo, "El sistema jurídico", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, p. 162.

dad, de modo que las sociedades desarrolladas cuentan con una gran diversidad de órganos facultados para producir normas de distintos tipos.[4] No obstante, todas estas normas pueden esquematizarse teóricamente como un sistema, ya que esto es independiente del contenido contingente de tales conjuntos o sistemas.

Partir de una concepción sistémica para el estudio de las normas que constituyen los ordenamientos jurídicos sirve para ofrecer una mejor comprensión de las relaciones entre las normas que los componen y de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos entre sí. Entender al derecho como sistema parece cumplir una importante función: suministrar criterios de identificación de los sistemas jurídicos, así como criterios de pertenencia de las normas que componen un ordenamiento jurídico; por consiguiente, también de las normas que son admisibles para la resolución de problemas normativos.[5]

Asimismo, de la noción de derecho como sistema se desprenden las características de coherencia, consistencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

Evidentemente, todo ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas determinado, sino un conjunto de normas mutable, pero, adhiriéndonos a lo que afirman Alchourrón y Bulygin, "[...] un conjunto mutable no es propiamente 'un' conjunto, sino más bien una sucesión de conjuntos distintos".[6] Siendo así, es posible analizar los ordenamientos jurídicos desde dos perspectivas: el punto de vista sincrónico o estático, que consiste en observar el ordenamiento en un instante determinado, como una fotografía, y el punto de vista diacrónico o dinámico, que consiste en observar el ordenamiento en su evolución histórica, como una película.

(i) Bajo el perfil sincrónico, un ordenamiento se presenta como un conjunto estático de normas. Pero tal conjunto de normas está fatalmente destinado a cambiar en el tiempo: cambia cada vez

[4] Según la complejidad de los ordenamientos jurídicos, se pueden clasificar en: simples, relativamente complejos y altamente complejos. Los ordenamientos "simples" se caracterizan por la existencia de una sola autoridad normativa y, por tanto, una única fuente normativa. En los ordenamientos "relativamente complejos" existe una pluralidad de autoridades normativas jerárquicamente ordenadas (como el legislativo y el ejecutivo), cada una de las cuales tiene el poder de producir fuentes de distinto tipo (por ejemplo, leyes y reglamentos) igualmente jerarquizadas. Por último, los ordenamientos "altamente complejos" se caracterizan no sólo por una pluralidad de autoridades normativas jerarquizadas, sino también por una pluralidad de autoridades normativas del mismo nivel (por ejemplo, una pluralidad de órganos legislativos), cada una de las cuales tiene la competencia exclusiva para producir normas sobre materias distintas. Véase Riccardo Guastini, *op. cit.*, pp. 266 y ss.

[5] Ricardo Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 16.

[6] Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 393.

que: *a)* se "expulsa" del ordenamiento una norma preexistente (mediante derogación o anulación); *b)* se "introduce" una norma nueva; *c)* se "sustituye" una norma existente. De forma que:

(ii) Bajo el perfil diacrónico, un ordenamiento se presenta no como un conjunto de normas, sino más bien como una consecuencia dinámica de conjuntos (sincrónicos) de normas.

De esta forma, en el uso común, la locución "ordenamiento jurídico" es ambigua: a veces designa un conjunto sincrónico de normas; en otras ocasiones, designa una secuencia diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos.[7]

En el presente apartado se analizarán los criterios de identificación de los ordenamientos jurídicos, los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico y el problema de la unidad del sistema, así como las características de coherencia, consistencia y plenitud de los sistemas jurídicos.[8]

Identificación del ordenamiento jurídico

Los sistemas jurídicos se caracterizan por ser sistemas normativos, coactivos e institucionalizados. Dichas características, en conjunto, funcionan como criterios de identificación de los ordenamientos jurídicos. De esta manera la normatividad, coactividad e institucionalización son rasgos de los sistemas jurídicos que sirven, por una parte, para precisar el concepto de sistema jurídico y, por otra, para distinguir los sistemas jurídicos de otros sistemas que podrían tener algún parecido.

Ordenamientos jurídicos como ordenamientos normativos

Partiendo de la concepción de Tarski sobre los sistemas deductivos como conjuntos de enunciados que comprenden todas sus consecuencias lógicas, Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como sistemas deductivos de enunciados, entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma. Es decir, un sistema normativo es un sistema deductivo que contiene al menos un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa, esto es, con la permisión, prohibición u obligatoriedad de cierta acción. Esto significa que los sis-

[7] Riccardo Guastini, *op. cit.*, pp. 267 y ss.

[8] Véase Francisco Javier Ezquiaga, "Sistema jurídico y fuentes del derecho", en Ma. Ángeles Barrére Unzueta *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 127 y ss.

temas normativos no se componen sólo de normas, sino que es condición suficiente la existencia de una norma para que podamos considerar que nos encontramos frente a un sistema normativo.[9] En palabras de Caracciolo, "[…] cualquier conjunto constituye un sistema si incluye sus consecuencias lógicas, y cualquier conjunto que tenga algunas consecuencias lógicas normativas es un sistema normativo […]".[10]

Podemos afirmar que los elementos que constituyen los sistemas jurídicos son generalmente normas que permiten, prohíben u obligan cierta conducta, aunque sabemos que también se incluyen enunciados que describen hechos o conductas, por ejemplo, el art. 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que: "[…] La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas […]"; enunciados que definen conceptos como el que encontramos en el mismo artículo: "[…] Son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo a sus usos y costumbres"; o enunciados que formulan intenciones como el que también encontramos en mismo artículo: "[…] el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional […]".

La caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos constituye la expresión formal de que un sistema jurídico comprende no sólo las normas explícitamente formuladas por el legislador, sino también todas las que sean consecuencias lógicas de aquellas. Los juristas, por decirlo de otro modo, integran las normas formuladas con otras, derivadas en función de sus relaciones lógicas con las primeras.[11]

Por otra parte, es claro que los sistemas jurídicos no son los únicos sistemas normativos que existen en la sociedad, sino que coexisten con otros sistemas normativos como los religiosos, morales, sociales, etc. Por tal motivo, es necesario establecer criterios que permitan identificar a los sistemas jurídicos de los demás sistemas normativos. Estos criterios son que los sistemas jurídicos, además de ser normativos, son coactivos e institucionalizados. De manera tal que, si bien la característica de normatividad está presente en todos los sistemas mencionados

[9] Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 92 y ss.

[10] Ricardo Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, *op. cit.*, p. 15.

[11] Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 42.

antes (religiosos, morales, sociales, etc.), la coactividad sólo está presente en algunos de ellos, mientras que la institucionalización es una característica distintiva de los sistemas jurídicos. A continuación se analizará en qué consisten las características de coactividad e institucionalización.

Ordenamientos jurídicos como ordenamientos coactivos

El carácter coactivo de los ordenamientos jurídicos significa que las prohibiciones, permisos y obligaciones que establecen sus normas van acompañadas de una sanción para los casos de incumplimiento. Así como basta con que haya una norma dentro del sistema para considerar que es normativo, en este caso tampoco es necesario que todas las normas que componen el sistema prevean una sanción, sino que es suficiente que una de ellas lo haga para considerar que nos encontramos frente a un sistema coactivo; un ejemplo es el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal que dice: "Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión".

Autores como Joseph Raz ponen en duda la afirmación de que la coactividad es una condición necesaria de los sistemas jurídicos. Raz sostiene que, si bien todos los sistemas jurídicos que conocemos incluyen normas que prevén sanciones para los casos de incumplimiento, no es lógicamente necesario para afirmar que un sistema es jurídico. Joseph Raz propone imaginar una sociedad compuesta por seres "angelicales" que requieren reglas y tribunales para saber lo que deben hacer, pero no es necesario que exista la coacción para hacer lo que deben, pues lo harán de forma espontánea. Según este autor, el conjunto de reglas de esa sociedad sería un sistema jurídico aunque ninguna regulara el uso de la fuerza mediante sanciones.

A decir de Nino, este argumento de Raz no resulta convincente. Mucha gente dudaría en llamar "derecho" a un sistema que no estipulara medidas coactivas, ya que en el lenguaje ordinario se asocia el concepto de derecho con la coactividad.[12] Por otra parte, continúa Nino, aun cuando alguna persona llamara "derecho" al sistema imaginado por Raz, nada probaría su necesidad, pues como se indicó en la Unidad 1, la palabra "derecho" es de una acentuada vaguedad en el lenguaje ordinario, de tal modo que ninguna propiedad es aisladamente necesaria.[13] Lo más que podemos decir

[12] Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 9a. ed., 1999, p. 104.
[13] *Idem.*

es que hay propiedades relevantes y la coactividad es una de ellas. En este caso, resulta adecuado citar a Nino, cuando afirma: "No hay duda de que una caracterización plausible del concepto de derecho debe reflejar la circunstancia de que sus normas regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de los actos de coacción".[14]

Ordenamientos jurídicos como ordenamientos institucionalizados

Si las características de normatividad y coactividad no son exclusivas de los ordenamientos jurídicos, resulta necesario aludir a un rasgo propio del derecho para diferenciarlo de los demás ordenamientos normativos coactivos. Este rasgo es el de la institucionalización. El derecho es un ordenamiento institucionalizado porque, además de las reglas dirigidas a regular el comportamiento de los individuos, contiene reglas que señalan qué órganos están autorizados por el mismo ordenamiento para producir normas válidas, a través de qué procedimientos, cómo se debe llevar a cabo la modificación de las normas y qué procedimiento se debe seguir para su aplicación.

Como se mencionó en la Unidad 2, para explicar el rasgo de la institucionalización, Herbert Hart, en su libro *El concepto de derecho*, imagina una sociedad primitiva sin una legislatura, tribunales o funcionarios.[15] En esta sociedad imaginaria sólo existen reglas primarias que establecen la obligatoriedad de ciertas conductas. Entonces diríamos que esa hipotética sociedad no cuenta con un sistema jurídico, aun cuando tuviera reglas que regularan el uso de la fuerza. Las normas de esa sociedad serían pautas morales, tradiciones o usos sociales, pero a medida en que esa sociedad se vaya haciendo más compleja, se irá evidenciando la necesidad de recurrir al tipo de reglas distintivas de un sistema jurídico. La falta de certeza sobre qué normas rigen en la sociedad da origen a una *regla de reconocimiento* que determina las condiciones para que una norma sea válida y perteneciente al sistema. El carácter estático de las normas de origen consuetudinario llevará a estipular *reglas de cambio* que dan competencia a ciertos individuos para que, mediante determinados procedimientos, puedan crear nuevas reglas y derogar otras. Por último, para resolver los problemas que puedan presentarse respecto de la aplicación

[14] *Ibid.*, p. 105.

[15] Herbert Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, capítulo V.

de las normas primarias de obligación se recurrirá a *reglas de adjudicación* que facultan a ciertos órganos para tomar decisiones sobre la aplicabilidad de las normas en casos particulares. Por lo anterior, podemos afirmar que estas reglas secundarias son las que le dan al derecho una característica definitoria distintiva de los demás sistemas normativos.

Esta caracterización de los ordenamientos jurídicos mediante el rasgo de institucionalización podría sugerir una exclusión del ámbito de la palabra "derecho" a un ordenamiento que en el lenguaje ordinario suele calificarse como jurídico: el derecho internacional. En éste no existe una legislatura internacional, no existen tribunales de jurisdicción vinculante ni existen sanciones centralmente organizadas. La falta de estas instituciones podría hacernos pensar que el derecho internacional no es derecho, pero esto sería un grave error. Lo que sucede, según señala Herbert Hart, es que el derecho internacional "[...] se ha desarrollado en una forma diferente al derecho nacional".[16] En el derecho internacional no se requiere regular las sanciones de la misma manera que en el derecho nacional porque las relaciones entre los Estados son distintas a las relaciones entre los individuos. Si en una sociedad moderna no hubiera un sistema organizado para prevenir y castigar los delitos, habría que esperar frecuentes actos de violencia; en cambio, entre los Estados el uso de la violencia implica demasiados riesgos, por lo que es posible que transcurran tiempos de paz sin que existan policías ni tribunales internacionales compulsivos. Por lo tanto, continúa argumentando Hart, no es adecuado concluir que dado que el derecho nacional o interno —ubicado en un determinado contexto— necesita de ciertas instituciones, el derecho internacional, que no las tiene —y que está ubicado en un contexto muy diferente— no es obligatorio ni merece ser llamado "derecho".[17]

Unidad del ordenamiento jurídico

Una vez establecidos los criterios que permiten identificar los ordenamientos jurídicos y diferenciarlos de otros ordenamientos, es necesario establecer los criterios que permitan identificar las normas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico. Estos criterios se encuentran en las reglas de reconocimiento, adjudicación y cambio, ya que cuando una norma satisface los requisitos establecidos en tales

[16] *Ibid.*, p. 271.
[17] *Idem.*

reglas, se considera que es una norma válida y perteneciente al sistema. Todas las normas que satisfagan dichos requisitos de validez serán parte de un mismo sistema y se considera que se constituye una unidad.

Como se indicó en la Unidad 2, el concepto de validez está teñido de ambigüedad, por tal motivo, cabe señalar que cuando se dice que las normas requieren satisfacer el criterio de validez para pertenecer al sistema, validez equivale a la pertenencia a un sistema y menciona una cierta propiedad de las normas; en sentido estricto, se trata de una relación entre una norma y un sistema definido.[18] La palabra "validez" se utiliza aquí con un significado meramente descriptivo que debe distinguirse del significado normativo de "validez", que alude a la fuerza obligatoria de una norma. Algunos autores sostienen que una condición necesaria para que la norma sea válida, en el sentido de que tenga fuerza obligatoria, es que pertenezca a un cierto sistema.[19] En el presente apartado se tomará el significado descriptivo de validez como requisito de pertenencia de las normas al sistema jurídico.

La unidad del ordenamiento jurídico implica que todas las normas que lo componen están conectadas entre sí a través de la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento cumple entonces una doble función al ser, por una parte, el criterio de identificación del sistema y, por la otra, al establecer los requisitos de pertenencia de las normas al sistema jurídico.

Para la corriente iusnaturalista cada norma es una deducción lógica del contenido de otra norma, que a su vez es deducción lógica del contenido de otra norma, hasta llegar al final de la cadena donde se encuentra un postulado moral autoevidente, del cual se derivan todas las normas del sistema. Por tal motivo, para dicha corriente la unidad del sistema está garantizada, ya que todas las normas, para ser consideradas válidas y, por lo tanto, pertenecientes al sistema, deben ser deducciones lógicas del derecho natural. Por ejemplo, si consideramos como un postulado moral autoevidente "no hacerle daño a terceros" se podrían derivar normas como "prohibido cometer homicidio", "prohibido cometer fraude", "prohibido cometer abusos sexuales", etcétera.

En cambio, para la corriente iuspositivista la conexión entre las normas jurídicas no se realiza por su contenido, sino por su proceso formal de producción. Expresado de otro modo, la unidad del sistema jurídico se basa en la validez de las normas que lo componen y, por lo tanto, en su pertenencia al sistema porque siguieron un proceso de producción establecido en una norma superior. En Méxi-

[18] Ernesto Garzón Valdés, "Algunos modelos de validez normativa", citado por Ricardo Caracciolo en *El sistema jurídico. Problemas actuales*, *op. cit.*, p. 16.

[19] Carlos S. Nino, *op. cit.*, p. 113.

co, los artículos 71 y 72 constitucionales señalan el proceso de creación de las leyes que a grandes rasgos consiste en: la presentación de la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción, la publicación y la iniciación de la vigencia. Para determinar la validez de una norma y por lo tanto, su pertenencia al sistema, es necesario someterla a dos controles: el formal y el material. El control de validez formal sirve para determinar si el órgano creador de la norma está facultado para ello por una norma superior y si se respetó el procedimiento establecido en una norma superior para la creación de la norma en cuestión. Por su parte, el control de validez material sirve para determinar si el órgano creador de la norma está autorizado por una norma superior para regular esa materia, y si el contenido de la norma creada es compatible con el de las normas superiores a ella.

Normas dependientes y normas independientes

Una posible manera de clasificar las normas que componen un ordenamiento jurídico es en normas independientes y normas dependientes. Las normas independientes, también llamadas originarias, son las normas cuya pertenencia al sistema no depende de la existencia de otras normas, por ejemplo, las normas constitucionales. Esto se debe a que las normas constitucionales son fruto del ejercicio de un poder *extra ordinem*, no conferido ni regulado por una norma preexistente. Por su parte, las normas dependientes o derivadas son todas las restantes, es decir, todas aquellas que cumplen con los criterios de validez formal y material establecidos en otras normas.

La validez de la norma suprema

La validez de las normas del sistema jurídico depende de la validez de una norma superior. La Constitución es la norma que, en última instancia, otorga validez a las demás normas del sistema y, por tanto, la validez de la propia Constitución es necesaria para que las demás normas sean válidas. Sin embargo, no es posible determinar la validez de la Constitución haciendo referencia a una norma superior ya que la Constitución ocupa el lugar más alto en la pirámide normativa (no existe otra norma por encima de ella, de la que se pueda obtener su validez). Los teóricos del derecho han ofrecido distintas respuestas a esta cuestión, de las cuales describiremos brevemente la propuesta por Hans Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho* y la propuesta por Herbert Hart en su obra *El concepto de derecho*.

La propuesta de Hans Kelsen

Para Kelsen las constituciones son el resultado de un hecho empírico: un golpe de Estado, una revolución, una guerra, etc. Para explicar de dónde proviene la validez de esas constituciones, Kelsen formula la *norma fundante básica* que consiste en una norma no puesta sino presupuesta, cuya función es otorgar validez a la Constitución.[20] Podría decirse que la norma fundante establece que "uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe"[21] aunque al ser una norma pensada, no tiene un contenido definido, sino que se utiliza para explicar la validez objetiva de los hechos empíricos que dieron como resultado una Constitución. Por tanto, la norma fundante básica, al servir como presupuesto de validez de la Constitución, indirectamente también otorga validez a las demás normas del ordenamiento jurídico, ya que son normas dependientes de la Constitución. La norma fundante también cumple la función de ser el criterio de identificación de cada ordenamiento jurídico, puesto que cada ordenamiento tiene su propia norma fundante básica que otorga validez a su propia Constitución.

La propuesta de Kelsen sobre la norma fundante ha sido ampliamente discutida. Una crítica que se le ha hecho es que, siguiendo la concepción kelseniana, sólo tendría sentido suponer la existencia de la norma fundante en los sistemas jurídicos que cuenten con un mínimo de eficacia, es decir, en aquellos en los que sus normas son generalmente obedecidas y aplicadas. No obstante, al cumplir con dicha condición se pierde la utilidad de la norma fundante, porque sus principales funciones, como otorgar validez a la Constitución e indirectamente a las demás normas, así como ser el criterio de identificación del sistema jurídico, son cuestiones previas a la eficacia de dicho sistema.

Otro punto a discutir es la posibilidad de cuestionar la validez de la misma norma fundante, ya que Kelsen señala que simplemente debe presuponerse y aceptarse. Sobre este punto Norberto Bobbio afirma que si la norma fundamental tuviera un fundamento dejaría de ser fundamental, por lo cual la norma fundamental está fuera del sistema y su fundamentación no es un problema jurídico, sino un problema relacionado con cuestiones de poder. Otra forma de resolver el problema de la validez de la norma fundamental es, como señala Pérez Luño, mediante la afirmación de que la norma fundamental no es válida, sino que se

[20] Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho,* trad. Roberto Vernengo, 9a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 201 y ss.

[21] *Ibid.*, p. 210.

presupone válida. Es decir, que la norma fundante no es válida ni inválida, sino que establece los criterios para determinar la validez de la Constitución.

No obstante, Guastini señala que en la tesis kelseniana sobre la norma fundamental no queda claro por qué es necesario admitir que la norma fundamental sea una norma no puesta, sino presupuesta. ¿Por qué no admitir que se trata de una norma no presupuesta, sino puesta por un poder de hecho *extra ordinem*? En otras palabras, ¿por qué no admitir que la norma suprema es la misma que la (primera) constitución? ¿Por qué buscar un fundamento de validez a la constitución en una norma ulterior ni válida ni inválida, en lugar de admitir, de manera más sencilla, que la (primera) constitución misma no es válida ni inválida? "Desde este punto de vista, la estipulación de la norma —fundamental— se revela del todo superflua: una inútil duplicación de la constitución."[22]

La propuesta de Herbert Hart

En un intento por solucionar las deficiencias que presenta la norma fundante propuesta por Kelsen, Herbert Hart propone la *regla de reconocimiento*, por medio de la cual es posible determinar la validez de las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también funciona como criterio de identificación de los ordenamientos jurídicos.[23] Siendo la regla de reconocimiento la que establece el criterio de validez de las demás normas, carece de sentido preguntarse si la regla de reconocimiento es válida o no, es decir, no tiene sentido plantearse si el criterio de pertenencia al sistema forma parte del mismo sistema.

A diferencia de la norma fundante, no es necesario presuponer la regla de reconocimiento, sino que ésta puede comprobarse empíricamente. Si bien la regla de reconocimiento rara vez se encuentra formulada expresamente, "[...] su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros [...]".[24] La existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho. Cuando alguien afirma la validez de una determinada regla de derecho utiliza una regla de reconocimiento para identificar el derecho, y esa regla no sólo es aceptada por él, sino que es la regla efectivamente aceptada y utilizada en el funcionamiento general del sistema.[25]

[22] Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 261.
[23] Véase Herbert Hart, *op. cit.*, pp. 125 y ss.
[24] *Ibid.*, p. 127.
[25] *Ibid.*, p. 135.

La propuesta de la regla de reconocimiento que plantea Hart también ha sido criticada. Se ha dicho, por ejemplo, que podría presentarse un problema de circularidad entre la regla de reconocimiento y las reglas de adjudicación, es decir, las reglas que permiten identificar a los jueces, ya que para determinar la validez de las reglas de adjudicación es preciso hacer referencia a la regla de reconocimiento, la cual, a su vez, se constata a través de la práctica de los jueces.

La identidad de la norma suprema

Como se puede observar, la identidad de los ordenamientos "reposa en última instancia en la identidad de su norma suprema, esto es, en la identidad de su (primera) constitución".[26] De manera tal que no importa si cambian las normas dependientes que componen un ordenamiento, éste conservará su identidad mientras no cambien sus normas independientes. Así pues, la identidad de un ordenamiento no cambia mientras no cambie su Constitución. Al respecto, Riccardo Guastini plantea "el problema de distinguir el cambio constitucional (la instauración de una "nueva" constitución) de la mera revisión constitucional (la enmienda de la constitución existente)".[27] Para lograr dicha distinción existen dos concepciones: la formalista y la sustancialista.

Concepción formalista

Según la concepción formalista, una Constitución —como un conjunto de normas— pierde su identidad cada vez que se introduce un nuevo elemento o que un elemento preexistente es eliminado o sustituido. Para esta corriente:

> [...] toda revisión constitucional produce una "nueva" constitución. Lo que importa entonces es distinguir entre revisiones "legales" (realizadas según las formas previstas por la propia constitución) y revisiones "ilegales" (o *extra ordinem*).[28]

Mediante las revisiones legales no se instaura un nuevo ordenamiento constitucional, pues se siguieron las formas previstas por la propia constitución. Por ejemplo,

[26] Riccardo Guastini. *op. cit.*, p. 261.
[27] *Ibid.*, p. 262.
[28] *Ibid.*, p. 263.

el art. 135 de la Constitución mexicana prevé el procedimiento para su propia reforma. Por el contrario, un nuevo ordenamiento constitucional quedaría instaurado si se realizara una revisión ilegal que puede ser, por ejemplo, a través de una revolución, un golpe de Estado o una guerra civil.

Concepción sustancialista

Según la concepción sustancialista, mediante las revisiones constitucionales es posible modificar el texto constitucional sin afectar la identidad de la Constitución, siempre que no se afecten los principios constitucionales supremos. Alterar dichos principios no sería una mera revisión de la Constitución, sino una genuina instauración de un nuevo ordenamiento constitucional con una nueva identidad.

La jerarquía en los ordenamientos jurídicos

En cuanto a la jerarquía dentro de los ordenamientos jurídicos, es posible afirmar que todos éstos tienen tal estructura. Entonces surge una duda: ¿de qué tipo de jerarquía se habla exactamente? Según Kelsen, sólo existe un tipo de jerarquía que se refiere a que las normas cuyo contenido es el procedimiento de producción de otras normas son jerárquicamente superiores a las normas producidas. En este sentido, las normas constitucionales son jerárquicamente superiores a las leyes federales porque en la Constitución se prevé el procedimiento de producción de las leyes federales.

No obstante, en la práctica la cuestión de la jerarquía de las normas no es tan sencilla. Aunque es una idea común que las relaciones jerárquicas preexisten a la interpretación, la realidad es que algunas relaciones jerárquicas no son ya "encontradas", sino "creadas" por los intérpretes.[29] Esto se debe principalmente a que en la práctica no es tan clara la estructura jerárquica de los ordenamientos debido a que la mayoría de los ordenamientos jurídicos son muy complejos.[30]

[29] *Ibid.*, p. 265.

[30] Véase nota 4 de esta unidad.

Coherencia y consistencia del ordenamiento jurídico

Otro tema fundamental de la teoría de los ordenamientos jurídicos es el estudio de las características de coherencia y consistencia de dichos ordenamientos. Ambas características son similares en cuanto a que se refieren a las relaciones entre los contenidos de las normas, sin embargo, son diferentes por la perspectiva que asumen. La coherencia tiene que ver con las relaciones entre el contenido de las normas desde un punto de vista axiológico, mientras que la consistencia se refiere a las relaciones entre el contenido de las normas desde un punto de vista lógico.

Coherencia

La coherencia de los ordenamientos jurídicos consiste en que todas las normas pertenecientes a un mismo ordenamiento "[...] puedan reconducirse a un único principio o a una única constelación de principios consistentes entre sí".[31] Al respecto, es preciso tener presente lo que observa Guastini:

> [...] la tesis de que todas las normas existentes comparten un fundamento axiológico común es obviamente insostenible. Todo ordenamiento es el resultado de una gran variedad de doctrinas políticas y jurídicas distintas y en conflicto entre sí.[32]

Consistencia

La consistencia se refiere a que el contenido de las normas pertenecientes a un sistema sea compatible entre ellas y, en caso de no serlo, existan mecanismos para reparar las incompatibilidades.[33] Sobre la característica de la consistencia es posible apreciar dos posiciones teóricas. La primera sostiene que la consistencia es una característica intrínseca y objetiva del sistema jurídico. En cambio, la segunda posición defiende la postura de que sólo puede hablarse de la consistencia de un

[31] *Ibid.*, p. 270.

[32] *Idem.*

[33] Riccardo Guastini señala al respecto que la existencia de criterios de solución de antinomias no implica que el ordenamiento sea consistente, sino que puede hacerse consistente.

sistema jurídico como un resultado de la interpretación realizada por los órganos aplicadores de las normas.

Se puede pensar que el sistema jurídico es consistente o que se aplica como si lo fuera, pero en cualquiera de los casos se acepta que el derecho no puede estar compuesto por normas incompatibles, aunque de hecho en todo ordenamiento jurídico existen incompatibilidades entre normas. Por tal motivo, si se detecta que dos normas atribuyen al mismo supuesto de hecho dos soluciones incompatibles, es necesario que existan mecanismos restauradores de la consistencia del sistema. Todos los ordenamientos jurídicos incluyen criterios para solucionar las incompatibilidades normativas, aunque estos criterios no se aplican mecánicamente, sino que dependen de la interpretación. Un ejemplo de cómo los propios ordenamientos prevén los mecanismos para solucionar conflictos entre normas puede ser el artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. Dicho artículo prevé la solución para el caso de que una misma materia aparezca regulada por distintas disposiciones: la norma especial prevalecerá sobre la general, la de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance, la principal excluirá a la subsidiaria. Más adelante se analizarán los criterios para la solución de contradicciones entre normas.

Lo mencionado permite observar que la consistencia es una característica de la relación entre las normas individuales que componen un sistema jurídico, más que una característica del sistema jurídico en su conjunto. De cualquier manera, si se tienen normas individuales compatibles entre sí, además de los mecanismos para resolver contradicciones, se dice que se tiene un sistema jurídico consistente.

Antinomias

Los casos de incompatibilidad normativa son llamados antinomias. Para que pueda hablarse de la existencia de una antinomia, las normas incompatibles deben pertenecer al mismo sistema jurídico y tener el mismo ámbito de aplicación temporal, espacial, personal y material.

Dos normas son incompatibles entre sí cuando:

a) Una de ellas obliga a realizar una conducta y otra la prohíbe.
b) Una de ellas obliga a realizar una conducta y la otra permite no realizarla.
c) Una de ellas prohíbe realizar una conducta y la otra permite realizarla.

Tipos de antinomias

Existen distintas maneras de clasificar las antinomias. Una forma común es atendiendo al grado o extensión de la incompatibilidad normativa; siendo así, las antinomias pueden ser totales-totales, totales-parciales y parciales-parciales.[34]

Antinomia total-total

Una antinomia total-total es cuando en ningún caso puede aplicarse alguna de las dos normas incompatibles sin entrar en conflicto con la otra. En este supuesto los ámbitos de aplicación de las dos normas coinciden completamente, ya que el supuesto previsto en ambas se refiere al mismo tiempo, espacio, personas y materia. Por ejemplo, la fracción I del artículo 37 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación establece que el importe total de la operación puede consignarse en número y letra, mientras que el precepto 29-A, fracción VI, del propio código, dice que es opcional consignar el importe en número o en letra. En este ejemplo se presenta una antinomia entre ambos preceptos, porque algo no puede ser obligatorio y opcional al mismo tiempo.

Antinomia total-parcial

Una antinomia total-parcial se produce cuando en ningún caso puede aplicarse una norma sin entrar en conflicto con otra, pero una de ellas prevé supuestos adicionales sobre los que sí es posible aplicarla sin entrar en conflicto con la otra; en estos casos, el ámbito de aplicación de una de las normas en conflicto es más amplio que el de la otra. En todos los supuestos previstos por la norma con el ámbito de aplicación más restringido se estará en conflicto con la otra norma. En cambio, la norma con el ámbito de aplicación más amplio se podrá aplicar a los supuestos no previstos por la otra norma sin entrar en conflicto con ella. Por ejemplo, cualquier norma que prevea una sanción para el caso de la comisión de un delito se encuentra en una relación de antinomia total-parcial con otra norma que prevea un atenuante o un agravante de dicha sanción. En estos casos, la primera norma prevé un ámbito de aplicación más amplio que la segunda norma, por lo cual la aplicación de la segunda norma siempre estaría en conflicto con la primera; no obstante, en los casos adicionales previstos por la primera norma no se estaría en conflicto con la segunda.

[34] Francisco Javier Ezquiaga, *op. cit.*, p. 148.

Como un ejemplo concreto de antinomia total-parcial se puede anotar el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal en el que se establece una pena de ocho a veinte años de prisión al que prive de la vida a otro; los artículos 126, 127 y 129 del mismo código establecen penas menores para el mismo delito si se presentan ciertas circunstancias, como cuando una madre priva de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, o privar de la vida a otro por la petición de éste, o que la privación de la vida se dé en riña. Por otra parte, los artículos 125 y 128, también del Código Penal para el Distrito Federal, establecen penas mayores para los casos de homicidio de algún pariente y homicidio calificado. Siendo así, todas las penas señaladas para los casos regulados por los artículos 126 al 129 se encuentran en contradicción con las penas previstas por el artículo 123. Empero, es posible aplicar sin contradicción las penas del artículo 123 en todos los casos restantes.

Antinomia parcial-parcial

Una antinomia parcial-parcial se produce cuando dos normas son incompatibles sólo en una parte de sus ámbitos de aplicación, pero compatibles en el resto de ellos. De todos los supuestos de aplicación de ambas normas, sólo en algunos son incompatibles. El ámbito de aplicación de las dos normas es coincidente en forma parcial, y también parcialmente distinto, de manera tal que sólo son incompatibles en la parte donde coinciden sus ámbitos de aplicación. Por ejemplo, una norma que prohíba entrar al parque con autos, carriolas o bicicletas estaría en una relación de antinomia parcial-parcial con otra norma que permita entrar al parque con bicicletas, patines o patinetas. En este ejemplo, la relación antinómica estaría sólo en el ámbito material que se refiere a las bicicletas, mientras que para los casos de autos, carriolas, patines o patinetas no habría contradicción.

Antinomias e interpretación

A pesar de tener claros los requisitos para la existencia de las antinomias —incompatibilidad normativa, pertenencia al mismo sistema y coincidencia en el ámbito de aplicación—, la apreciación de estos requisitos no es tan sencilla, debido a que las antinomias se producen entre los significados atribuidos a las normas a partir de su interpretación. Como se expuso en la Unidad 1, los enunciados normativos, al estar redactados en lenguaje natural, presentan problemas de vague-

dad y ambigüedad, por lo que se abre la posibilidad de que los jueces tengan un amplio margen para valorar de distinta manera la existencia de antinomias según la interpretación que realicen sobre las normas. Por medio de la interpretación es posible crear y evitar antinomias, así como también es posible solucionarlas.

Criterios para resolver antinomias

Norberto Bobbio plantea que si le preguntáramos a cualquier hombre de la calle qué solución adoptaría si se encontrara frente a dos normas incompatibles, muy probablemente respondería que optaría por la más justa. En este caso, dice Bobbio, la justicia sería el criterio para la solución de antinomias. Pero, ¿qué es la justicia? Para evitar la formación de preferencias personales en este tema, en los sistemas jurídicos existen diversos criterios que pueden utilizarse para solucionar las antinomias. Los tres criterios tradicionales son el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Bobbio considera que es posible entender estos criterios como presunciones de justicia.[35]

Criterio cronológico

Un criterio para solucionar antinomias es el de la temporalidad, el cual establece que cuando dos normas son jerárquicamente iguales y tienen los mismos ámbitos de aplicación material y espacial, pero una es anterior a la otra, se aplica la norma posterior. La justificación de este criterio es la ficción de que el legislador, al momento de promulgar una nueva norma que regule la misma materia que una norma anterior (aunque en un sentido distinto), decidió que debe prevalecer la nueva norma.

El criterio cronológico se expresa diciendo que *la ley posterior deroga la ley anterior*. De cualquier forma, cabe diferenciar entre la derogación expresa y la derogación tácita. La *derogación expresa* puede ser nominada cuando al promulgar un nuevo documento normativo se incluye una cláusula que establece las disposiciones anteriores que quedan derogadas, o puede ser innominada cuando únicamente se establece que quedan derogadas todas las normas anteriores que se opongan a lo establecido en el nuevo documento.

Por su parte, la *derogación tácita* tiene lugar cuando en el nuevo texto normativo no hay cláusula alguna que declare nominada o innominadamente la derogación de normas anteriores, pero existe incompatibilidad entre el nuevo texto y el anterior.

[35] Véase Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 339 y ss.

Los problemas surgen en los casos de derogaciones innominadas y derogaciones tácitas, pues en algunos casos su apreciación dependerá de la interpretación.

Criterio jerárquico

El criterio de la jerarquía consiste en que, en caso de conflicto entre dos normas de distinta jerarquía, se aplique la norma con rango jerárquico superior; dicho en una frase, *la ley superior se aplica sobre la ley inferior*. El criterio jerárquico fue durante mucho tiempo la principal forma de solucionar antinomias. Sin embargo, como ya se ha señalado, los sistemas jurídicos son cada vez más complejos debido a la descentralización del poder estatal, que implica la delegación de la facultad de regular materias enteras en diversos órganos, por lo que la aplicación del criterio jerárquico no es tan sencilla como pudiera parecer.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio lo encontramos en la solución a la antinomia señalada anteriormente entre el Código Fiscal de la Federación y su reglamento en donde la norma que prevalece es la que se encuentra en el código, pues dicha ley es de un rango jerárquico superior a su propio reglamento.

Criterio de especialidad

El criterio de especialidad establece que, en caso de presentarse una antinomia entre una norma que regula un supuesto de hecho de modo más específico que otra norma, *la ley especial se aplica sobre la ley general.* A diferencia de los criterios cronológico y jerárquico, para aplicar el criterio de especialidad es necesario referirse a la materia regulada y, por lo tanto, recurrir en mayor medida a la interpretación jurídica.

Un ejemplo de la aplicación de este criterio es la solución a las antinomias entre las normas que establecen una sanción para ciertos delitos y las normas que establecen atenuantes o agravantes. En el caso concreto señalado antes, los artículos 125 a 129 son normas que prevén situaciones especiales en relación con el artículo 123 que regula el homicidio en general.

Conflicto entre criterios

Los criterios señalados anteriormente pueden entrar en conflicto, ya que es posible que dos normas antinómicas permitan el uso de más de un criterio para la solución

de antinomias. Es comprensible que no surge problema alguno cuando la aplicación de todos los criterios posibles conduce a la misma solución, pero cuando la aplicación de más de un criterio conduce a soluciones distintas surge una antinomia de segundo grado. La incompatibilidad en las antinomias de segundo grado no se da entre normas, sino entre los criterios que permiten resolver las antinomias. Las situaciones posibles en que pueden darse los conflictos entre los criterios son tres: [36]

1. Conflicto entre el criterio cronológico y el jerárquico.
2. Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico.
3. Conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad.

Hay un conflicto entre el criterio cronológico y el jerárquico cuando hay una norma anterior-superior que es antinómica respecto a una norma posterior-inferior; en este caso el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico. La razón de tal primacía es que la competencia es un criterio más sólido que la mera sucesión del tiempo. Si prevaleciera el criterio cronológico, toda la disposición jerárquica del ordenamiento se vendría abajo.[37]

El segundo conflicto, es decir, el conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico, se presenta cuando una norma anterior-especial es antinómica respecto de una norma posterior-general. En este caso, la respuesta no es tan clara, la práctica judicial ha oscilado entre dos puntos de vista opuestos: uno considera que la norma especial es más justa que la norma general, porque da un paso de la legalidad a la equidad; el otro punto de vista considera que la norma general es más justa que la especial, pues la entiende como una suspensión arbitraria de la norma general. Según se adopte un punto de vista o el otro, el criterio de especialidad es más fuerte o más débil que el criterio cronológico.[38]

Por último, el tercer tipo de conflicto que se da entre el criterio jerárquico y el de especialidad tiene lugar cuando una norma superior-general es antinómica respecto a una norma inferior-especial. Si tenemos en cuenta los dos conflictos anteriores, se podría afirmar que el criterio jerárquico prevalece sobre el de especialidad, ya que el criterio jerárquico prevalece siempre sobre el cronológico, mientras que el de especialidad prevalece sólo en ocasiones sobre el cronológico. Sin embargo, en la práctica, afirma Bobbio, la exigencia de justicia concreta se puede expresar a través de la primacía dada a la ley especial cuando ésta es considerada

[36] Véase Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 350-353.
[37] *Ibid.*, p. 351.
[38] *Idem.*

como una corrección equitativa a la generalidad de la ley, de manera tal que el criterio de especialidad podría prevalecer sobre el criterio jerárquico.[39]

A pesar de existir reglas con las que se intenta tener un ordenamiento jurídico objetivo y evitar las valoraciones personales, hay situaciones en las que no es posible dar una respuesta *a priori*, sino que se debe valorar caso por caso. A decir de Norberto Bobbio, cuando hay casos extremos donde nos encontramos frente a la falta de un criterio para resolver los conflictos entre criterios, la justicia deberá ser el criterio preponderante.[40]

Plenitud del ordenamiento jurídico

Además de las características de coherencia y consistencia, se dice que el sistema jurídico posee la característica de plenitud, es decir, que es un sistema completo. Sin embargo, al igual que en el caso de la consistencia, ante la plenitud también es posible apreciar dos posiciones teóricas: la que sostiene que la plenitud es una característica intrínseca y objetiva del sistema jurídico, y por otro lado, la posición que sostiene que sólo puede hablarse de la plenitud de un sistema jurídico como resultado de la interpretación.

Se dice que un sistema es completo cuando contiene una solución para cualquier situación relevante que pueda presentarse. La plenitud de los sistemas jurídicos puede definirse como la inexistencia de lagunas.[41] Se afirma que existe una laguna jurídica cuando falta una norma del sistema que regule un caso.

Tipos de lagunas

Doctrinalmente existen al menos cuatro tipos de lagunas:[42]

a) *Lagunas normativas*: cuando se presenta un supuesto de hecho para el que ninguna norma del ordenamiento prevé una consecuencia jurídica. Por ejem-

[39] *Ibid.*, p. 352.

[40] *Ibid.*, p. 353.

[41] Cfr. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 41.

[42] Véase Riccardo Guastini, *op. cit.*, pp. 277-279.

plo, en México no existen normas que prevean consecuencias jurídicas para los casos de eutanasia o para algunos casos de clonación.

b) *Lagunas técnicas*: cuando falta una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma. Por ejemplo, la Constitución española si bien reconoce el derecho de reunión, exige en ciertas circunstancias (como reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones) el permiso previo de la autoridad. Sin embargo, no existe reglamentación que establezca el procedimiento para solicitar el permiso exigido, por lo que el Tribunal Constitucional reconoce la presencia de una laguna.[43]

c) *Lagunas axiológicas*: cuando un determinado supuesto de hecho está regulado de forma insatisfactoria, ya que "falta" en el ordenamiento no una norma cualquiera, sino una norma "justa".[44] El ejemplo que ofrecen Alchourrón y Bulygin sobre este tipo de lagunas es un caso alemán: el Código Penal de Alemania vigente en 1927 penaba el aborto sin excepciones, pero un médico provocó un aborto para salvar la vida de la mujer y fue absuelto por los tribunales sobre la base de la existencia de una laguna en el Código Penal.[45]

d) *Lagunas institucionales*: cuando de hecho no existe una institución esencial para el funcionamiento del ordenamiento. Por ejemplo, cuando en un Estado monárquico se extingue la dinastía reinante, se crea una laguna institucional hasta que haya un nuevo titular de la corona o cambie la forma de gobierno.[46]

¿Cómo se resuelven los casos de lagunas jurídicas?

Eugenio Bulygin plantea que en el caso de una laguna normativa el juez puede resolver discrecionalmente. Como la solución del juez debe estar fundada en una norma general y tal norma no existe en el derecho, el juez debe "crearla". El juez "crea" la norma general según su propia valoración, pero no necesariamente según sus preferencias personales, sino que puede basarse en valoraciones compartidas por el grupo social o en normas morales que el juez cree objetivas. De nuevo viene

[43] Sentencia 36/1982, de 16 de junio. Ejemplo tomado de Francisco Javier Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 41.

[44] En este contexto, por norma "justa" puede entenderse una norma que es requerida por el sentido de justicia del intérprete, o por una norma cuyo dictado es requerido por una norma superior. Véase Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 277.

[45] Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.* pp. 162 y ss.

[46] Ejemplo tomado de Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 279.

a colación Bulygin, cuando afirma que: "Cualquiera que sea la decisión del juez, ésta tiene que contener una norma individual que resuelva el conflicto y esta norma individual —para no ser arbitraria— debe estar fundada en una norma general".[47]

Sin embargo, Fernando Atria explicita la crítica de Juan Ruiz Manero a la tesis de Bulygin y afirma que una explicación positivista del derecho no puede concluir que en los casos de laguna el juez tiene discreción, sino que debe rechazar la demanda, pues cuando no se ha violado ninguna norma —como en el caso de una laguna normativa— el juez está obligado a rechazar la demanda, y para ello no necesita recurrir a argumentos valorativos.[48]

El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico

El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado con la concepción que reduce el derecho al derecho positivo del Estado, pues si se admitiera que el sistema no es completo, el juez tendría que recurrir a fuentes no estatales como la costumbre o la equidad. Este dogma de la plenitud también va unido a la afirmación de la supremacía del poder legislativo sobre el poder judicial, pues impone al juez la obligación de extraer siempre la solución de normas generales y abstractas sin la posibilidad de sustituir la voluntad del órgano político representativo. Así lo sugiere Francisco Javier Ezquiaga cuando afirma:

> Naturalmente nadie cree que de hecho el sistema jurídico sea completo, ya que la aparición de casos no previstos en normas jurídicas es una constatación frecuente. Sin embargo, los juristas trabajan como si lo fuera y esa actitud hace que se atribuyan [...] todas las soluciones jurídicas a las normas del sistema, de tal modo que la ficción de la plenitud puede ser mantenida.[49]

En el derecho encontramos muchos principios asociados con esta ficción de la plenitud, por ejemplo: la división de poderes, que otorga al legislativo la función de crear leyes y al judicial la función de aplicarlas; el principio de legalidad, que exige la aplicación de una norma previa para la decisión judicial; o el principio de seguridad jurídica, que permite a los ciudadanos prever con antelación las consecuencias jurídicas de sus actos.[50]

---

[47] Eugenio Bulygin, "Introducción", en Atria, Bulygin *et. al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005, p. 12.

[48] *Idem.*

[49] Véase Francisco Javier Ezquiaga, "Sistema jurídico y fuentes del derecho", *op. cit.*, pp. 170 y ss.

[50] Véase *idem.*

Los teóricos del derecho han creado distintas teorías que defienden la plenitud del sistema jurídico.[51] Por un lado encontramos la llamada *teoría del espacio jurídico*, que señala que toda conducta humana se puede analizar bajo dos situaciones: las conductas reguladas por las normas jurídicas y las no contempladas por las normas jurídicas. La primera situación se denomina "espacio jurídico lleno", mientras que la segunda es el "espacio jurídico vacío". Dentro del espacio jurídico lleno se colocan todas las conductas jurídicamente relevantes y dentro del espacio jurídico vacío quedan todas las demás; la consecuencia es que no tiene sentido hablar de lagunas, ya que si el derecho no regula cierta conducta es porque la considera como jurídicamente irrelevante.

Esta teoría suscita dos objeciones principales: la primera es que aunque se afirme que lo no regulado por el derecho es jurídicamente irrelevante, en la práctica los jueces se enfrentan ante conflictos a los que deben dar respuesta sin encontrar una norma que proporcione una solución. La segunda objeción es que esta teoría no toma en cuenta que en los sistemas jurídicos existen normas permisivas y habría que diferenciar entre la libertad jurídicamente relevante regulada por dichas normas y la libertad jurídicamente irrelevante que se encuentra en el espacio jurídico vacío.

Por otra parte, existe la *teoría de la norma general inclusiva*, según la cual los comportamientos no incluidos expresamente en los supuestos de hecho previstos por las normas del sistema, están regulados por una norma implícita en todos los ordenamientos jurídicos. El razonamiento es que cuando una norma regula un comportamiento, realiza en forma simultánea dos funciones: por un lado incluye ese comportamiento en la regulación y, por otro, excluye de la misma cualquier comportamiento distinto al regulado. Entonces, según esta teoría tampoco tiene sentido hablar de lagunas jurídicas, ya que cualquier comportamiento está regulado por el derecho (sea por inclusión o por exclusión).

Esta teoría también presenta dos principales críticas. En primer lugar, que en la práctica no es verdad que existe tal norma general y de hecho los jueces nunca la aplican. En segundo lugar, que ante un caso concreto no regulado, esta teoría no sirve para resolver si se debe optar por la norma general inclusiva o exclusiva, además de que ambas normas son incompatibles con normas previstas expresamente en el sistema (como el uso de la analogía para los supuestos no expresamente previstos).

[51] Véase *ibid*, pp. 172-174.

Lagunas jurídicas e interpretación

En cuanto a la apreciación de la existencia de lagunas dentro de los ordenamientos jurídicos, así como en cuanto a la forma de resolver los casos de las lagunas, tenemos que, al igual que en la apreciación de la existencia de antinomias y la solución de las mismas, el papel interpretativo del juez adquiere gran relevancia.

Al momento de enfrentarse ante un caso concreto que debe resolver, el juez debe decidir qué norma prevé el supuesto de hecho que se le presenta, y en este proceso cabe la posibilidad de que el juez decida que ninguna de las normas del sistema prevea una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que debe resolver, o que existe una norma que lo haga pero que tal consecuencia le parezca inadecuada.

En el primer caso el juez puede proclamar la existencia de una laguna y resolverla o evitarla mediante técnicas interpretativas.[52] En el segundo caso el juez puede realizar una interpretación restrictiva con el fin de excluir el supuesto de hecho del ámbito de aplicación de la norma para entonces proclamar la existencia de una laguna y solucionarla por medio de alguna técnica de interpretación.[53]

Como parece inevitable reconocer la imposibilidad de los órganos legislativos para prever todas las posibles hipótesis a las que el derecho tenga que dar respuesta, el mismo sistema prevé instrumentos interpretativos que el juez puede utilizar cuando se enfrente con una laguna jurídica, tales como la analogía, el argumento *a fortiori*, el argumento *a contrario sensu*, el sistemático, el psicológico, el pragmático, el teleológico, o el histórico; todos ellos se estudiarán en la Unidad 8.

En general, cualquier laguna puede resolverse utilizando técnicas de interpretación jurídica. Por ahora basta con señalar que la elección entre uno u otro medio de resolver lagunas jurídicas no está determinada por las normas, sino que cada juez deberá elegir de acuerdo con lo que considere más adecuado para cada caso.

[52] Véase Unidad 7.

[53] Véase Francisco Javier Ezquiaga, *op. cit.*, pp. 174-175.

Resumen

Las normas que componen los ordenamientos jurídicos están relacionadas entre sí. Por tal motivo, el derecho no es una serie de elementos inconexos, sino un conjunto estructurado de normas. Concebir el derecho como un sistema sirve para una mejor comprensión de las relaciones entre las normas, así como de las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos, ya que de esta manera se establecen criterios de identificación de los ordenamientos jurídicos y criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Asimismo, mediante la noción sistémica del derecho es posible analizar las características de coherencia, consistencia y plenitud de los ordenamientos jurídicos.

Las características de normatividad, coactividad e institucionalización se pueden utilizar como criterios de identificación de los ordenamientos jurídicos ya que además de ayudar a precisar el concepto de ordenamiento jurídico, sirven para distinguir a los ordenamientos jurídicos de otros ordenamientos que podrían presentar algún parecido. La normatividad se refiere a que los ordenamientos jurídicos tienen al menos una consecuencia lógica normativa. La coactividad significa que al menos alguna de las normas del ordenamiento jurídico contemple una sanción en caso de incumplimiento. La institucionalización está relacionada con la existencia de reglas que señalan a los órganos autorizados para producir normas y reglas que establecen los procedimientos de creación, modificación y aplicación normativa.

En cuanto a la unidad de los ordenamientos jurídicos, es necesario establecer los criterios que permitan identificar las normas que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico. Estos criterios se encuentran principalmente en la regla de reconocimiento, ya que ahí se establecen los requisitos de pertenencia de las normas al sistema jurídico, de manera tal que todas las normas que componen el ordenamiento están conectadas entre sí a través de la regla de reconocimiento.

La coherencia de los ordenamientos jurídicos se refiere a que, desde el punto de vista axiológico, todas las normas pertenecientes al sistema puedan reconducirse a un único principio o a un único conjunto de principios consistentes entre sí. La consistencia significa que las normas pertenecientes a un ordenamiento son compatibles entre sí y que, en caso de no serlo, existen mecanismos para reparar las incompatibilidades.

Por su parte, la plenitud de los ordenamientos puede definirse como la inexistencia de lagunas, es decir, un ordenamiento es completo cuando contiene una solución para cualquier situación relevante que pueda presentarse.

Tanto la característica de consistencia como la característica de plenitud se encuentran en estrecha relación con la interpretación del derecho, debido a la existencia de antinomias y lagunas. La solución que se ofrezca para determinar dicha existencia sólo puede hacerse mediante el proceso de interpretación judicial.

Cuestionario

1. ¿En qué sentido el derecho es un ordenamiento o un sistema?
2. ¿Qué consecuencias tiene entender al derecho a partir de una concepción sistémica?
3. ¿Cuáles son los criterios de identificación de los ordenamientos jurídicos y en qué consiste cada uno?
4. ¿En qué consiste la característica de unidad de los ordenamientos jurídicos?
5. ¿Qué papel desempeña la Constitución en cuanto a la unidad de los ordenamientos jurídicos?
6. ¿Cuáles son las propuestas de Kelsen y de Hart sobre la validez de la norma suprema?
7. ¿Qué es la coherencia de los ordenamientos jurídicos?
8. ¿Qué significa que los ordenamientos jurídicos sean consistentes y cuáles son las dos principales posiciones teóricas al respecto?
9. ¿Qué son las antinomias y qué tipos de antinomias pueden darse en los ordenamientos jurídicos?
10. ¿Cómo se soluciona la existencia de antinomias?
11. ¿En qué consiste la plenitud de los ordenamientos jurídicos y cuáles son las dos principales posiciones teóricas al respecto?
12. ¿Qué son las lagunas y qué tipos de lagunas pueden darse en los ordenamientos jurídicos?
13. ¿Cómo se soluciona la existencia de lagunas?

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

  ———, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Atria, Bulygin *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.
- Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990.

  ———, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- Ezquiaga, Francisco Javier, "Sistema jurídico y fuentes del derecho" en Ma. Ángeles Barrére Unzueta *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

  ———, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- Guastini, Riccardo, "Proyecto para la voz 'Ordenamiento jurídico' de un diccionario", en *Doxa*, núm. 27, Alicante, 2004.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, 9a. ed., Porrúa, México, 1995.
- Moreso, José Juan y Pablo E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 9a. ed., Ariel, Barcelona, 1999.
- Rodríguez, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

4. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Comprenda qué son los conceptos jurídicos fundamentales y cuál es su función.
- Entienda la aportación de la teoría del derecho respecto a los conceptos jurídicos fundamentales.
- Conozca cómo se han desarrollado los conceptos jurídicos fundamentales a partir de distintas teorías del derecho.
- Distinga cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales y cómo se relacionan entre sí.

Introducción

Los conceptos fundamentales son nociones que utiliza la ciencia jurídica para describir su objeto: el derecho. A su vez, los conceptos jurídicos fundamentales son utilizados por abogados, jueces, dogmáticos, teóricos del derecho y, desde luego, por personas que nada tienen que ver con el mundo jurídico. Por tal motivo, encontramos estos conceptos en distintos contextos, con distintas intenciones, y es frecuente que haya vaguedad y ambigüedad en sus significados. En la ciencia del derecho los conceptos básicos o fundamentales sirven para la construcción de los demás conceptos jurídicos y, por lo tanto, se intenta precisar su significado. No obstante, se trata de una labor bastante compleja, debido a que tales conceptos no tienen relación directa con ninguna contrapartida empírica, es decir, no se encuentran vinculados con hechos empíricamente verificables.

El ideal de la teoría del derecho consiste en construir un esquema conceptual éticamente neutral, con un grado de precisión y univocidad aceptable sin dejar de lado el uso de los conceptos en el lenguaje ordinario y en el de los juristas. Sin embargo, ni siquiera hay criterios definidos para determinar qué conceptos tienen un uso lo bastante extendido como para ser considerados conceptos jurídicos fundamentales, de modo que puedan ser analizados en el nivel de una teoría general del derecho.[1] A pesar de la vaguedad señalada, parece existir un acuerdo general en ciertos conceptos como el de sanción, ilicitud, responsabilidad, obligación y persona jurídica, entre otros.

Las expresiones jurídicas básicas forman un sistema, ya que en general guardan entre sí cierta relación de interdefinibilidad. Algunos términos son primitivos, en la medida en la que no se definen por ninguno de los restantes, mientras que los demás son derivados, ya que se definen mediante los términos primitivos. A lo largo de la historia de la ciencia jurídica se ha ido desarrollando el significado de los conceptos jurídicos, y éste ha variado dependiendo de las distintas concepciones de derecho. Nino sostiene que las principales tareas de una teoría del derecho respecto de las expresiones jurídicas fundamentales son:

a) Investigar los criterios vigentes en el uso espontáneo de tales expresiones por parte de los juristas y el público.
b) Reconstruir tales criterios de manera que se eliminen la vaguedad y ambigüedad, características que se podrían considerar como enfermedades endémicas del lenguaje ordinario.

[1] Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 9a. ed., Ariel, Barcelona, 1999, p. 165.

c) Reflejar, en la reconstrucción de esos conceptos, las relaciones lógicas que parece haber entre ellos, cuidando que el sistema de definiciones mantenga ciertas propiedades formales como la coherencia y la economía.[2]

Hans Kelsen es el teórico que más se ha acercado a construir un sistema coherente de definiciones de los conceptos fundamentales a partir de los términos primitivos —deber y sanción— conservando cierta vinculación con el significado que tienen en el lenguaje ordinario, pero eliminando buena parte de su imprecisión. La mayoría de las discusiones modernas sobre los conceptos básicos del derecho giran en torno a las propuestas de Kelsen, por tal motivo, en la presente unidad se seguirá el mismo orden expositivo de los conceptos que propone Hans Kelsen en la *Teoría pura del derecho*.[3]

Sanción jurídica

El concepto de sanción se entiende comúnmente en un sentido negativo amplio, es decir, como la consecuencia o el castigo que se produce tras la inobservancia de las reglas de conducta.[4] Siendo así, es posible distinguir entre sanciones morales como el remordimiento o el arrepentimiento, sanciones sociales como el rechazo del grupo, y sanciones jurídicas como la privación de la libertad o la reparación de un daño. En este apartado nos ocuparemos únicamente de la sanción jurídica.

Jeremy Bentham abordó por primera vez el tema de la sanción considerándola como fuente de dolor o de placer según el principio de utilidad. En la obra de Bentham la idea de sanción se traduce en una consecuencia del incumplimiento de los deberes afín a la tesis empírica de que la probabilidad de la sanción sirve para asegurar el cumplimiento de las normas. Entonces, según este autor, la eficacia del derecho se debe a que la sanción funciona como el principal, o el único, motivo que induce a los hombres a actuar de acuerdo con las normas jurídicas.[5] Cabe señalar que para Bentham la sanción es un elemento externo a la norma, es decir, la sanción no es parte de la norma, sino que es el motivo para obedecer la norma.

---

[2] *Ibid.*, p. 167.

[3] Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1991, y Carlos S. Nino, *op. cit.*, capítulo IV.

[4] Véase Leonel Pereznieto, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005, pp. 171-175.

[5] Véase Roberto Lara Chagoyán, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2004, capítulo I.

John Austin analiza el concepto de sanción como un elemento constitutivo en la estructura del mandato, el cual se compone del deseo del soberano aunado a la amenaza de una sanción. Según esta perspectiva, las sanciones son una parte esencial del mandato. Por otro lado, Austin también analiza el aspecto funcional de la sanción, considerándola como un motivo para la obediencia, ya que la sanción, además de ser parte de la estructura de los mandatos, genera la obediencia de los ciudadanos a las normas a través de la amenaza de un daño.

En ambos casos, John Austin entiende la sanción como el daño que será probablemente aplicado si un mandato es desobedecido. Lo que no queda del todo claro en el concepto de sanción que propone Austin es si este autor considera la sanción como un elemento interno o externo de la norma. Quienes interpretan que para Austin la sanción es un elemento interno de la norma, aducen que cuando el autor habla de normas también habla de sanciones porque todas las normas jurídicas, al tener la forma de mandatos, incluyen a la sanción para que se pueda hablar de la existencia de un deber jurídico. Por otra parte, quienes consideran que para John Austin la sanción es un elemento externo a la norma, se basan en la idea de probabilidad de que se aplique la sanción, así como en la función de la sanción como motivo para la obediencia.[6]

Hans Kelsen constituye un parte aguas en el desarrollo del concepto de sanción, al ser el primer teórico que deja claro que la sanción es un elemento interno de la norma. Para Kelsen, las normas tienen la estructura "Si A debe ser B", donde A es la conducta prohibida y B es la sanción que debe ser como consecuencia de A. Por ejemplo, el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal establece que "[...] al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión". En este caso "privar de la vida a otro" es la conducta prohibida, mientras que "ocho a veinte años de prisión" es la sanción que debe ser como consecuencia de A.

En el sistema kelseniano, el concepto de sanción sirve para definir los demás conceptos fundamentales del derecho, pero el de sanción no se define según aquéllos. Kelsen señala cuatro propiedades que, a su juicio, son necesarias y suficientes para definir el concepto de sanción: *a)* es un acto coactivo; *b)* su objeto es la privación de un bien; *c)* quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida, y *d)* debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo.

La primera propiedad, el carácter coactivo de la sanción, consiste en que ésta ha de aplicarse aun en contra de la voluntad de la persona a quien se dirige y en

[6] Véase *ibid.*, capítulo II.

que existe la posibilidad de emplear la fuerza física en caso de oposición.[7] Como segunda propiedad tenemos que el objeto de la sanción es la privación de un bien, ya que normalmente la persona a quien se dirige percibe dicha privación como un mal o un displacer. La propiedad según la cual sólo las personas autorizadas por una norma válida pueden ejercer las sanciones nos remite a la idea de autoridad competente; gracias a esta propiedad es posible distinguir, por ejemplo, la pena de muerte del asesinato, la cárcel del secuestro, o la multa del robo. Por último, la propiedad que consiste en que la sanción debe ser la consecuencia de una conducta se explica a través de la proposición kelseniana "Si A debe ser B", donde A es la conducta de algún individuo y B es la sanción que debe ser aplicada como consecuencia de A.

El concepto de sanción de Kelsen, y en general de las teorías imperativistas, es criticable por resultar insuficiente para explicar de forma convincente todo el posible espectro normativo que se produce en un ordenamiento jurídico. Una de las principales objeciones al respecto es que en un ordenamiento jurídico no sólo existen normas que prevén sanciones negativas, sino que también puede haber sanciones positivas y éstas no se definen por las características señaladas por el autor.

Según Manuel Atienza, si se considera que el derecho puede actuar de tres maneras: previniendo, reprimiendo, promocionando o premiando las conductas o comportamientos, es posible distinguir a su vez tres sentidos de sanción jurídica:

1. En sentido estricto, supone la consecuencia negativa de una conducta ilícita o indeseada que el ordenamiento jurídico ha de reprimir.
2. En un sentido más amplio, equivale a la consecuencia negativa de una acción ilícita (reprimir), o a la consecuencia positiva de una acción lícita (premiar).
3. En un sentido amplísimo, significa la regulación de cualquier conducta, ya se trate de conductas indeseadas que el ordenamiento jurídico intenta prevenir o reprimir, o de conductas deseadas que se pretende promocionar o premiar.

Norberto Bobbio analiza el concepto de sanción jurídica desde un punto de vista más sociológico que jurídico-formal y afirma que el reconocimiento de la existencia de sanciones positivas es cada vez más relevante, debido a que éstas sirven para explicar la "función promocional" dentro de un Estado social y democrático de derecho. Ocurre así porque cada vez es más frecuente y extendido el uso de las "técnicas de alentamiento" a través de sanciones positivas. Por sanciones positivas

[7] Es importante mencionar que el ordenamiento jurídico también prevé actos coactivos que no tienen el carácter de sanción, por ejemplo, el internamiento obligatorio de enfermos contagiosos.

Bobbio se refiere a los premios, en oposición a las penas, y los define como medidas que se proponen dar una satisfacción a quienes han cumplido una determinada actividad.[8]

Acto antijurídico o ilícito

Un acto antijurídico o ilícito se ha entendido tradicionalmente como una conducta que merece ser sancionada por ser un delito.[9] Esta concepción está ligada a la corriente jusnaturalista, pues supone que hay actos que son malos en sí mismos (*mala in se*) y por lo tanto deben sancionarse. Kelsen objeta esta concepción tradicional sobre la vinculación entre acto antijurídico y sanción, y propone la relación inversa: un acto es antijurídico cuando la norma le imputa una sanción por ejecutarlo. De esta manera, según la concepción juspositivsita kelseniana, sólo existe un acto ilícito cuando es condición para una sanción y, por lo tanto, no hay *mala in se*, sino *mala prohibita*, pues un comportamiento sólo es *malum* cuando es *prohibitum*. Retomando la proposición "Si A debe ser B", se puede decir que A es el acto prohibido no por ser malo en sí mismo, sino porque es condición de B.

Comúnmente se entiende que un acto es antijurídico cuando contradice o "viola" alguna norma jurídica. No obstante, Kelsen se opone a esta afirmación, en primer lugar porque sostiene que sólo puede haber contradicción entre dos proposiciones o entre dos normas jurídicas, pero no entre una proposición descriptiva y una norma jurídica, dado que pertenecen a mundos lógicos diferentes. En segundo lugar, porque según el esquema de norma jurídica "Si A debe ser B", la conducta A no se opone a la norma sino que es el cumplimiento de la condición. La "violación" a la norma sería en todo caso la omisión de sancionar, es decir, no cumplir con B porque lo que debe ser según la norma es B: sancionar. Así, entonces, para Kelsen el acto ilícito, al igual que la sanción, se definen de manera intrasistemática, es decir, ya no están fuera del derecho como se entendía en la concepción tradicional.

Kelsen ofrece una definición inicial de acto antijurídico como la condición o el antecedente de la sanción prevista en una norma jurídica. No obstante, el propio Kelsen se percata de que esa definición sirve únicamente para un esquema de norma simplificado, pero no para una norma que en su antecedente contenga varias

[8] Véase Roberto Lara, *op. cit.*, capítulo IV.

[9] Véase Leonel Pereznieto, *op. cit.*, p. 175.

condiciones, no todas "delitos". Para ejemplificar este punto, Kelsen propone una norma que diga "Si dos personas celebran un contrato, una de ellas no cumple y la otra demanda, deberá ser ejecución forzosa para el que no cumple". En un análisis de esta norma a la luz de la definición de acto antijurídico mencionada antes, no sólo el incumplimiento del contrato sería un acto antijurídico, sino también la celebración de un contrato y la interposición de la demanda deberían considerarse actos antijurídicos al ser condición o antecedente de la sanción, pues para que la ejecución forzosa "deba ser" es necesario cumplir con las tres condiciones señaladas en la norma.

Ante este problema, Kelsen propone una segunda definición de acto antijurídico como la conducta que, siendo la condición de la sanción en una norma jurídica, es realizada por el individuo a quien la sanción se aplica. De esta manera ya no serían actos antijurídicos la celebración de un contrato ni la interposición de la demanda del ejemplo anterior. Sin embargo, esta segunda definición también presenta dificultades. La primera dificultad, que advierte el mismo Kelsen, es que esta definición no cubre los casos de responsabilidad indirecta, como cuando se sanciona a una persona por un acto antijurídico cometido por otra. La segunda dificultad, que no advierte Kelsen, es que la definición propuesta sirve para no llamar acto antijurídico a las conductas realizadas por terceros que son condición de sanción, pero también hay conductas del propio sancionado que, a pesar de ser presupuestos de la sanción, no son actos antijurídicos. Siguiendo el ejemplo anterior de la norma que dice "Si dos personas celebran un contrato, una de ellas no cumple y la otra demanda, deberá ser ejecución forzosa para el que no cumple" se establecen dos condiciones para el individuo que recibe la sanción: la celebración de un contrato y el incumplimiento del mismo, de las cuales sólo la segunda es un acto antijurídico.

Por último, en un intento por solucionar el problema de la responsabilidad indirecta, Kelsen propone una tercera definición de acto antijurídico como la conducta de un hombre contra quien, o contra cuyos allegados se dirige la sanción establecida como consecuencia en una norma jurídica. Sin embargo, la solución para el problema de la segunda definición tiene problemas semejantes a los de la primera definición, porque el concepto de "allegados" es lo suficientemente vago como para incluir en éste, siguiendo el mismo ejemplo, al co contratante que demanda por incumplimiento del contrato.

Se puede concluir entonces, como lo hace Hugo Zuleta, que Kelsen no logró dar una definición satisfactoria del concepto de "acto ilícito". El problema de la definición kelseniana de "acto ilícito" parece residir en que Kelsen consideraba que todas las normas tenían la estructura "si A debe ser B" y creía que las normas

prohibitivas del tipo "prohibido A" eran superfluas. Por ejemplo, según la concepción kelseniana la norma "prohibido fumar" es superflua porque no enlaza una sanción con la conducta prohibida. Hugo Zuleta propone que las normas de carácter prohibitivo pueden servir como criterio para distinguir el acto ilícito entre todos los actos mencionados como condicionantes de una sanción. Es posible concebir los actos ilícitos como los actos prohibidos por las normas de los sistemas jurídicos.[10] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero señalan que "ilícitas son las conductas humanas contrarias a las normas regulativas de mandato".[11]

Cabe señalar también que el concepto de "acto ilícito" comprende tanto los delitos —que son los ilícitos en materia penal— como los ilícitos civiles. La diferencia entre ambos tipos de ilícitos radica, sobre todo, en que la sanción típica correspondiente a los delitos es la privación de la libertad, aunque también en el derecho penal se aplican multas, mientras que la sanción que típicamente corresponde a los ilícitos civiles es una sanción patrimonial. Asimismo, es posible distinguir que las sanciones civiles, a diferencia de las penales, tienden a reparar la situación creada por el acto ilícito.

Responsabilidad jurídica

El concepto de responsabilidad jurídica se puede entender en varios sentidos. Hart distingue cuatro posibles significados de responsabilidad jurídica, de acuerdo con el ejemplo mencionado en la página 6 de la unidad 1:

1. Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc; por ejemplo: "El capitán es responsable de la seguridad de sus pasajeros".
2. Responsabilidad como factor causal; por ejemplo: "La tormenta fue responsable de la pérdida del buque".
3. Responsabilidad como capacidad y como estado mental; por ejemplo: "Los médicos encontraron al capitán responsable de sus actos".
4. Responsabilidad como punible o moralmente reprochable; por ejemplo: "El capitán fue hallado responsable por la pérdida de vidas".

[10] Véase Hugo Zuleta, "Ilícito" en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 333-341.

[11] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1996, p. 33.

Para Kelsen la responsabilidad es una situación normativa referida a la sanción[12] ya que, según Kelsen, un individuo es responsable cuando es susceptible de ser sancionado. Esta definición encuadra en el sentido de responsabilidad señalado en el punto 4:

> Una conducta ilícita puede acarrear la consecuencia normativa de la responsabilidad para el agente de tal conducta o para un tercero que tenga una relación específica con el agente [...] En estos términos, el carácter de responsable equivale al de sancionable.[13]

Cabe mencionar que para Kelsen la responsabilidad no implica que el individuo haya sido efectivamente sancionado, sino que es responsable cuando el ordenamiento jurídico establece que debe aplicarse una sanción al individuo, independientemente de que de hecho se le aplique. En otras palabras, es responsable por una conducta quien en virtud de una norma puede ser sancionado por la realización de dicha conducta.

Como se puede observar, Kelsen distingue entre responsabilidad directa e indirecta. La responsabilidad directa es cuando un individuo es pasible de una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo. En cambio, la responsabilidad indirecta es cuando un individuo es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero. La mayor parte de las normas de los ordenamientos jurídicos actuales establecen supuestos de responsabilidad directa, mientras que la responsabilidad indirecta sólo subsiste en algunos casos (por ejemplo, en derecho civil existe la responsabilidad de los padres en relación a los actos antijurídicos civiles de sus hijos menores de edad).

Kelsen también clasifica la responsabilidad en subjetiva (o por culpa) y objetiva (o por resultado). La responsabilidad subjetiva es cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica. Por otro lado, la responsabilidad objetiva se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado, independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico. Salvo excepciones, las normas de derecho penal establecen responsabilidad subjetiva, mientras que en derecho civil son comunes las normas de responsabilidad objetiva. Cabe señalar que todos los casos de responsabilidad indirecta son también de responsabilidad objetiva, ya que como un individuo es responsable por el acto de otro, es irrelevante si el que actuó quiso o previó el resultado de su conducta.

Alf Ross también desarrolla el concepto de responsabilidad y lo relaciona con los conceptos de culpabilidad y castigo, pues encuentra que estos tres conceptos están

[12] Pablo Larrañaga, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2000, p. 44.
[13] *Idem.*

íntimamente relacionados. Según Ross, los conceptos de responsabilidad, culpabilidad y castigo tienen como fundamento una presuposición común: que ha habido una transgresión de un sistema normativo. Además, señala que estas nociones se utilizan en el contexto de un juicio, por lo que la noción de responsabilidad presupone que alguien es responsable de algo ante alguien por el quebrantamiento de una norma.[14]

Ross distingue entre responsabilidad como exigibilidad y responsabilidad como sancionabilidad. La responsabilidad como exigibilidad se refiere a ser la persona a quien justificadamente se le puede exigir cuentas sobre el estado de cosas de las que es responsable. Por otra parte, la responsabilidad como sancionabilidad se refiere a ser la persona que puede ser sentenciada por algo. El objetivo de los juicios es averiguar si quien realizó un acto ilícito por el que se le exigen cuentas (responsabilidad como exigibilidad) lo hizo bajo ciertas condiciones (culpabilidad) de modo que se le deba sancionar por ello (responsabilidad como sancionabilidad).[15]

Deber jurídico

Usualmente se ha tratado de definir el concepto de deber jurídico en relación con cuestiones de índole psicológica o sociológica. Para la variante psicologista, los hechos que determinan un enunciado de deber son estados mentales. Desde el punto de vista de esta tesis, que una conducta sea obligatoria desde el punto de vista jurídico significa que un individuo experimenta sentimientos de constricción o compulsión en relación con ella. En cambio, para la variante sociológica, los hechos que determinan un enunciado de deber son acciones externas, en particular conductas consistentes en el uso del poder coactivo. Así, para esta segunda tesis, que una conducta sea jurídicamente obligatoria significa que es probable que quien realice la conducta opuesta sufra alguna clase de sanción.[16] No obstante,

> [...] la teoría jurídica acepta hoy que los enunciados de deber jurídico no pueden ser analizados como enunciados empíricos descriptivos de ninguna clase de estados mentales ni acciones o estados de cosas, ya que entenderlos como tales distorsiona el sentido en que son usados.[17]

[14] *Ibid.*, pp. 59-60.

[15] *Ibid.*, p. 63. Se puede observar que la noción de culpabilidad opera como punto de contacto entre los dos conceptos de responsabilidad. Esto es así excepto en los casos de responsabilidad objetiva.

[16] Véase Juan Carlos Bayón, "Deber jurídico", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *op. cit.*, pp. 313-331.

[17] *Ibid.*, p. 318.

Las concepciones psicologistas o sociologistas dejan de lado el deber ser de la normatividad jurídica, enfocándose sólo en cuestiones de hecho.

Herbert Hart supera las concepciones psicologistas y sociologistas distinguiendo entre *verse* obligado, *sentirse* obligado y *estar* obligado. Como se indicó en la Unidad 2, una persona *se ve* obligada cuando existe una amenaza para el comportamiento contrario al que se le indica; *se siente* obligada cuando existe compatibilidad entre sus convicciones morales y lo prescrito en la regla; por último, *está* obligada cuando se encuentra frente a una regla existente, con independencia de los hechos psicológicos del agente.

La situación en que una persona se ve obligada a cumplir con una orden respaldada por amenazas es, a juicio de Hart, irrelevante para configurar una teoría de la obligación jurídica, ya que si bien hay en la idea de obligación alguna relación con la probabilidad de sufrir un mal, lo esencial de ese concepto es la existencia de ciertas reglas o normas que permitan enjuiciar la conducta del individuo obligado. Hay un deber jurídico cuando una persona está obligada porque existe una norma y de esta manera es posible distinguir entre una persona que entrega su dinero a un asaltante porque se vio obligada frente a la amenaza de sufrir algún daño, de una persona que paga impuestos porque está obligada frente a la norma. Únicamente en el segundo supuesto, es decir, en el caso de la persona que paga impuestos, es posible afirmar que existía un deber jurídico y que éste es independiente de los hechos psicológicos del agente.

Antes que Hart, algunos jusfilósofos como John Austin y Jeremy Bentham ya habían advertido que el concepto de obligación o deber jurídico no estaba relacionado con estados psicológicos, y propusieron definir dicho concepto no en relación con la creencia subjetiva de que se sufriría un daño, sino con la probabilidad objetiva de que una persona que no actúa de cierta manera sufriría un mal. Frente a la corriente psicologista, una propuesta así presenta la ventaja de definir en términos empíricamente verificables el concepto de deber jurídico. Sin embargo, Hart señala, en primer lugar, que decir que alguien tiene un deber no sirve únicamente para predecir una sanción, sino para justificar esa sanción; en segundo lugar, decir que alguien tiene la obligación de hacer algo pero, por ejemplo, logra huir y por lo tanto ya no hay probabilidad de ser sancionado es contradictorio, pues entonces ya no tendría esa obligación.

Por su parte, Kelsen define el deber jurídico como la conducta opuesta al acto antijurídico, y subraya que la conexión entre el ilícito y la sanción es normativa, no fáctica o causal. Por ejemplo, si evadir impuestos es un acto antijurídico porque es condición de una sanción, no evadir impuestos, o sea pagarlos, constituye un

deber jurídico. No hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta.

No obstante, como señala Carrió, esta definición de deber jurídico implica reducir el significado de deber jurídico hasta volverlo inoperante para describir la compleja realidad del derecho en nuestros días, pues en el lenguaje ordinario la expresión "deber jurídico" tiene tantos usos distintos que no es posible comprender el concepto recurriendo sólo al caso de quien se encuentra bajo la presión de una sanción. Si bien el concepto kelseniano de deber jurídico puede ser, en cierta medida, adecuado al derecho penal, no lo es para el derecho internacional, constitucional, laboral, mercantil, etcétera. Pero, como indica Nino, extender la aplicación del sentido kelseniano del término "deber jurídico" a otras conductas, tal como lo hace el uso común, sólo es posible a costa de reconocer otros tipos de normas jurídicas, además de las que disponen sanciones.

Derecho subjetivo

El derecho subjetivo es un concepto que se refiere a una situación particular en la que se encuentra una persona o un conjunto de personas en relación con un ordenamiento jurídico. Los jusnaturalistas tradicionales afirman que los derechos subjetivos son innatos al hombre y, por lo tanto, independientes de lo que dispongan las normas de derecho objetivo, aunque éste, para ser digno de llamarse derecho debe proteger los derechos subjetivos. Por su parte, el positivismo metodológico no se opone a la idea de que puede haber derechos inherentes al hombre, pero considera que son derechos morales y no jurídicos, pues para la existencia de estos últimos es necesario que sean verificables en términos que lo que dispongan las normas jurídicas.

W.N. Hohfeld es sin duda uno de los juristas que han desarrollado ampliamente el concepto de derecho subjetivo.[18] Este autor señala que la palabra "derecho" (subjetivo) tiende a usarse de manera indiscriminada para referirse a privilegios, potestades o inmunidades, más que a un derecho subjetivo en sentido estricto. Por ello, Hohfeld propone una limitación al término "derecho subjetivo" para darle un significado definido y apropiado. Dicha limitación consiste en relacionar al derecho subjetivo con un deber correlativo; por ejemplo, la afirmación "tengo el derecho subjetivo a que mi deudor me pague su deuda" implica que el deudor tiene el deber correlativo de pagar la deuda contraída.

[18] Véase Juan Antonio Cruz, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999, capítulo II.

Gracias a la relación "derecho subjetivo-deber" es posible esclarecer la diferencia entre derecho subjetivo y los demás términos con los que suele confundirse (privilegio, potestad o inmunidad). Cada uno de estos términos tiene su propio correlativo mediante el cual es posible entender a qué se refiere cada término y diferenciarlo de los demás. Por ejemplo, el correlativo de privilegio es el no-derecho, es decir, privilegio es la negación de un deber de realizar la conducta opuesta al contenido del privilegio y entonces la afirmación "tengo el privilegio de desplazarme por el territorio nacional" implica que los demás *no* tienen el *derecho* de impedírmelo.[19] A continuación se presenta el cuadro de los conceptos correlativos.

Derecho	**Deber**
privilegio	no-derecho
potestad, poder o competencia	sujeción
inmunidad	incompetencia o incapacidad

Rudolf von Jhering define el derecho subjetivo como un interés jurídicamente reconocido. Kelsen critica esta definición afirmando que el interés es una cuestión puramente psíquica individual y que cambia según el estado de ánimo de las persona. De tal modo que la teoría de Ihering conduciría a consecuencias insostenibles, ya que cuando no existiera un interés por parte del sujeto tampoco existiría el derecho. Por lo mismo Ihering modifica su definición y asegura que basta con la posibilidad de que exista un interés que los legisladores reconozcan como digno de protección. Pero Kelsen señala que sólo existen intereses individuales y concretos, no un interés promedio o general, de modo que esta definición también resulta insostenible.[20]

Kelsen construye el concepto de derecho subjetivo a partir del concepto de deber jurídico y propone que debe eliminarse el dualismo entre derecho objetivo y derecho subjetivo. La idea es que las oraciones que versan acerca de derechos subjetivos pueden traducirse en oraciones descriptivas de un derecho objetivo, dependiendo del significado que se otorgue a "derecho subjetivo". Con tal propósito, Kelsen explica cinco sentidos en los que puede entenderse que un individuo tiene un derecho subjetivo:

1. Derecho subjetivo como equivalente a no prohibido.
2. Derecho subjetivo como equivalente a autorización.

[19] Ejemplo tomado de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 45.
[20] Véase *ibid.*, capítulo I.

3. Derecho subjetivo como correlato de una obligación activa.
4. Derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva.
5. Derecho o libertad fundamental.

El primer sentido de derecho subjetivo se refiere a cierto derecho objetivo que no prohíbe la conducta en cuestión, es decir, en el sistema no hay una norma que establezca una sanción para dicha conducta. Por ejemplo "tengo derecho a fumar en mi casa" o "tengo derecho a vestirme como quiera". Este sentido de derecho subjetivo limitado a describir la ausencia de una norma prohibitiva tiene poco uso en el lenguaje jurídico e incluso en el lenguaje común.

El derecho subjetivo como equivalente a una autorización supone la existencia de normas permisivas, como es el caso de "tengo derecho a vender bebidas alcohólicas en mi restaurante" o "el patrón me dio el derecho a llegar más tarde al trabajo". Kelsen sólo admite este significado de derecho subjetivo en su última versión de la *Teoría pura del derecho*, ya que contradice la exigencia de que todas las normas sean de carácter prohibitivo, de manera tal que reconoce que el esquema de normas jurídicas propuesto en las versiones anteriores era insuficiente y que deben incluirse otras clases de normas, como las que otorgan autorización para realizar ciertas conductas.

El tercer sentido de la expresión derecho subjetivo, como correlato de una obligación activa, se refiere al reflejo de un deber jurídico de alguien más. Por ejemplo, si Juan tiene la obligación de pagarle a María, se dice que María tiene el derecho a que Juan le pague. En este sentido, el derecho subjetivo de María es el reflejo del deber jurídico que tiene Juan de pagarle a María.

El derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva es análogo al anterior, con la diferencia de que el derecho subjetivo no es reflejo de una obligación de hacer, sino de una obligación de no hacer, como en el caso de "tengo derecho a descansar en mi casa con tranquilidad" o "tengo derecho a que el vecino no levante una pared que obstruya mi ventana". En estos ejemplos, el derecho subjetivo se puede traducir en la obligación de alguien o de todos a no perturbarme mientras descanso en mi casa o en la obligación de mi vecino de no construir una pared que obstruya mi ventana. Entonces existen dos tipos de derechos subjetivos que son correlatos de obligaciones pasivas: relativos y absolutos. Los relativos son los que correlacionan el deber de una persona determinada o un grupo determinado de personas (como en el caso del vecino); los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas (como el derecho a descansar en mi casa con tranquilidad).

El sentido de derecho subjetivo como acción procesal se refiere a la posibilidad de alguien de acudir ante los órganos judiciales para lograr el cumplimiento de una

obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación, como ocurre con "tengo el derecho de lograr que el inquilino desaloje mi casa" o "tengo el derecho de pedir que Juan me indemnice por los daños que me causó". Este sentido de derecho subjetivo también es llamado técnico o estricto, porque no es posible reducirlo al concepto de deber jurídico, sino que constituye una noción autónoma aunque no es independiente del derecho objetivo, ya que las acciones procesales son condiciones mencionadas en las normas primarias como antecedentes de las sanciones que ellas establecen.

Por último, el derecho subjetivo en sentido político se refiere al derecho en sentido técnico, pero vinculado con cuestiones de organización política, como "el pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes" o "la libertad de expresión es un derecho de todo ciudadano". En el primer ejemplo, el derecho electoral es del mismo tipo que el derecho subjetivo en sentido técnico, porque es necesaria la voluntad del individuo para que se dicte una norma jurídica. El segundo ejemplo también se traduce en un derecho subjetivo en sentido técnico, porque para hacer valer los llamados derechos y garantías fundamentales es necesaria la acción procesal, con lo cual se logra activar la maquinaria judicial.

Capacidad jurídica y competencia

Capacidad

La palabra "capacidad" presenta, en el lenguaje ordinario, un significado relacionado con la posibilidad y la habilidad para actuar. Aun dentro de este marco general, en el uso común del lenguaje es posible encontrar varios sentidos diferentes, aunque ligados entre sí, del término "capacidad". Cuando, en el lenguaje ordinario, se predica de un hombre que es capaz de algo, se le está atribuyendo también una propiedad de tipo disposicional. Según Nino, esta característica es útil para analizar el significado de "capacidad" en el contexto jurídico.

En el derecho civil la capacidad se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones —capacidad de goce—, o la aptitud para poner en práctica esos derechos y obligaciones —capacidad de ejercicio—. La regla general es que toda persona tiene capacidad de goce, salvo que la ley o el juez declaren expresamente cierta incapacidad para realizar determinados actos jurídicos. En el caso de la capacidad de ejercicio cabe la posibilidad de que existan personas absolutamente incapaces, es decir, que no puedan adquirir derecho

alguno ni contraer obligación alguna por sí mismas sin la intervención de representante legal. Las incapacidades civiles pueden verse como excepciones a la autorización genérica que establece el ordenamiento jurídico para que los particulares realicen ciertos actos. Un acto jurídico realizado por un incapaz está sujeto a nulidad.

Por otra parte, en el derecho penal la capacidad está relacionada con aptitudes relativas al entendimiento, raciocinio y al control de la conducta. A quienes poseen estas aptitudes mínimas se les considera como individuos capaces y, por lo tanto, responsables de sus actos, pues hay una presunción genérica de que los individuos capaces pueden guiar su propia conducta atendiendo a las exigencias del ordenamiento jurídico. En el sentido contrario, a los incapaces no se les puede exigir adecuar su comportamiento al contenido de las normas y por lo tanto son inimputables, es decir, no son susceptibles de ser sancionados penalmente, pues se les excluye de la responsabilidad penal.

A partir de lo dicho es posible distinguir entre capacidad como habilitación —regulada en el ámbito del derecho civil— y capacidad como imputabilidad —regulada en el ámbito penal—. Ambos tipos de capacidad se regulan de manera negativa, es decir, en principio todos los individuos son capaces excepto los que la ley señale que no lo son.

Competencia

El concepto de competencia está relacionado con el de capacidad, en tanto que ambos pueden considerarse como autorizaciones para dictar ciertas normas. La diferencia reside en que la capacidad se refiere a una facultad limitada a auto obligarse jurídicamente; por ejemplo, Juan es capaz de celebrar un contrato de arrendamiento y por lo tanto se autobliga jurídicamente a lo estipulado en dicho contrato. La capacidad opera en el ámbito de lo privado y se atribuye a las personas; en cambio, la competencia es una facultad para obligar jurídicamente a otras personas, es decir, para dictar normas heterónomas; por ejemplo, el Presidente es competente para emitir un reglamento mediante el cual se obligue jurídicamente a otros. La competencia opera en el ámbito de lo público y se le atribuye a los órganos que pueden ser jurisdiccionales, legislativos o administrativos.

En cualquier sociedad medianamente desarrollada, la competencia está centralizada en ciertos individuos nombrados de manera específica. Para que un individuo tenga competencia para dictar normas válidas, en relación con un determinado sistema jurídico, debe estar autorizado por una norma válida de ese mismo sistema

que, a su vez, fue dictada por otro individuo competente, y así sucesivamente hasta llegar a un nivel en que un individuo u órgano ha dictado una norma válida que otorga competencia a otros de grado inferior, pero sin estar autorizado él mismo por una norma válida dictada por otro órgano superior competente.

Persona jurídica

La definición tradicional de persona jurídica se refiere a cualquier ser que tiene derechos y obligaciones. Vemos entonces que el concepto de persona jurídica se encuentra en estrecha relación con el concepto de capacidad, ya que afirmar que alguien es capaz implica que ese alguien es persona jurídica; ocurre así porque sólo las personas jurídicas tienen aptitudes para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero debe quedar claro que el concepto de capacidad es distinto que el de personalidad jurídica.[21] Sabemos que existen entidades distintas a los seres humanos que también son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones. Por lo mismo, uno de los puntos que hay que analizar para definir el concepto de persona jurídica es a quiénes reconoce el derecho positivo como personas jurídicas.

En los ordenamientos jurídicos encontramos normas que establecen facultades, obligaciones y sanciones a sujetos que no son seres humanos sino "personas colectivas" o "personas morales" y, en consecuencia, éstas también deben considerarse como personas jurídicas. Sin embargo, el tratamiento que brinda la ley a las personas físicas es distinto del que establece para las personas morales, lo que inclina a algunos autores a considerar que no es del todo exacto afirmar que ambas son igualmente personas jurídicas, aunque la doctrina divide tradicionalmente el concepto de persona jurídica en personas físicas (denominadas también naturales, individuales, humanas o de existencia visible) y personas morales (designadas también colectivas, ficticias, civiles o de existencia ideal).[22] Ante esta dificultad existen distintas teorías que intentan ofrecer una respuesta:

1. *Teorías negativas*: sostienen que no hay más personas jurídicas que los humanos. Estas teorías explican la existencia de normas jurídicas dirigidas a personas colectivas argumentando que se trata de un conjunto de bienes sin dueño afectados a un cierto fin, o que se trata de un condominio sujeto a reglas especiales, etcétera.

[21] Véase Leonel Pereznieto, *op. cit.*, pp. 167-169.

[22] Véase Javier Esquivel, *Racionalidad jurídica, moral y política*, Fontamara, México, 1996, pp. 49-76.

2. *Teorías positivas*: sostienen que además de los humanos, existen otras entidades que también son personas jurídicas. Para los defensores de estas teorías, las personas morales son entidades constituidas por una voluntad social independiente de la de cada uno de sus integrantes, o bien instituciones orientadas a ciertos fines alrededor de las cuales se reúnen hombres interesados en su realización, o incluso superorganismos cuya cabeza está constituida por los directivos de la sociedad, etc. Como se puede apreciar, estas propuestas no se pueden comprobar en forma empírica y son demasiado vagas.
3. *Teoría de la ficción*: es creada por Savigny, quien sostiene que, desde el punto de vista empírico, es evidente que las únicas personas son los humanos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede suponer ficticiamente la existencia de entidades que, sin ser humanos, también son titulares de derechos y obligaciones.
4. *Teoría de Kelsen*: propone que no hay diferencia sustancial entre una persona individual y una colectiva, entendiendo por persona individual una entidad jurídica, no un humano en el sentido psicológico y biológico. La persona, a diferencia del hombre, es un conjunto de derechos y obligaciones, una unidad de normas jurídicas. La diferencia entre persona individual y colectiva es que para la persona individual las normas se refieren a un solo humano, mientras que para la persona colectiva se refieren a un grupo de humanos. Por lo anterior, los únicos que pueden ser titulares de derechos y obligaciones son los humanos, pero algunas veces, por conveniencia técnica, los ordenamientos jurídicos personifican a los conjuntos normativos, no sólo en el caso de las personas colectivas, sino también en el de personas individuales imputándoles los actos de los individuos que actúan de acuerdo con dichos conjuntos normativos.
5. *La persona jurídica como una construcción lógica*: Hart señala que las teorías antes mencionadas suponen que un término no tiene función alguna en un sistema lingüístico si no se refiere a alguna entidad. Las teorías que niegan la existencia de personas jurídicas lo hacen al no poder determinar qué hechos denota la expresión "persona jurídica". Las teorías realistas atribuyen a la "persona jurídica" una referencia a hechos no verificables empíricamente. La teoría de la ficción establece que la expresión "persona jurídica" no tiene denotación real, pero los juristas le asignan una de manera ficticia. Kelsen le atribuye a la "persona jurídica" una referencia a ciertas entidades que son sistemas normativos.
6. Sin embargo, en el lenguaje encontramos muchos *términos que no hacen referencia a algún hecho u objeto*. A algunos de estos términos se les llama

> "teóricos"; de otros se dice que hacen referencia a "construcciones lógicas". Son palabras que pueden formar parte de frases significativas en tanto tales oraciones sean traducibles a otras que hablen acerca de hechos observables. Hart señala que la expresión "persona jurídica" pertenece a esta clase de términos, de tal modo que no se define haciendo referencia a otro objeto o hecho, no denota algún tipo de entidad ya sean seres humanos, organismos supraindividuales o entes ficticios. El análisis de la expresión mencionada debe centrarse en la función que ésta cumple en distintos contextos.

No obstante, Javier Esquivel considera que no es necesario recurrir a extravagantes teorías para defender la existencia de las personas morales. En su opinión, estas personas no son entidades conceptuales o ideales o invisibles o sobrenaturales, sino que su existencia es real y empíricamente observable, ya que son creadas por seres humanos a través de actos que presuponen la existencia de un sistema jurídico que otorga cierto sentido a dichos actos.[23] Asimismo, cabe señalar que no sólo las personas morales presuponen la existencia de normas para ser consideradas personas jurídicas, sino que también las personas físicas necesitan la preexistencia de ciertas normas para ser consideradas personas jurídicas, dado que en dichas normas se establecen los requisitos que deben ser satisfechos por los seres humanos para ser considerados personas jurídicas físicas, así como los requisitos que deben satisfacer los conjuntos de seres humanos para integrar una persona jurídica colectiva. Por esta razón, es falso creer que las primeras tienen una existencia física y las segundas tienen una existencia legal, sino que ambas necesitan la existencia de hechos físicos y de normas jurídicas.[24]

[23] *Ibid.*, pp. 68 y ss.
[24] *Ibid.*, p. 70.

Resumen

La teoría del derecho utiliza conceptos jurídicos fundamentales para describir su objeto de estudio. Sin embargo, estos conceptos no presentan un significado unívoco, sino que se han ido desarrollando a partir de distintas concepciones de la ciencia jurídica. Hans Kelsen elaboró un sistema de definiciones de los conceptos fundamentales y a partir de él ha girado la mayor parte de las discusiones modernas sobre los conceptos básicos.

Un concepto jurídico fundamental es la sanción. Comúnmente se había entendido la sanción como la amenaza de sufrir un mal; esta amenaza era externa a la norma y su función era que los individuos obedecieran las normas. A partir de Kelsen, la sanción se entiende como un elemento interno mediante la proposición "Si A debe ser B" donde B es la sanción que se define por ser un acto coercitivo que tiene por objeto la privación de un bien. El concepto kelseniano de sanción ha recibido varias críticas, principalmente por no considerar que también existen sanciones positivas.

El concepto de acto antijurídico había sido entendido tradicionalmente como un acto que merece ser sancionado, pero Kelsen lo entiende a la inversa: un acto es antijurídico por ser condición de una sanción. Siguiendo la proposición "Si A debe ser B", A es el acto antijurídico por ser condición de B.

En relación con el concepto de responsabilidad, Herbert Hart distingue cuatro sentidos en los que puede entenderse dicho concepto: como obligaciones derivadas de cierto cargo, como factor causal, como capacidad o estado mental o como punibilidad. Kelsen lo entiende en el último de los sentidos mencionados, es decir, como punibilidad o sancionabilidad, pues señala que un individuo es responsable cuando es susceptible de ser sancionado.

El concepto de deber jurídico se entendía tradicionalmente como un sentimiento de constricción o compulsión que experimentaban los individuos frente a las normas o, según otra corriente, el deber jurídico se debía a las acciones externas consistentes en el uso del poder coactivo. Sin embargo, hoy se acepta que el deber jurídico no puede analizarse mediante cuestiones empíricas descriptivas de ninguna clase de estados mentales ni acciones, sino que es necesario atender a la normatividad del derecho. Herbert Hart señaló al respecto que existe un deber jurídico cuando una persona está obligada, porque existe una norma independiente de su convicción moral o de la probabilidad de sufrir un mal.

Hohfeld describe el concepto de derecho subjetivo relacionándolo con un deber correlativo; en otras palabras, siempre que se habla de derecho subjetivo existe un

deber correlativo. Por su parte, Hans Kelsen desarrolla el concepto de derecho subjetivo distinguiendo cinco posibles sentidos en los que puede entenderse tal concepto, a saber: como equivalente a no prohibido, como equivalente a autorización, como correlato de una obligación activa, como correlato de una obligación pasiva, como derecho o libertad fundamental.

La capacidad en el ámbito del derecho civil se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones. Se hace la distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En el derecho penal, la capacidad está relacionada con aptitudes relativas al entendimiento, raciocinio y control de la conducta, de manera tal que una persona capaz es una persona responsable de sus actos y, por lo tanto, susceptible de ser sancionada. Por su parte, el concepto de competencia se relaciona con el de capacidad, ya que la competencia es la capacidad adquirida a través de una norma para realizar ciertos actos que obliguen jurídicamente a otras personas. El concepto de persona jurídica también se relaciona con el de capacidad ya que persona es cualquier ser que tenga derechos y obligaciones. Afirmar que alguien es capaz significa que ese alguien es una persona jurídica y se hace la distinción entre personas físicas y personas morales, ya que hay entes colectivos reconocidos jurídicamente como capaces de contraer derechos y obligaciones.

Cuestionario

1. ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?
2. ¿Cuál es la función de la teoría del derecho frente a los conceptos jurídicos fundamentales?
3. ¿Cómo ha evolucionado el concepto de sanción jurídica?
4. ¿Cuál es la diferencia entre la concepción tradicional y la concepción kelseniana sobre el concepto de acto antijurídico o ilícito?
5. ¿Cuáles son los cuatro posibles significados de responsabilidad jurídica según Hart y cuál de ellos utiliza Kelsen?
6. ¿Cómo explican la corriente psicologista y la corriente sociologista el concepto de deber jurídico y cuál es la principal crítica a tales explicaciones?
7. ¿Cuáles son las ventajas del concepto de deber jurídico propuesto por Hart frente a las propuestas de Austin y Bentham?
8. ¿Qué entiende Kelsen por deber jurídico y qué problema presenta dicha definición?
9. ¿Cuál es la diferencia entre la corriente jusnaturalista y la corriente juspositivista en torno al concepto de derecho subjetivo?
10. ¿Qué propone Hohfeld para distinguir el concepto de derecho subjetivo?
11. ¿Cuál es la discusión entre Ihering y Kelsen sobre el concepto de derecho subjetivo?
12. ¿Cuál es la diferencia entre capacidad y competencia?
13. ¿Cuáles son y en qué consisten las distintas teorías para explicar el concepto de persona jurídica?

Bibliografía

- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1996.
- Cruz, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.
- De Lucas, Javier (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Esquivel, Javier, *Racionalidad jurídica, moral y política*, Fontamara, México, 1996.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1991.
- Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2004.
- Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2000.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 9a. ed., Ariel, Barcelona, 1999.
- Pereznieto, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005.

5. TEORÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Comprenda, en términos generales, las características propias del conocimiento científico.
- Conozca los problemas que enfrenta el desarrollo del conocimiento científico.
- Distinga los usos de la expresión "ciencia jurídica".
- Entienda la discusión en torno al objeto, el método y el objetivo de la ciencia jurídica.
- Distinga las tareas propias de la dogmática jurídica.
- Comprenda la discusión sobre la naturaleza teórica o práctica del conocimiento jurídico.
- Comprenda la evolución de la ciencia jurídica moderna.

La ciencia y el conocimiento científico

Los problemas del conocimiento científico deben interesarle a todo aquel que se preocupa por la justificación y el establecimiento de la verdad del conocimiento jurídico. El debate en torno a la naturaleza del fenómeno jurídico, el tema de las categorías fundamentales de nuestra disciplina o la cuestión sobre el método más apropiado para la ciencia jurídica, generan preguntas muy importantes que no pueden entenderse al margen de los problemas básicos del conocimiento científico. Por ejemplo, el problema de cómo se justifica un enunciado general a partir de la experiencia que siempre es particular, es decir, el problema de cómo se vincula la teoría con la observación, es fundamental para entender y cuestionar el alcance de los distintos modelos teóricos de ciencia jurídica. Este problema, además, muestra una historia muy interesante. La concepción que de sí misma tiene la ciencia jurídica como disciplina en buena medida depende de esta historia.

La filosofía de la ciencia es la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico. La filosofía de la ciencia enfrenta los problemas filosóficos que de hecho se presentan en el curso de la investigación científica y ayuda a allanar el camino que permitiría encontrar soluciones claras, consistentes en teorías rigurosas, inteligibles y adecuadas a la realidad de la investigación científica. Para ser útil a la ciencia, la filosofía de la ciencia debe ayudarnos a distinguir la ciencia auténtica de la seudociencia, la investigación profunda de la superficial, la búsqueda de la verdad de la justificación de creencias sin fundamento racional. En otras palabras, la filosofía de la ciencia nos permite "reducir" la brecha entre los científicos y los filósofos.

Quien se interese por los problemas del conocimiento jurídico puede ser más útil si comprende el trasfondo filosófico de la investigación que se lleva a cabo en su campo. Si pretende tomar en serio los problemas de la formulación, la contrastación y la aceptación del conocimiento en general, debe intentar comprender los retos de la epistemología contemporánea y los cambios en la ciencia (y en las teorías de la ciencia) de su tiempo.[1] Sólo este camino parece ofrecernos una base firme para analizar el conocimiento científico y dar respuesta a las preguntas sobre

[1] La epistemología es la disciplina que se ocupa del estudio del conocimiento y de las creencias racionalmente justificadas. La epistemología intenta dar respuesta a preguntas como las siguientes: ¿Cuáles son las condiciones necesarias y suficientes del conocimiento?, ¿Cuáles son las fuentes del conocimiento?, ¿Cuál es su estructura y cuáles son sus límites?, ¿Cuáles son los criterios de justificación de las creencias racionalmente justificadas?

la justificación del conocimiento y la relación entre éste y el mundo empírico que pretende explicar.

A continuación se describe de manera muy esquemática el panorama contemporáneo del conocimiento científico.

Los miembros del Círculo de Viena (fundado en 1927) emprendieron una reflexión rigurosa en torno a la filosofía de la ciencia con ayuda de la lógica matemática. La epistemología que practicaban los miembros del Círculo de Viena, conocida también como el empirismo lógico, tiene su origen en dos ideas fundamentales: el conocimiento comienza con la experiencia y la información que se recoge a través de la observación debe expresarse en un lenguaje formal, lógico-matemático.

El principio de verificación como criterio para evaluar la significatividad de los enunciados de la ciencia fue el arma principal de su cruzada en contra de los argumentos que no pueden contrastarse con la evidencia empírica. En otras palabras, para los miembros del Círculo de Viena la ciencia nada tiene que ver con la metafísica en la medida en que no le corresponde ocuparse del significado de enunciados que no pueden confirmarse ni refutarse a través de la experiencia. La metafísica, para ellos, es lo que está más allá de la física, más allá de lo empíricamente verificable y, por ello, lo consideraban científicamente irrelevante. La epistemología del Círculo de Viena se encontraba, sin embargo, atada a una tradición empírica bastante limitada. La creencia de que cada oración significativa es equivalente a una construcción lógica de términos que refieren de manera inmediata a la experiencia era insuficiente para dar cuenta de las teorías científicas: el método inductivo no conseguía establecer la verdad de enunciados universales a partir de experiencias particulares. El empirismo tradicional enfrenta también, entre otros, el problema de su incapacidad para reconocer que la realidad está mediatizada por los conceptos previos que los sujetos tienen de ella.

Karl Popper, como lo señala Albert Calsamiglia, intentó conservar el empirismo sin sus puntos más débiles: la inducción y el principio de verificación.[2] Enarbolando un empirismo crítico, Popper reconoció que no es posible afirmar que un enunciado universal es verdadero, pero señaló que sí es posible, en cambio, afirmar que un enunciado universal puede ser falseado a través de la evidencia proporcionada por un solo caso que falsee un enunciado dado. El criterio al que recurre Popper para justificar la validez de los enunciados científicos es considerado por ello falsacionista: el único papel que le queda a la experiencia es refutar

[2] Véase Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 34 y ss.

teorías. En realidad, todo conocimiento es falible: las teorías científicas que se consideran verdaderas sólo son provisionales. En lugar de hablar de teorías "verdaderas" convendría decir que en un momento determinado algunas son más disponibles que otras en la medida en que resisten la falsación cada vez que se someten a prueba. Lo que caracteriza a una teoría en tanto teoría científica es que sea falseable: para ser científica la teoría debe remitirse a hechos que nos permitan refutarla.

Los criterios que nos permiten reconocer la verdad son problemáticos, no están dados en la naturaleza de manera que puedan ser descritos objetivamente a través de observaciones neutrales: las distintas versiones del racionalismo y el empirismo han ido construyendo, destruyendo y reconstruyendo estos criterios de maneras más o menos afortunadas, pero no podemos afirmar que hemos alcanzado una solución definitiva. Afirmar que existe una metodología de la ciencia que nos permita garantizar la verdad de los enunciados científicos es una trivialidad.

Autores como Thomas S. Kuhn, Paul K. Feyerabend e Imre Lakatos han cuestionado con severidad la metodología de la ciencia empírica tradicional. El supuesto básico de que es posible la observación pura y de que existe un lenguaje observacional neutral, independiente de las teorías, ha sido duramente criticado por ellos. Al tornarse problemática la observación científica se produce un giro en la relación entre teoría y observación, entre marcos conceptuales y percepción:

> La observación de un objeto "X" está moldeada por un conocimiento previo de "X" [...] Lo que un hombre ve depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual y conceptual previa lo ha enseñado a ver [...] El conocimiento está en la visión, no es algo adjunto a ella [...] Significancia y relevancia son nociones que dependen de lo que ya conocemos [...] Cuando cambian los paradigmas el mundo mismo cambia con ellos [...] Toda interpretación presupone un paradigma, pues éste le indica al científico qué califica como dato, qué instrumentos puede usar para capturarlo y qué conceptos son relevantes para su interpretación.[3]

Del modelo de Thomas S. Kuhn se desprende la tesis de que no hay una única manera de organizar conceptualmente la experiencia: la investigación científica intenta comprender la naturaleza en términos de alguna estructura teórica presupuesta. No hay, por lo tanto, percepciones puras, neutras, independientes de las perspectivas teóricas. Asimismo, las teorías científicas se construyen y desarrollan dentro de marcos generales de información conformados por una serie de presupuestos que

[3] Véase León Olivé y Ana Rosa Pérez Ransanz (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI-UNAM, México, 1989, pp. 11-25.

establecen los compromisos básicos (ontológicos, conceptuales, epistémicos, metodológicos, pragmáticos) en una disciplina o especialidad científica. Estas estructuras de presupuestos no son estables: los marcos de investigación cambian con el transcurso del tiempo.

El rechazo de las ideas de observación pura, de la existencia de hechos brutos y de un lenguaje observacional, independiente del teórico, dificulta enormemente la posibilidad de un auténtico conocimiento de la realidad, e incluso la noción de progreso en la ciencia parece cada vez más cuestionable: el desarrollo científico no es acumulativo ni lineal.

La influencia de Thomas S. Kuhn ha sido enorme: algunos filósofos de la ciencia, como Imre Lakatos y Larry Laudan han elaborado modelos para el desarrollo científico tomando como principal marco de referencia el modelo de Kuhn. Lakatos, por ejemplo, propone una metodología basada en unidades de análisis más amplias y complejas que las teorías consideradas en lo individual. Estas unidades de análisis, que Lakatos llama "programas de investigación científica", permitirían dar cuenta de cambios empíricamente "progresivos" o "degenerativos" en el conocimiento científico a partir de cierta tolerancia o flexibilidad metodológica y del rechazo de una racionalidad instantánea o demasiado rígida. La metodología de los programas de investigación científica de Lakatos se habría propuesto para solucionar algunos problemas que ni Popper ni Kuhn pudieron resolver.

Por otro lado, como lo señala Ana Rosa Pérez Ransanz, el modelo de cambio científico que ha propuesto Larry Laudan parte de la idea de que el objetivo de la ciencia es obtener teorías con un alto grado de eficacia en la solución de problemas. Las unidades de análisis que propone Laudan son las "tradiciones de investigación", entendidas como el conjunto de compromisos básicos (metafísicos y metodológicos) compartidos por una familia de teorías. El criterio de evaluación que propone Laudan está basado en la idea de que la eficacia global de una teoría en la resolución de problemas se determina estimando el número y la importancia de los problemas empíricos que resuelve, y restando a esto el número e importancia de las anomalías y de los problemas conceptuales que la teoría enfrenta.

Algunos autores, como Mario Bunge, consideran que el modelo de Kuhn es anticientífico en la medida en que considera la investigación científica como una actividad que construye colectivamente los hechos en lugar de estudiarlos, una empresa que no se propone alcanzar conocimientos objetivos acerca de la realidad, una actividad cuyos resultados no son universales sino que valen localmente por depender del interés material y el consenso. No es este el lugar para indicar cuál es la lectura correcta y el significado último de las tesis de autores como Kuhn, Fe-

yerabend, Lakatos y Laudan, sin embargo, cabe señalar que son pocos quienes dentro del ámbito de la dogmática jurídica parecen tener en cuenta sus propuestas al reflexionar sobre los distintos modelos de ciencia jurídica.

Las ciencias sociales y el derecho

Existe una diferencia importante entre las ciencias formales (lógica y matemática) y las ciencias fácticas o empíricas. Las primeras se ocupan de entes ideales o creaciones abstractas, mas no de los hechos que ocurren en la realidad. La verificación de los enunciados de las ciencias formales es meramente conceptual. Las ciencias fácticas o empíricas, por otro lado, se ocupan de objetos o "cosas" (materiales o morales) y requieren la verificación de sus enunciados mediante el contraste con la experiencia: la adecuación entre los enunciados y su objeto es fundamental.[4]

El terreno que permite la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales es más controvertido. Algunos autores consideran que no existe en realidad una diferencia cualitativa en cuanto al tipo de conocimiento que las caracteriza: tanto los enunciados de las ciencias naturales como los de las ciencias sociales requieren ser verificables a través de la experiencia, ya que su justificación depende de ello. El método mediante el cual alcanzan su justificación puede variar, incluso cada una ellas, por separado, se pregunta por la naturaleza de sus métodos válidos y apropiados.

Autores como Popper, Kuhn y Lakatos se distinguen en cuanto a la forma como plantean los problemas de la formulación, la contrastación y la aceptación del conocimiento científico; sin embargo, sus tesis pueden aplicarse tanto a las ciencias naturales como a las ciencias sociales. Esto no significa que las diferencias entre estas ciencias no sean importantes. Las ciencias sociales, a diferencia de las naturales, como lo señalan Hughes y Sharrock, no logran disociarse de la filosofía: continuamente plantean preguntas fundamentales acerca de su naturaleza, sobre cuáles son sus temas apropiados, sobre las razones de ser de sus investigaciones o, como ya lo señalamos, sobre la naturaleza de sus métodos válidos y apropiados.[5]

[4] Véase Leonel Pereznieto, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005, pp. 34-36.

[5] John Hughes y Wes Sharrock, *La filosofía de la investigación social*, FCE, México, 1999, p. 9.

Al señalar que la fuente válida del conocimiento reside en la experiencia sensible, David Hume sentó las bases del positivismo moderno y abrió la puerta al proyecto de las ciencias sociales.[6] Auguste Comte (1798-1857) es considerado el padre de la sociología por haberla justificado como una disciplina autónoma caracterizada por la aplicación del método científico. Asimismo, el positivismo como posición filosófica nace con el programa de Comte para las ciencias positivas y empíricas: a través de ellas los fenómenos sociales habrían de ser descritos sistemáticamente por leyes naturales, producto de la observación y la reflexión natural, que nos ayudarían a hacer predicciones.

Émile Durkheim (1858-1917) fue en realidad el primero en llevar a cabo el proyecto de Auguste Comte: Durkheim estableció las bases del análisis de los hechos sociales según el modelo de las ciencias naturales. Al definir el objeto de estudio de la sociología (el "hecho social" como un fenómeno en esencia moral, que puede llegar a comprenderse mediante la observación, la descripción, la comparación, las explicaciones causales y la liberación de prejuicios y prenociones sobre lo social) Durkheim dio el primer paso para dotar a las ciencias sociales de autonomía, rigor y objetividad. Pero Durkheim no pudo resolver satisfactoriamente dos problemas: establecer la realidad de lo social —debido a que consideraba los hechos sociales como modos de actuar, pensar y sentir externos al individuo y que tienen un cierto poder de control sobre él, al mismo tiempo que los consideraba "hechos de la vida colectiva", "cosas morales" que no pueden considerarse materiales en estricto sentido y abarcan también creencias e ideas— así como el problema de establecer los modos en que se pudiera investigar en forma científica esa "realidad de lo social".[7]

Los axiomas, las condiciones de investigación y los presupuestos básicos con los que trabaja el positivismo resultan problemáticos. El problema de la cercanía del objeto de las ciencias sociales con el sujeto que lo estudia; el problema de llevar a

---

[6] Nicanor Ursua *et al.*, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Historia, metodología y fundamentación científica*, Ediciones Coyoacán, México, 2004, p. 99.

[7] Para algunas tradiciones materialistas, es muy cuestionable la tarea de identificar la "realidad de lo social" como un objeto claramente diferenciado de los objetos propios de las ciencias naturales. De acuerdo con este punto de vista, existe una unidad tal entre el hombre, la naturaleza y la sociedad, que no es adecuado trazar una distinción entre ciencias sociales y ciencias naturales. El materialismo histórico, por ejemplo, considera que la producción económica y la estructura social que de ella se deriva determinan en buena medida la historia política e intelectual de las distintas épocas. El lector observará que no hemos seguido esta corriente de pensamiento y hemos optado por considerar el trabajo de Durkheim y Weber como los ejes a partir de los cuales se describe el desarrollo de las ciencias sociales.

cabo experimentaciones directas para establecer causas en las ciencias sociales; el problema de la preeminencia otorgada a la investigación empírica en la producción de conocimiento que surge cuando la objetividad de la ciencia depende de un "lenguaje de observación" (descripción escueta de la experiencia directa del mundo, conexión entre el lenguaje y el mundo que implica una correspondencia con la verdad), cuya neutralidad se empieza a cuestionar; el problema de utilizar este "lenguaje de observación" dudosamente neutral como fundamento para crear hipótesis acerca de fenómenos que no han sido directamente observados, etc., son todos problemas serios que no alcanzan a ser resueltos de manera satisfactoria por el proyecto positivista de las ciencias sociales que echó a andar Émile Durkheim.[8]

En realidad, desde el siglo XIX, por vías distintas a las que trazara el positivismo, algunos autores han intentado dotar a las ciencias humanas de un estatuto científico propio, como es patente en el siguiente texto:

> El positivismo no dejó ningún espacio a la idea de que historia y sociedad eran creaciones humanas y que esta creatividad libre constituía la esencia de todas las formas sociales. El estudio humano había de basarse en el hecho de que los seres humanos eran creadores con propósitos que vivían dentro de un mundo que tenía significado para ellos. La dualidad de lo subjetivo y lo objetivo era irreductible, es decir, no había manera de hacer que el estudio de la historia fuese propiedad exclusiva de las ciencias naturales y materiales, pues la realidad de la historia consistía fundamentalmente en fenómenos mentales o espirituales, ejemplificados en instituciones sociales, el derecho, la literatura, el gobierno, la moral y los valores.
>
> Investigar esta "realidad mental" era algo que requería un método totalmente distinto del de la ciencia natural, pero que no tuviese menor justificación filosófica. El método debía reconocer las acciones, acontecimientos y artefactos desde *adentro* de la vida humana en los términos en que eran experimentados y conocidos por quienes vivían entre ellos y por medio de ellos, y no por medio de la observación, como si fuesen una realidad externa percibida desde cierta distancia. Sólo se podía lograr el conocimiento de las personas mediante un procedimiento interpretativo fincado en la recreación imaginativa de las experiencias de los demás para captar el significado que para ellos tienen las cosas que hay en su mundo.[9]

Entre los autores que se encuentran en esta corriente de pensamiento destaca Max Weber (1864-1920). En búsqueda de un método propio para las ciencias sociales, distinto al tratamiento explicativo causal que había propuesto Durkheim siguiendo

[8] Las ideas de Popper y Kuhn que estudiamos en el apartado anterior pueden entenderse, en cierta medida, como una postura crítica frente al positivismo (particularmente frente al positivismo lógico, también conocido como empirismo lógico).

[9] John Hughes y Wes Sharrock, *La filosofía de la investigación social*, FCE, México, pp. 228 y ss.

el modelo de las ciencias naturales, Weber encontró una respuesta en la posibilidad de una "interpretación comprensiva": la comprensión es el método adecuado para captar fenómenos subjetivamente significativos, es decir, para entender un mundo significativo, intencional:

> Son los valores de nuestra propia cultura los que determinan los tipos de intereses que tenemos en la historia y en el mundo social como algo subjetivamente significativo. [...] Procede aplicar aquí un método diferente de investigación, dado el interés teórico de comprender o interpretar la significación, y éste es el método de *verstehen* (comprensión), es decir, tratar de reconstruir la experiencia subjetiva de los actores sociales.[10]

A través de la "interpretación comprensiva" se podría estudiar la acción humana con mayor profundidad, pero Weber sabía que a cambio de ello habría que pagar un precio en materia de objetividad, precisión y conclusión. La distinción entre hecho y valor, así como el planteamiento del método de los tipos ideales[11] constituyen los instrumentos a partir de los cuales Max Weber propone un medio para captar con más objetividad un mundo de significados subjetivamente sostenidos.

La obra de Max Weber ejemplifica de manera significativa el pensamiento de la "alternativa interpretativa". Es un ejemplo, entre otros de naturaleza muy variada, de los esfuerzos de hermeneutas, fenomenólogos, lingüistas, filósofos y sociólogos que intentan superar los límites de la explicación causal sin desconocer del todo la "racionalidad científica" de la tradición empirista. No es éste el lugar adecuado para hacer un recorrido completo de las distintas posturas interpretativas y críticas. Debemos, sin embargo, sugerir al estudiante la lectura de la obra de autores como Hans-Georg Gadamer, Ludwig Wittgenstein, Peter Winch, Jürgen Habermas y Michel Foucault.

Habría que hacer, finalmente, un breve comentario sobre la obra de Talcott Parsons debido a la influencia que ejerció sobre el pensamiento teórico del derecho. Parsons intentó sentar las bases de una teoría general de la acción social al integrar las teorías económica y sociológica. Esta teoría, creía Parsons, nos permitiría encontrar una solución al problema del orden social al ubicar de manera adecuada los motivos y las orientaciones de la acción en relación con los aspectos normativos de la vida social. Al elaborar su teoría, Parsons se alejaba conscientemente de las

[10] *Ibid.*, p. 235.

[11] Los aspectos irracionales y emotivos de la conducta humana deben entenderse como desviaciones de un tipo conceptualmente puro de acción racional que nos permitiría imaginar cómo se comportarían las personas si fueran lógicamente coherentes.

teorías que de manera limitada explicaban la ordenación social basándose en la prosecución del interés propio, en la actuación de la fuerza coercitiva o en nociones vinculadas al "espíritu de la época". Parsons también se sumó al rechazo del positivismo que concibe la acción humana sólo como una respuesta a estímulos materiales exteriores.

La idea de que es posible elegir entre distintas vías de acción es fundamental en la teoría de Parsons. No obstante, este autor concibe la acción enraizada y delimitada por normas y principios básicos de acción (valores); en otras palabras, no considera que la acción sea completamente libre. La voluntad juega un papel importante, pero limitado, en su teoría de la acción social.

El factor normativo (formado por las normas y valores), la atención a las constantes y a los rasgos comunes de la vida social, así como la idea de partir de una base que considere las posibles relaciones entre un amplio orden de fenómenos, son también aspectos importantes en el intento de Parsons por construir un esquema completo y sistemático que exponga las relaciones dinámicas existentes entre las variables más importantes en el estudio de la sociedad humana. En realidad la propuesta de Parsons es un paradigma omnicomprensivo de los sistemas sociales y culturales.

La propuesta de Norberto Bobbio de reconocer la necesidad de establecer nuevas y más estrechas relaciones entre la ciencia jurídica y las ciencias sociales proviene en parte de la influencia que ejerció sobre él la teoría de Parsons (aunque Bobbio también le criticó a Parsons que ignorara la ciencia jurídica y que no recurriera a autores importantes para la ciencia jurídica como Kelsen). El reconocimiento de la crisis del primado del derecho, es decir, la duda en su capacidad para influir en el cambio social y la conciencia de sus límites en lo que respecta a su función específica dentro de la sociedad, también conducen a Bobbio a recomendar que el jurista establezca nuevos y más profundos contactos con psicólogos, sociólogos, antropólogos, politólogos, etc. Sin embargo, es preciso reconocer de manera diferenciada la labor del jurista y del científico social para evitar los peligros de confusión que conlleva un "sociologismo irreflexivo" en la ciencia jurídica. Como asegura Norberto Bobbio, la interdisciplinariedad presupone siempre una diferencia entre la labor del jurista y la del científico social. No hay que confundir los materiales de los que uno y otro pueden disponer con el modo en que estos mismos materiales son utilizados. En su texto "Derecho y ciencias sociales", así plantea Norberto Bobbio la diferencia entre las tareas que desempeñan sociólogos y juristas:

> El problema que el sociólogo y el jurista tienen en común es el de la relación entre regla y comportamiento. Pues bien, el sociólogo usa las reglas de comportamiento que encuentra en su camino

para explicar por qué ciertos individuos se comportan de un cierto modo, es decir, usa las reglas como una de las variables del procedimiento explicativo y eventualmente predictivo al que tiende; el jurista usa las mismas reglas para calificar los comportamientos como lícitos o ilícitos, es decir, para establecer por qué nos *debemos comportar* de un modo más bien que de otro. Sociólogo y jurista recorren un camino inverso respecto a la relación entre regla y comportamiento: el sociólogo parte generalmente del comportamiento para llegar a la regla que eventualmente lo pueda explicar; el jurista parte de la regla para llegar al comportamiento que es la realización de la regla. Para servirse de una regla como criterio de explicación y de previsión le basta al sociólogo que sea eficaz; para servirse de una regla al objeto de calificar un comportamiento, y, por tanto, con fin prescriptivo, al jurista le es necesario que sea también válida. El comportamiento previsto por una regla viene tomado en consideración por el sociólogo para observar el efecto de la regla sobre el comportamiento; por el jurista para juzgarlo. Para el sociólogo una regla, respecto al comportamiento, es relevante o irrelevante; para un jurista, un comportamiento, respecto a una regla, es lícito o ilícito.[12]

La perspectiva del jurista es distinta a la del sociólogo. También son distintos los fines —el del sociólogo, dice Bobbio, es describir cómo van las cosas, el del jurista es describir cómo deben ir— y es distinto el tipo de operaciones intelectuales que uno y otro efectúan sobre la misma realidad; en el sociólogo, la observación de los comportamientos prevalece sobre la interpretación de las reglas; en el jurista, la interpretación prevalece sobre la observación.

Concepto de ciencia jurídica

La evolución histórica de la expresión "ciencia jurídica" no es de ninguna manera lineal ni se caracteriza por la simple acumulación de conocimientos. La expresión "ciencia jurídica" se ha utilizado en sentidos muy distintos para designar tareas muy diversas. Como lo señala Carlos S. Nino, no es nada fácil circunscribir la actividad teórica a la que se quiere aludir cuando se utiliza la expresión "ciencia jurídica": los estudiosos del derecho comentan y explican el alcance de leyes y decisiones judiciales, preparan o sugieren reformas legales, dan cuenta de la evolución histórica de cierta institución jurídica, intentan describir sistemáticamente un conjunto normativo, intentan resolver problemas interpretativos y de aplicación, explican el contexto socioeconómico de cierta regulación y sus consecuencias

[12] Norberto Bobbio, "Derecho y ciencias sociales", en *Contribución a la teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 228-230.

en el plano social, elaboran y discuten construcciones que llaman "teorías" y que se encuentran en un nivel de cierta abstracción respecto de los preceptos de un orden jurídico particular, proponen distinciones conceptuales (los conceptos jurídicos fundamentales, por ejemplo) destinadas a esclarecer la comprensión de los fenómenos jurídicos en general y a facilitar el manejo de cierto material jurídico en particular, encaran discusiones de filosofía política y moral relevantes para justificar instituciones jurídicas, entre otras tareas.

Alcanzar un conocimiento racional del derecho es, en términos muy generales, el objetivo de la "ciencia jurídica". Más allá de esta afirmación es difícil encontrar consensos. Algunos han entendido la "ciencia jurídica" como una actividad que produce un conocimiento puramente pragmático, dirigido a conseguir ciertos fines; para otros se trata más bien de un conocimiento teórico que no está volcado a la práctica. Asimismo, tampoco ha existido un consenso claro en cuanto al objeto de estudio de la ciencia jurídica en el transcurso del tiempo: ¿su objeto es un determinado derecho vigente, los conceptos jurídicos fundamentales válidos para cualquier derecho, el derecho considerado como un fenómeno social y empírico? ¿La ciencia jurídica es la dogmática jurídica, la teoría general del derecho, la sociología jurídica?

La pluralidad de formas a través de las cuales se ha entendido el conocimiento racional del derecho ha dependido de diversas circunstancias sociales, ideológicas y de todo tipo, como lo señala Manuel Atienza, pero también del propio concepto de ciencia predominante en cada momento histórico. Tal vez incluso sea más propio hablar de distintos *saberes jurídicos*, algunos de los cuales no pueden ser denominados cabalmente científicos.[13]

Resulta difícil considerar el derecho como objeto de un saber verdaderamente científico, debido a que nos encontramos frente a un fenómeno histórico, variable y contingente. ¿Cuál habría de ser el método y el modelo de cientificidad más adecuado para un objeto tan peculiar como el derecho? El debate en torno al formalismo que habría de marcar de manera definitiva la discusión en torno a la "ciencia jurídica" en la época moderna gira alrededor de la cuestión sobre si el modelo de cientificidad más adecuado es el lógico-formal o el que procede de las ciencias fácticas o empíricas. Más adelante trataremos con mayor detalle el tema del desarrollo de la ciencia jurídica moderna; por ahora sólo nos interesa plantear algunos de los distintos problemas vinculados al concepto de "ciencia jurídica".

[13] Véase Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 2000, p. 193.

Otra cuestión importante que debe tenerse en cuenta al reflexionar en torno al objeto de la "ciencia jurídica" es que el derecho positivo reviste la forma de enunciados discursivos cuyo sentido no es obvio: no es sencillo distinguir las normas de las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del derecho debido a que la determinación de sentido de los enunciados normativos es problemática. Así, no siempre resulta clara la distinción entre el derecho positivo, en cuanto conjunto de normas, y la ciencia o ciencias del derecho. Cabe intentar distinguir entre el nivel del derecho positivo, el nivel de la ciencia o ciencias del derecho (jurisprudencia tradicional o dogmática jurídica, sociología del derecho, teoría general del derecho, derecho comparado, etc.) y el nivel de la teoría de la ciencia jurídica, es decir, el nivel que se ocupa de los distintos modelos de las ciencias jurídicas. Tal vez valdría la pena formular un comentario para aclarar la distinción entre estos dos últimos niveles: una cosa es describir el derecho positivo y otra cosa es describir o proponer los modelos de ciencia jurídica que nos permiten llevar a cabo ese estudio del derecho positivo.

Por otro lado, como lo señala Albert Calsamiglia, la perspectiva que nos abre Thomas S. Kuhn nos sugiere que es posible plantear la cuestión de los métodos y los procedimientos que utilizan los juristas desde las propias disciplinas jurídicas: dado que la epistemología contemporánea ha flexibilizado de manera notable la noción de ciencia, no se justifica a partir de un concepto previo de ciencia para encuadrar los diversos *saberes* como "científicos" o "acientíficos". Si es posible partir del presupuesto de que ciencia es lo que hacen y reconocen como tal las comunidades científicas, entonces es posible analizar cuáles son los supuestos y reglas del juego de una comunidad institucionalizada —como la comunidad de aquellos que practican la dogmática jurídica— y juzgar su rendimiento explicativo. Quizá resulte más relevante en términos prácticos analizar los presupuestos, métodos y procedimientos que utiliza la comunidad dogmática, que preocuparnos demasiado por el problema de su cientificidad.[14] El saber jurídico no aumenta su rendimiento explicativo ni progresa por el hecho de que un filósofo de la ciencia diga que la dogmática es una ciencia. La consideración de ciencia del saber jurídico es importante desde el punto de vista de la consideración social y el prestigio que tienen los juristas, pero no desde el punto de vista cognoscitivo.

[14] Quienes se encuentren interesados en el tema del estatuto epistemológico de la ciencia jurídica pueden seguir el debate entre Manuel Atienza y Roberto J. Vernengo que se encuentra en el número 3 de la revista *Doxa*. (Roberto J. Vernengo, "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del derecho?" en *Doxa*, http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml, fecha de consulta: 18 de abril de 2006.)

Para saber cómo debe ser el estudio del derecho debemos conocer cómo son, ahora, los estudios del derecho. En lugar de partir de ciertos presupuestos acerca de las exigencias que una actividad científica debe satisfacer y construir modelos de una ciencia referida al derecho que se atenga a esos cánones, lo primero que deberíamos intentar es describir la actividad que los juristas efectivamente desarrollan. Debemos identificar los distintos usos de la expresión "dogmática jurídica". Debemos distinguir con la mayor claridad cuáles son las tareas que llevan a cabo quienes practican la dogmática jurídica. Debemos analizar detalladamente los presupuestos, métodos y procedimientos de esta disciplina. Debemos averiguar qué tipo de saber produce la tarea del dogmático jurídico y qué tipo de funciones cumple en relación con el sistema jurídico.

La dogmática jurídica como saber científico

La expresión "dogmática jurídica" se asocia comúnmente al positivismo: la jurisprudencia es una "dogmática" porque no parte de hechos experimentales sino de proposiciones dadas e intocables. A decir de Manuel Atienza, el carácter dogmático de la jurisprudencia (o dogmática jurídica) es entendido usualmente en el sentido de que la actividad desarrollada por los dogmáticos no es una investigación "libre" como la que llevan a cabo *las otras ciencias*, sino que está limitada por las normas vigentes que son consideradas como dogmas. La jurisprudencia es una actividad "dogmática" en cuanto supone la aceptación de ciertos puntos de partida que quedan fuera de discusión. Este carácter dogmático no debe interpretarse forzosamente como algo negativo (el carácter dogmático permite a la jurisprudencia cumplir su función de aumentar las posibilidades de decisiones previsibles dentro del sistema) y no debemos aproximar en forma excesiva esta actividad a la de la teología dogmática, debido a que las normas —los dogmas en la jurisprudencia— son esencialmente mutables: la dogmática jurídica contribuye precisamente a ese cambio. Asimismo, en particular después de Thomas S. Kuhn, sabemos que los dogmas juegan también un papel relevante en el campo de la ciencia.

Atienza considera que la dogmática jurídica es un tipo de saber cuyo objeto de estudio es un sistema (o subsistema) jurídico determinado, dotado de vigencia.[15] La

[15] Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 246-254.

dogmática jurídica estudia, por ejemplo, el derecho civil mexicano vigente o la materia de las obligaciones en el Código Civil del Distrito Federal vigente. Se ocupa de normas claramente determinadas en el tiempo y en el espacio. Esta característica permite diferenciar la dogmática jurídica de la teoría general del derecho, cuyo objeto es el derecho en general, pero no un sistema jurídico en particular. Por otro lado, las proposiciones de la dogmática jurídica se efectúan desde un punto de vista interno o normativo, en el sentido de que quien las emite se encuentra entre los mismos destinatarios de las normas y parte de la aceptación de las normas vigentes como criterio exclusivo de regulación del comportamiento, de modo que no las considera como simples medios que cabe utilizar y manipular para alcanzar un cierto fin. En este punto es pertinente abordar el tema del carácter teórico y práctico del conocimiento jurídico. Para una tradición, dentro de la que se encuentran Kelsen y Hart, ambos juristas, y el sociólogo Max Weber, es posible y conveniente separar con nitidez la dogmática de la sociología del derecho y de la política jurídica. Para otra tradición es discutible la autonomía de la jurisprudencia, ya que ésta tiene en su opinión un carácter sociológico y político inevitable.

Atienza sigue una tesis débil de la vinculación entre la dogmática jurídica y el ámbito político cuando apunta las funciones que cumple la dogmática jurídica en relación con el sistema jurídico: *a)* suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes, *b)* suministrar criterios para el cambio del derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; *c)* elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos.

En oposición al modelo de ciencia jurídica tradicional, ocupada sobre todo de problemas de orden abstracto y de naturaleza más bien cognoscitiva, Atienza se inclina por una concepción pragmática del saber de los juristas orientada a la obtención de resultados prácticos. En su opinión, la dogmática jurídica es una técnica o una tecnología, más que una ciencia.

Según Atienza, la dogmática jurídica es una actividad valorativa y no simplemente descriptiva. Es valorativa en la medida en que se orienta hacia la aplicación e interpretación del derecho, actividades que este autor considera no son operaciones mecánicas sino que presuponen y envuelven valoraciones.

Detrás de la discusión sobre la orientación teórica o práctica del conocimiento jurídico, sobre la tarea prescriptiva y valorativa o meramente descriptiva de esta disciplina, no sólo está la polémica en torno al carácter científico o técnico de la dogmática jurídica, pues el debate refleja también el tema de las posibles conexiones entre el modelo de ciencia jurídica y el propio concepto de derecho. Como lo señala Santiago Sastre Ariza, el concepto de derecho influye en el modelo de ciencia, pero

también ocurre a la inversa: es posible que el concepto que se tenga de la ciencia del derecho determine el concepto del objeto de esa ciencia, es decir, el concepto de derecho. Por ejemplo, a una noción del derecho que lo presenta como un objeto muy bien delimitado, dotado de un sentido objetivo en términos kelsenianos, corresponde una noción de ciencia de carácter objetivista identificada con la objetividad y la neutralidad valorativa.[16]

Algunos autores siguen caminos muy diferentes. Carlos Santiago Nino, por ejemplo, rechaza la idea de que la actividad teórica frente al derecho debe eludir consideraciones y elaboraciones de índole axiológica para preservar su carácter racional. Nino señala que es posible formular distinciones conceptuales que permitan manejar adecuadamente las ideas valorativas subyacentes al material jurídico, sin perder de vista los aspectos descriptivos y lógicos de una teoría jurídica normativa adecuada.[17]

En cierto sentido, Atienza comparte la postura de Nino cuando señala que la dogmática jurídica no sólo pretende ser descriptiva e identificar problemas interpretativos en el derecho vigente, ya que también establece propuestas sobre cómo debería configurarse el derecho para obtener ciertos fines o realizar determinados valores. Atienza considera que el jurista teórico ha cumplido siempre una función prescriptiva, en la medida que contribuye a formar el derecho. Así, la producción, interpretación y aplicación del derecho son operaciones que engloban no sólo normas, sino también hechos y valores. Asimismo, el jurista dogmático no busca analizar las normas jurídicas desde un punto de vista causal, explicando por qué una determinada norma está vigente en lugar de otra, o qué efectos producen las normas en el sistema social, sino desde un punto de vista normativo, suministrando criterios para el desarrollo y funcionamiento del derecho.

El contraste entre la función descriptiva y la función prescriptiva de la dogmática jurídica podría expresarse de la siguiente manera: algunos autores consideran que la dogmática sólo cumple una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, cognoscitiva, dedicada a *describir* un conjunto de normas de derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático (también podría quedar comprendida aquí la tarea de *describir* opciones de interpretación en caso de que el contenido sí resulte problemático). Para otros autores, entre ellos Carlos S.

[16] Santiago Sastre Ariza, "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2004, pp. 579-601.

[17] Carlos S. Nino, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2003, pp. 89-107.

Nino, Christian Courtis, la dogmática contiene también un componente prescriptivo o normativo. Courtis entiende este componente en dos sentidos: 1) en el sentido de que el dogmático puede señalar razones para inducir al aplicador de la norma a preferir una interpretación del contenido del derecho positivo sobre otras interpretaciones posibles, derivadas del derecho positivo vigente, o 2) en el sentido de que el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser derivada del derecho positivo. En este sentido, postula que la mejor solución implica no la interpretación sino la modificación del derecho positivo vigente.

Christian Courtis afirma que en el propio campo de la dogmática no existe una división fundamental de tareas entre quienes realizan una labor de sistematización o comentarios de *lege lata*, y quienes formulan propuestas de *lege ferenda*. Las propuestas de *lege ferenda* se incluyen en las mismas obras en las que se desarrolla el resto de los empeños de la dogmática, "[...] sin que los juristas sientan que están realizando tareas incompatibles o desconectadas entre sí [...]".[18]

Por último, los avances o las soluciones ofrecidas por la dogmática jurídica sólo lo son en relación con un determinado texto normativo, naturalmente susceptible de ser cambiado y que se enmarca dentro de una cierta configuración normativa, un cierto orden de valores. En otras palabras, el carácter mutable y fuertemente nacional de la jurisprudencia, es decir, de las distintas dogmáticas jurídicas, limita la difusión de los "avances" dogmáticos.

La ciencia jurídica moderna

El formalismo jurídico

La ciencia jurídica moderna, en el sentido que hoy la conocemos como dogmática jurídica, surge en Europa a comienzos del siglo XIX en tres grandes centros de desarrollo: Alemania con la *Escuela histórica* y posteriormente con la Jurisprudencia de conceptos, Inglaterra con la Jurisprudencia analítica y Francia con la Escuela de la Exégesis. Las tres escuelas comparten un punto de partida: el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo o *puesto*, bien sea por el pueblo,

[18] Véase Christian Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en Christian Courtis (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.

por el soberano o por el autor de un código, respectivamente. Por el carácter abstracto y formal que le asignan a la ciencia del derecho, estas escuelas se agrupan bajo la denominación de *formalismo jurídico.*

Escuela Histórica y Jurisprudencia de Conceptos

En Alemania la Escuela Histórica del Derecho estuvo vigente desde principios del XIX hasta fines del mismo siglo. Para F.C. von Savigny (1779-1861), en su obra principal *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* (1814), el derecho, al igual que las demás manifestaciones o creaciones humanas, es considerado un fenómeno histórico, producto del "espíritu de un pueblo". Pero si bien todo el derecho procede del espíritu del pueblo, el derecho popular debe ser exteriorizado (no creado) de diversos modos. El primero de ellos es a través de la costumbre; en segundo lugar, a través de la ley; y el tercero, es el derecho de los juristas. La labor de estos últimos es poner de manifiesto principios y normas implícitos en el derecho popular. De aquí que se plantee a la ciencia jurídica una doble orientación: histórica (positiva, concreta) y filosófica (absoluta, sistemática, general):

Como señala el mismo Savigny al respecto:

> [...] el Derecho es primeramente una parte inseparable de la "naturaleza" de un "pueblo". En el estadio de la "cultura", con sus "infinitos detalles", se emancipa de la "conciencia común", se hace contenido de una "actividad del pueblo" separada y recae en la "conciencia" de los juristas de profesión.[19]

Tomada en su conjunto, como sostiene Atienza, la significación de la Escuela Histórica para el pensamiento jurídico es un tanto ambigua. Por un lado, es la negación del derecho natural, y la afirmación del positivismo jurídico al entender el derecho como un producto histórico y social. Por otro lado, la Escuela Histórica no se conformó con identificar derecho con derecho positivo, sino que consideró también que el derecho positivo poseía en sí mismo una justificación inmanente y absoluta. El derecho tendió a configurarse como un objeto encerrado en sí mismo

[19] Joachim Rückert, *Friedrich Carl von Savigny*, en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 61.

y aislado tanto de consideraciones éticas como de la propia realidad histórica-social. La Escuela Histórica acabó por producir una ciencia del derecho abstracta y formal: la Jurisprudencia de Conceptos.[20]

Savigny, junto con Georg Friederich Puchta (1798-1846), fueron los precursores de la Escuela de la Jurisprudencia de Conceptos, que halló en Rudolf von Jhering (1818-1892), el "primer" Jhering, uno de sus más lúcidos representantes. En la obra principal de este autor para dicho periodo, *El espíritu del derecho romano* (1852-1865), hace explícito su programa de trabajo:

> En lugar de la lente microscópica —la lente exegética para investigar un texto de las *Pandectas*— necesitaremos un telescopio; es decir, que en vez de atender a la forma como se transmite el Derecho romano, debemos atender a la historia natural del Derecho en general. Sólo así, mediante una doctrina general de la naturaleza del Derecho, podremos juzgar un derecho particular.[21]

El método desarrollado por la Jurisprudencia de Conceptos podría resumirse en las siguientes proposiciones:

1. Actitud de adhesión formal al derecho legislado que se le supone completo, preciso y coherente.
2. Adopción de la tesis de la Escuela Histórica que consiste en considerar el espíritu del pueblo como la fuente por excelencia del derecho.
3. Las ideas jurídicas de los científicos del derecho se encarnan en los "conceptos jurídicos fundamentales".
4. Hay una relación causal entre los conceptos jurídicos, las normas legisladas y las consecuencias sociales de las mismas.
5. Mediante la formulación, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos, método llamado de la "construcción", es posible formular nuevas reglas, contenidas implícitamente en el derecho legislado.
6. La tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones con base en las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente aquella de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos.[22]

[20] Véase Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998, pp. 176-177.
[21] José Javier López Jacoiste, "Rudolf von Jhering", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, p. 310.
[22] Véase Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, p. 26.

Jurisprudencia analítica

La jurisprudencia analítica inglesa inicia a principios del siglo XIX con John Austin (1790-1859). Admirador del desarrollo de la dogmática jurídica alemana, en especial de la obra de Savigny, y bajo la influencia de Jeremy Bentham (1748-1832), publicó su conocida obra *The Province of Jurisprudence determined* (1832). Para Austin el objeto de la ciencia del derecho son las normas jurídicas positivas, que pueden caracterizarse como un mandato general emitido por el soberano a los súbditos y respaldado por sanción coactiva. Por soberano entiende Austin el poder supremo, generalmente obedecido en una comunidad determinada. En sus términos: "El objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamado o derecho establecido por superiores políticos e inferiores políticos".[23]

Austin parte de una clara distinción entre el derecho y la moral, entre lo que *es* y lo que *debe ser* derecho. La *jurisprudencia* se ocupa de lo que *es* el derecho, mientras que la *ciencia de la legislación*, lo hace con respecto a lo que *debe ser*. Esta última presupone la primera. Austin distingue, a su vez, el derecho en cuanto singularidad histórica —los derechos positivos— del derecho pensado en abstracto, esto es, los principios y nociones comunes a los diversos sistemas jurídicos y que pueden inferirse a través de la inducción y del análisis. El estudio de este último corresponderá a la *jurisprudencia analítica* mientras que el estudio de los derechos positivos corresponderá a la *jurisprudencia particular*. La *jurisprudencia analítica* es una ciencia construida *a posteriori*, pues los conceptos se obtienen a partir del análisis de la experiencia, por la confrontación entre los diversos derechos históricos. De esta manera Austin abrió el camino a la elaboración de una ciencia formal del derecho que no se planteó el estudio del derecho vigente, sino del sistema de conceptos a que se reducía el derecho.[24]

Escuela de la Exégesis

A fines del siglo XVIII, y bajo la influencia del jusnaturalismo racionalista, se planteó la necesidad de construir alguna teoría general que diera cuenta de la creación

[23] Véase Rolando Tamayo y Salmorán, "La teoría del derecho de John Austin", en *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1984, pp. 37 y ss.
[24] Véase Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 178 y ss.

y fijación de las leyes en un cuerpo metódico y ordenado. La fe en la razón y la creencia en un legislador con poder omnímodo dieron lugar a lo que se conocería como el movimiento codificador. En Francia, la Asamblea Constituyente había acordado que: "[...] las leyes civiles serían revisadas y reformadas por los legisladores, y se hará un Código general de leyes simples, claras y ajustadas a la Constitución [...]".[25] En 1804 aparece el Código Civil, al que siguieron el Código de Procedimiento Civil (1807), el Código de Procedimiento Penal (1808), el Código de Comercio (1808) y el Código Penal (1810). A partir de este momento:

> [...] no existiría otro Derecho que el emanado del legislador; ni más principios jurídicos que los contenidos en el propio Derecho positivo. El Derecho quedaba reducido, en consecuencia a la ley, y ésta, a la voluntad del Estado. El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley. [...] Por tanto, la interpretación del Derecho se reduce a indagar el sentido del texto, es decir, la intención del legislador y, a lo más, en las circunstancias históricas que motivaron su redacción.[26]

Así nació la Escuela de la Exégesis, y entre sus miembros más destacados cabe mencionar a Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), Charles Aubry (1803-1883) y Jean Charles Demolombe (1804-1887).

La Escuela de la Exégesis suele diferenciarse en tres etapas: la primera, de fundación, desde el Código de Napoleón de 1804 hasta 1830; la segunda, de apogeo, hasta 1880; y la tercera, de decadencia, hasta 1900. En general, y de acuerdo con uno de los primeros estudiosos de esta escuela, J. Bonnecase,[27] se podrían resumir las características principales de la misma en las siguientes:

1. Culto al texto legal e identificación entre derecho y ley. La creación del derecho es obra exclusiva del legislador y el juez se limita a aplicarlo.
2. La interpretación del derecho depende de la voluntad del legislador.
3. El derecho es producto del Estado, por lo que la primera y única fuente del derecho es la ley.
4. Esta concepción que privilegia a la ley es compatible con el derecho natural en su vertiente racionalista.
5. Culto a la autoridad y al precedente y consideración del código como un texto sagrado.

[25] Véase Javier Alvarado, "Introducción", en Rafael Domingo, *op. cit.*, p. 30.
[26] *Ibid.*, p. 31.
[27] Julien Bonnecase, *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, trad. José M. Cajica, Cajica, México, 1944.

En este sentido, la versión legalista, formalista y "neutral" del derecho, de la Escuela de la Exégesis, mantuvo a ésta ajena a las circunstancias políticas, sociales y económicas del periodo.

Como hemos visto, las tres escuelas hasta aquí analizadas caracterizaron al llamado positivismo jurídico de corte formalista. Guardando todas las diferencias y haciendo un esfuerzo de síntesis, podríamos resumir con Norberto Bobbio los postulados principales del "positivismo teórico" de este modo:

1. En cuanto a la definición del derecho, se aplica la teoría de la coactividad, es decir, el derecho es un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social determinado.
2. Con respecto a la definición de norma jurídica, se adopta la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos.
3. Con respecto a las fuentes del derecho, se afirma la supremacía de la ley y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial y del derecho natural, si es el caso, al carácter de fuentes subordinadas.
4. La consideración del sistema jurídico como un complejo de normas con carácter de plenitud (ausencia de lagunas) y coherencia (ausencia de antinomias).
5. Con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad lógica y exclusivamente de aplicación.[28]

La revuelta contra el formalismo

Como reacción al positivismo formalista aparece, desde fines del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX, lo que en palabras de Renato Treves se ha dado en llamar "revuelta contra el formalismo". Esta revuelta fue encabezada en Alemania por la *jurisprudencia de intereses*; en el ámbito anglosajón por Oliver Wendell Holmes (1841-1935) y la Escuela del Realismo Jurídico Norteamericano; en Francia por Francois Gény (1861-1959), con su crítica a la Escuela de la Exégesis. Dentro de esta "revuelta contra el formalismo", y como compañero de ruta, merece una especial mención el marxismo jurídico.

[28] Véase Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. al castellano por Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991, pp. 37 y ss.

Jurisprudencia de intereses

La revuelta contra el formalismo en Alemania se dirigió contra la Jurisprudencia de Conceptos. En sus inicios, esta "revuelta" fue encabezada por el "segundo" Jhering con obras tan destacadas como *La lucha por el derecho* (1872) y *El fin en el derecho* (1877-1883) junto con Otto von Gierke (1841-1921). La autocrítica de Jhering y las ideas de Gierke dieron lugar a lo que, ya en el siglo XX, se conoce como *jurisprudencia de intereses*, encabezada por Philipp Heck (1858-1943). Para este autor, la jurisprudencia de intereses no sólo debe tomar distancia del formalismo jurídico —Heck no dudó en criticar a Hans Kelsen por sus intentos de resucitar la jurisprudencia de conceptos—, sino también del movimiento de Derecho Libre y del sociologismo jurídico que, como veremos, otorgan una prevalencia a la vida real y a las exigencias derivadas de ésta por encima de cualquier norma existente.

En un esfuerzo de síntesis, Carlos S. Nino resume las principales ideas de la jurisprudencia de intereses en los siguientes términos:

> 1. La ley es la fuente del derecho preeminente, aunque se hace hincapié en que el derecho legislado no siempre es preciso, completo y coherente.
> 2. La interpretación de los textos legales no debe ser literal, sino que debe detectar los intereses que ha querido satisfacer el legislador al formular sus normas, debe ser una interpretación "inteligente".
> 3. En el caso de algunas contradicciones o imprecisiones del derecho legislado, el juez está ampliamente facultado para formular de manera abierta nuevas normas.
> 4. La formulación de normas originales por parte de los jueces debe hacerse consultando los intereses afectados por aquéllas: en primer lugar, contemplando la evaluación que hace el legislador para casos análogos; en segundo término, suponiendo cómo resolvería el legislador un conflicto como el que debe resolver el juez y, por último, decidiendo según su propio criterio.
> 5. La tarea del juez no es en consecuencia, puramente cognoscitiva ni, menos aún, mecánica, sino en buena parte valorativa y creativa.
> 6. La ciencia del derecho es práctica, como la medicina, y su finalidad es asistir a los jueces en su tarea.[29]

[29] Véase Carlos S. Nino, *op. cit.*, pp. 27-28.

El juez Holmes y el Realismo Jurídico Norteamericano

En su libro *The Common Law* (1881) —probablemente el más renombrado de filosofía del derecho en Estados Unidos—,[30] Holmes rechaza la idea de que el derecho es un sistema coherente de reglas de conducta, y favorece una visión más pragmática de lo que los jueces hacen y los abogados predicen. En sus términos:

> La vida del Derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia. Las necesidades imperiosas de nuestro tiempo, las teorías prevalecientes de la moral y la política, las instituciones de política pública, confesadas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus congéneres, todo esto tiene mucho más que ver que el silogismo con las normas que gobiernan la conducta de los hombres.[31]

Y en otro epigrama célebre: "la profecía de lo que los jueces han de hacer en realidad, esto y nada más pretencioso que esto, es lo que yo entiendo por Derecho".[32]

En el fondo, como sostiene Garro, el pensamiento de Holmes lleva a pensar que los jueces comienzan a tomar la decisión del caso para luego buscar los fundamentos en los que puedan apoyar sus conclusiones. En su célebre artículo *The Path of Law* (1897), Holmes expresó la necesidad de no confundir moral y derecho, y la necesidad pragmática de enfocar el derecho desde el punto de vista del "hombre malo", deseoso de tener el menor contacto posible con el ordenamiento jurídico y sus funcionarios.[33]

Las ideas de Holmes tuvieron un gran impacto en la Escuela del Realismo Jurídico Norteamericano, especialmente en autores como Karl Llewellyn (1893-1962) y Jerome Frank (1889-1957). El primero de ellos resume los nueve "puntos de partida comunes" del movimiento:

1. La concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho.
2. La concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el derecho.

[30] Véase Alejandro M. Garro, "Oliver Wendell Holmes Jr.", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, p. 508.
[31] *Ibid.*, pp. 508-509.
[32] *Idem.*
[33] *Ibid.*, p. 509.

4. El divorcio temporal entre el ser y el deber ser durante la investigación de los hechos.
5. La desconfianza hacia las reglas y los conceptos jurídicos tradicionales, en la medida en que pretendan describir lo que los tribunales hacen.
6. Desconfianza hacia la teoría, según la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas constituyen el factor preponderante en las decisiones judiciales.
7. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente usadas en el pasado.
8. Insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos.
9. La insistencia en el ataque constante y programático sobre los problemas del derecho siguiendo cualquiera de estas líneas.[34]

Francois Gény

Gény dirige sus críticas al formalismo legalista de la Escuela de la Exégesis en dos de sus obras más relevantes: *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1899) y *Ciencia y técnica en derecho privado positivo* (1913-1924).

Según Gény los miembros de la Escuela de la Exégesis habían incurrido en un auténtico "fetichismo de la ley", pues el derecho positivo no se agota en la ley, ni puede reducirse a derecho estatal. El ordenamiento jurídico no es completo, surgen lagunas que obligan al juez a recurrir a la libre investigación de los hechos, por lo que el juez no es un mero aplicador del derecho, ya que él mismo contribuye a elaborarlo.[35]

Gény distingue en el derecho dos elementos que se integran entre sí: lo dado y lo construido. El estudio de lo *dado* (datos reales, históricos, racionales o ideales) es el objeto de la ciencia jurídica, mientras que el estudio de lo *construido* (las normas establecidas por la ciencia jurídica) es el objeto de la técnica jurídica. De esta manera, como señala Atienza:

> [...] quien se limita a interpretar el Derecho vigente (a partir de los textos legales o de los precedentes) y con el fin de facilitar la realización del Derecho no haría ciencia, sino técnica; su actividad tendría un valor exclusivamente práctico, no teórico.[36]

[34] Kart Llewellyn, "Some Realism about Realism", en Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento* Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 241 y ss.
[35] Véase Manuel Atienza, *op. cit.*, pp. 187 y ss.
[36] *Ibid.*, p. 188.

El marxismo jurídico

¿En qué consiste la tradición cultural a la que se llama "marxismo"? ¿Cuáles serían las tesis mínimas que tendría que haber sostenido un teórico o filósofo del derecho para ser adscrito a esa tradición? Ante los hechos de 1989 y 1991, la caída del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética, tales preguntas cobran mayor relevancia si se engloban en la siguiente: "¿Qué queda del marxismo para la cultura jurídica?".[37]

Atienza y Ruiz Manero sintetizan el contenido mínimo del marxismo jurídico en las siguientes tesis:

1. El derecho tiene un carácter clasista.
2. Es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada con ciertas formas de organización social.
3. Desempeña un papel subordinado (al menos relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social.
4. Tiene carácter ideológico.
5. Los estudiosos marxistas asumen una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de la ciencia jurídica.
6. Asumen también una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los "valores" que el derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos.

Para cada una de las tesis, los autores presentan una versión "fuerte" y otra "débil". Estas últimas son las que pueden recuperarse del marxismo jurídico para la construcción de una teoría del derecho. Para nuestros propósitos consideraremos las tesis 2, 3 y 5.

Con respecto a la tesis 2, en su versión *fuerte* y de acuerdo con la propuesta de Evgeny Pashukanis (1891-1937), el derecho es "la forma mistificada de una relación social específica: la relación entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes". De esta afirmación se desprenden otras: el derecho se identifica con el derecho burgués-capitalista y con el derecho privado; el derecho es incompatible con una sociedad de individuos emancipados, puesto que la sociedad comunista supone la extinción del derecho y del Estado, pero en la fase

[37] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Presentación", en *Marxismo y filosofía del derecho*, Fontamara, México, 1993.

de transición a tal sociedad, el papel fundamental lo debe jugar la política y no el derecho. Esta propuesta es criticable en la medida en que desconoce el fenómeno de la juridificación de lo público, y peligrosa al menospreciar el "garantismo jurídico" y sustituir la política por el derecho con posibles desenlaces trágicos y violentos, como quedó en evidencia con el proceso estalinista. Sin embargo, en una lectura *débil* se puede recuperar la idea de que el derecho no es sólo un fenómeno social sino también histórico: aparece en un determinado momento del desarrollo social cuando se da el paso de las comunidades primitivas al modo de producción "asiático" y cada sociedad genera un tipo distinto de derecho. También se puede recuperar la idea de que las propias categorías jurídicas ("ley", "responsabilidad", "derechos humanos", etcétera) sólo pueden ser comprendidas de manera integral si son explicadas históricamente.[38]

La tesis 3, que se refiere al papel subordinado del derecho, en su versión *fuerte* representa el economicismo de Karl Marx (1818-1883), explicado en la conocida introducción a su libro *Contribución a la crítica de la economía política* (1859). En esta obra se pone de manifiesto que el conjunto de las relaciones de producción:

> [...] forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. [...] Al cambiar la base económica se revoluciona, más o menos, rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella.[39]

En su versión *débil*, esta concepción según la cual el derecho es determinado por la economía fue criticada por el propio marxismo de los años de 1960 y 1970, y se comenzó a hablar no de *determinación* sino de *interacción.* Esta corrección, nada trivial, significa aceptar también que una explicación integral del derecho debe recurrir a nociones como trabajo, necesidad, interés, conflicto, entre otras, además de los conceptos jurídicos internos como los de norma, sanción, capacidad jurídica, etc. El antiformalismo marxista también considera que el derecho no es un fenómeno aislado del resto de los fenómenos sociales, sino que está en estrecha conexión con la economía, la política y la sociología.[40]

Por último, la tesis 5, sobre el rechazo al modelo tradicional de ciencia jurídica, implica en su versión *fuerte* la negación de una posible ciencia del derecho. Si el

[38] Véase *ibid.*, pp. 13 y ss.
[39] Karl Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Ediciones Pasado y Presente, México, 1980, pp. 76-78
[40] Véase *ibid.*, pp. 14-15.

derecho es un fenómeno que carece de autonomía y está en vías de extinguirse, no tiene mucho sentido construir una "dogmática jurídica" que sugiera los criterios para la producción y aplicación del derecho: a lo más debería limitarse a construir una crítica ideológica del derecho. En su versión *débil*, sin embargo, y en correspondencia con la tesis 3, se plantea como una concepción integral de la dogmática jurídica que debería evitar separar a ésta de la sociología del derecho. Entre otros términos debería potenciar los elementos de transformación social presentes en el derecho moderno y desenmascarar los elementos ideológicos del derecho y de la propia dogmática jurídica.[41]

El sociologismo jurídico y el movimiento del Derecho Libre

La "revuelta contra el formalismo" significó una toma de conciencia clara de la inserción del derecho en la realidad social, sin que ello significara la reducción del derecho a una realidad empírica. La versión exagerada y reduccionista del derecho, entendido como fenómeno social, tendrá su expresión más clara de la sociología del derecho de Eugen Ehrlich (1862-1922) en el ámbito de lengua alemana; la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound (1870-1964) en el ámbito anglosajón; el sociologismo empirista de León Duguit (1859-1928) en Francia y el movimiento del Derecho Libre con Hermann Kantorowicz (1877-1940).

Eugen Ehrlich y la sociología del derecho

Junto con Émile Durkheim y Max Weber, Ehrlich es considerado uno de los fundadores de la sociología del derecho. En su obra principal *Grundlegung Soziologie des Rechts* (1913), Ehrlich propone el abandono de una visión puramente abstracta y racionalista del derecho para dar mayor importancia a los hechos reales de la vida social. Según el autor, el centro de gravedad del conocimiento y desarrollo del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma.[42]

Ehrlich defiende la existencia de tres órdenes normativos que guardan una estrecha relación entre sí. El primero y el más importante es el derecho social,

[41] Véase *ibid.*, pp. 16 y ss.
[42] Véase José Justo Mejías Quirós, "Eugen Ehrlich", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, pp. 770 y ss.

constituido por normas jurídicas que surgen espontáneamente de los hechos sociales con relevancia jurídica. El segundo orden normativo o derecho de los juristas está constituido por algunas normas organizativas similares a las anteriores, pero sobre todo por normas de decisión, cuya función será pacificar la sociedad y restituir el orden cuando hayan sido incumplidas. El tercer orden normativo, o derecho estatal, está constituido por las órdenes del Estado a sus autoridades, que necesitan de un aparato coactivo para hacerlas cumplir. Esto fue lo que Ehrlich llamó "derecho vivo".[43]

Roscoe Pound y la jurisprudencia sociológica

La influencia más clara en el pensamiento de Pound es la del pragmatismo de John Dewey, William James y Charles Peirce: la teoría es una función auxiliar de la praxis; el conocimiento es anticipación o preparación de acciones posibles, de modo que no existe un conocimiento desinteresado. Estas ideas se reflejarán en su concepción del derecho, cuyos rasgos fundamentales serán su instrumentalidad y contingencia.

Frente a la Jurisprudencia de Conceptos, que Pound calificaba de "mecánica", se propone una nueva "jurisprudencia sociológica" que aspira a "colocar en su centro el factor humano, relegando la lógica a su posición verdadera, que es una posición auxiliar". Se debe pensar en el derecho:

> [...] no como un organismo que crece a causa y por medio de alguna propiedad inherente a él mismo, sino [...] como un edificio, construido por los hombres para satisfacer aspiraciones humanas y continuamente reparado, restaurado, reconstruido y ampliado con el fin de venir al encuentro del crecer o del variar de tales aspiraciones.[44]

Preocupado por los desarrollos extremos que a su juicio representaba el escepticismo de Llewellyn y Frank, así como su irreflexivo "primado de los hechos", Pound sostiene que todo hecho es ya teoría: "para que resulten inteligibles y útiles, los hechos significativos tienen que ser seleccionados", y el criterio para esta selección es proporcionado por una teoría previa.[45]

---

[43] *Ibid.*, p. 772.
[44] Véase Francisco J. Contreras Peláez, "Roscoe Pound", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, p. 879.
[45] *Ibid.*, p. 882

León Duguit y el sociologismo empirista

Uno de los propósitos principales en la doctrina de Duguit es la eliminación de todo elemento metafísico en la estructura del derecho. Para ello, y a diferencia de los formalistas, intenta reducir todo el ordenamiento jurídico a un hecho social. El derecho forma parte del conjunto de las "ciencias sociales" en el entendido de que la técnica jurídica sólo puede alcanzar estatuto científico a partir del método sociológico.[46]

Su pensamiento es deudor del organicismo spenceriano y de la obra de Émile Durkheim. Bajo la influencia de este último, Duguit encuentra el fundamento del derecho en la sociedad misma, de la cual surgen las reglas jurídicas como un hecho social anterior al propio Estado. Por regla jurídica debe entenderse una regla social que nace espontáneamente en toda comunidad humana como pauta de conducta sancionada por la coacción colectiva. Precisamente para el análisis de tal regla social Duguit se vale del concepto de "solidaridad" que utiliza Durkheim. El sentimiento de solidaridad o de interdependencia está en la base de cualquier grupo humano y sirve de transición entre el orden del ser y del deber ser. En franca oposición a su empirismo inicial, en sus últimas obras Duguit eleva la noción de solidaridad a la categoría de valor, que sirve como criterio de validez y como límite al poder de los gobernantes.[47]

Hermann Kantorowicz y el movimiento del Derecho Libre

En su obra más conocida, *La lucha por la ciencia jurídica* (1906), Kantorowicz se propone impugnar los presupuestos de la metodología desarrollada por el positivismo jurídico decimonónico: es irreal la visión del derecho como un sistema de leyes cerrado y acabado, susceptible de proporcionar, mediante derivaciones lógicas, respuestas para todos los casos posibles. Kantorowicz resalta la insuficiencia del derecho legal, plagado de lagunas, y la necesidad de recurrir a otras instancias jurídicas diferentes a la ley. Tales elementos jurídicos extraformales componen el llamado "derecho libre", que se conforma por una serie de principios, reglas, valoraciones, etc., carentes de sanción oficial, pero influyentes en la práctica.[48]

[46] Véase Juan Luis Resquejo, "León Duguit", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, pp. 720-721.
[47] *Ibid.*, p. 721.
[48] Véase Manuel Jesús Rodríguez Puerto, "Hermann Kantorowicz", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, p. 951.

De acuerdo con Kantorowicz:

> [...] si el juez cree que la ley no es clara o que el poder político existente en el momento de la decisión habría resuelto el caso de modo diferente a como se desprende la ley, entonces el juez debe decidir el caso como lo habría hecho, en su opinión, el poder político si hubiera pensado en dicho caso. Más aun, si el juez no es capaz de formarse ninguna opinión, entonces debe decidir según el Derecho libre.[49]

Según Hernández Marín, existe similitud entre la primera parte de este texto de Kantorowicz y el párrafo segundo del artículo primero del Código Civil Suizo, promulgado en 1907, un año después del escrito del autor. Esta disposición legal establece que en caso de defecto de ley y de derecho consuetudinario, el juez debe decidir conforme a la regla que él establecería si fuera legislador.[50]

El neokantismo jurídico

El rasgo común que caracteriza a las escuelas jurídicas desde el formalismo hasta el sociologismo jurídico es que el objeto propio de la ciencia jurídica es el derecho positivo, bien sea considerado desde un aspecto formalista, que no se ocupa del derecho en cuanto fenómeno histórico y social, o bien sea destacando este último y, en el límite, reduciendo el derecho a un fenómeno social. En el primer caso, el método apropiado es el de las ciencias deductivas o formales, mientras que en el segundo es el de las ciencias inductivas o empíricas. Aún con sus diferencias, la nota común a ambas escuelas es la comprensión *acrítica* del objeto de estudio: el derecho positivo. El neokantismo, tanto en la vertiente de la Escuela de Baden con G. Windelband, H. Rickert y Gustav Radbruch (1878-1949) como en la de Marburgo con H. Cohen, P. Natorp y Rudolf Stammler (1856-1938), se preguntarán, siguiendo a Kant, no tanto por el objeto en sí mismo sino por la forma o la manera de conocer el objeto.

Gustav Radbruch

El neokantismo de la Escuela de Baden propone una clasificación de las ciencias tomando como criterio el método y no el objeto de estudio. De esta manera distin-

[49] Véase Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 234

[50] *Idem.*

guen entre ciencias *generalizadoras* (nomotéticas) o ciencias *individualizadoras* (idiográficas). Las primeras tienen por objeto la naturaleza, mientras que las segundas las manifestaciones o creaciones del espíritu.

Según Radbruch, el derecho sería una ciencia cultural, comprensiva, valorativa e individualizante. Sería *cultural* porque su objeto es un fenómeno creado por el hombre, *comprensiva* porque no se refiere a hechos sino a significados que deben entenderse o interpretarse, *valorativa* porque juzga su objeto por referencia a valores e *individualizante* porque su objeto no son las leyes generales, sino los casos singulares.[51]

En los últimos años, el pensamiento de Radbruch dio un giro hacia el jusnaturalismo, que algunos intérpretes entienden como una ruptura y otros como una evolución natural desde las premisas kantianas. Es considerado uno de los fundadores de la escuela de la "naturaleza de la cosa", que ejerció una gran influencia en el ámbito alemán hasta principios de los setenta. En la actualidad Robert Alexy retoma esta última etapa de su pensamiento, particularmente la "fórmula Radbruch". Tras doce años de nacionalsocialismo, en 1946 Radbruch escribió:

> El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como "Derecho injusto" ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto, pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.[52]

Como se puede apreciar por el texto citado, no toda ley injusta deja de ser válida por ser injusta, eso solo ocurre con una ley cuya injusticia es intolerable. Las leyes nazis, por su contenido aberrante, fueron un candidato idóneo para no ser consideradas válidas, de acuerdo con la interpretación de Radbruch.

---

[51] Véase Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 191.

[52] Citado por Robert Alexy, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en Rodolfo Vigo (comp.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, La Ley, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004, pp. 227 y ss.

Rudolf Stammler

Para Stammler el concepto de derecho no puede obtenerse por vía inductiva observando los fenómenos jurídicos y abstrayendo caracteres comunes. Más bien, para identificar los fenómenos como "jurídicos" se tiene que partir de un concepto previo de "lo jurídico". El concepto de derecho es lógicamente anterior a la experiencia jurídica, lo cual significa que debe ser buscado mediante un método crítico.

El método crítico no es sino la proyección de la teoría kantiana de las formas *a priori* a la epistemología jurídica: la condición de posibilidad de la experiencia jurídica viene dada por ciertas "formas puras que envuelven nuestras nociones jurídicas", formas mentales que nos permiten conocer y pensar jurídicamente. En concordancia con Kant, como las formas *a priori* de la sensibilidad y del entendimiento ordenan y construyen la materia de la experiencia sensible, así las formas puras de lo jurídico, según Stammler, construirían los datos de la experiencia volitiva-social: sujeto y objeto de derecho, causa y relación jurídica, supraordenación y subordinación jurídica, legalidad e ilegalidad. La indagación de tales formas jurídicas *a priori* constituiría una teoría pura del derecho (en un sentido distinto al que explica Kelsen).[53]

Entendido el derecho como una modalidad de la voluntad en tanto medio para un fin futuro —a diferencia de la ordenación causal que interpreta su objeto como el efecto necesario de una causa precedente—, tiene las características distintivas de una voluntad vinculante, autárquica e inviolable. Esto quiere decir que en el derecho:

> [...] no se trata de la voluntad del hombre aislado (moral), sino de una voluntad que vincula a los hombres entre sí: que esta voluntad vinculante (a diferencia de lo que ocurre con las reglas convencionales) se establece de manera fija y permanente, con independencia de las voluntades de los individuos vinculados; y que a diferencia de las normas del poder arbitrario, tiene carácter inviolable, no se puede transgredir.[54]

[53] Véase Francisco J. Contreras Peláez, "Rudolf Stammler", en Rafael Domingo (ed.), *op. cit.*, pp. 678 y ss.
[54] Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 192.

Resumen

Entender las características propias del conocimiento científico y los problemas que enfrenta el desarrollo de las ciencias fácticas y de las ciencias formales nos permite descubrir que no es posible garantizar la verdad de los enunciados científicos. En realidad no hay una única manera de organizar conceptualmente la experiencia. El fenómeno jurídico no es la excepción.

Para distinguir la ciencia jurídica de las ciencias sociales (así como la labor del jurista de la tarea del científico social) es importante conocer la historia de la ciencia positivista en el campo de las ciencias sociales, así como sus limitaciones y las alternativas que ante ellas presentan la "tradición interpretativa" y distintas teorías críticas.

Entre el derecho y las ciencias sociales existen lazos estrechos que deben reconocerse, pero también es importante distinguir las tareas para evitar confusiones. La perspectiva del jurista es distinta a la del sociólogo. Es distinto el modo en que emplean los materiales utilizados (materiales que en buena medida comparten). También son distintos los fines de su actividad, así como es distinto el tipo de operaciones intelectuales que uno y otro efectúan sobre la misma realidad: en el caso del sociólogo, la observación de los comportamientos prevalece sobre la interpretación de las reglas; en el caso del jurista, la interpretación prevalece sobre la observación.

El objetivo de la "ciencia jurídica" es, en términos muy generales, alcanzar un conocimiento racional del derecho. Comprender las limitaciones del conocimiento científico no es suficiente para emprender el camino. Es preciso reflexionar en torno al objeto, el método y el objetivo específico de la ciencia jurídica. Sólo al emprender esta tarea podemos descubrir por qué se discute el carácter teórico o práctico del conocimiento jurídico, o por qué se afirma que el concepto de derecho y el concepto de ciencia jurídica son interdependientes (de manera que un concepto determina el alcance y la función que desempeña el otro concepto). Es importante también reconocer la naturaleza peculiar del objeto de la ciencia jurídica (el derecho es un fenómeno histórico, variable y contingente) para comprender el debate en torno al formalismo: ¿el modelo de cientificidad más adecuado para la ciencia jurídica es el lógico-formal o el que procede de las ciencias fácticas o empíricas? En torno a esta pregunta se desarrolló la ciencia jurídica moderna, desde el formalismo hasta el sociologismo jurídico. Aquí intentamos también exponer en qué medida el neokantismo intenta cambiar la perspectiva del problema al preguntarse, siguiendo a Kant, no tanto por el objeto en sí mismo sino por la forma o la manera de conocer el objeto.

Hemos procurado, por otro lado, subrayar en esta unidad la importancia de reconocer la pluralidad de formas a través de las cuales se ha entendido el conocimiento racional del derecho a lo largo del tiempo, para comprender los diversos sentidos en que se ha utilizado la expresión "ciencia jurídica". Los estudiosos del derecho realizan tareas diversas y es importante entender por qué solemos identificar la expresión "ciencia jurídica" con la dogmática jurídica y no con la teoría general del derecho o con la sociología jurídica.

El contraste entre la función descriptiva y la función prescriptiva de la dogmática jurídica podría expresarse de la siguiente manera: para algunos autores la dogmática solamente cumple una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, cognoscitiva, dedicada a *describir* un conjunto de normas de derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático (también podría quedar comprendida aquí la tarea de *describir* opciones de interpretación en caso de que el contenido sí resulte problemático); para otros autores, entre ellos Carlos S. Nino, Manuel Atienza o Christian Courtis, la dogmática tiene también un componente prescriptivo o normativo que no es posible eludir y es preciso asumir.

Cuestionario

1. ¿Por qué es importante conocer el trasfondo filosófico de los problemas propios del conocimiento jurídico?
2. ¿En qué sentido plantea Thomas S. Kuhn que no existe una única manera de organizar conceptualmente la experiencia?
3. ¿De qué manera se ha intentado solucionar el problema de un objeto de estudio variable y contingente como el derecho?
4. ¿En qué medida la flexibilización de la noción de ciencia incide en el debate sobre el estatus epistemológico de la ciencia jurídica?
5. ¿Cuál es el objeto de estudio de la dogmática jurídica?
6. ¿Qué distingue a la dogmática jurídica de otros saberes jurídicos?
7. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del carácter dogmático de la jurisprudencia o ciencia del derecho?
8. ¿En qué sentido puede decirse que la dogmática jurídica es más una técnica que una ciencia?
9. ¿En qué consistió el formalismo jurídico del siglo XIX?
10. ¿Cuáles son los rasgos fundamentales de la revuelta contra el formalismo?
11. ¿Cuáles son las principales propuestas del sociologismo jurídico?
12. ¿De qué manera ha influido el neokantismo en la ciencia jurídica moderna?

Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1998.
  ——— y Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del derecho*, Fontamara, México, 1993.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.
- Bonnecase, Julien, *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, trad. José M. Cajica, Cajica, México, 1944.
- Bunge, Mario, *Epistemología*, Siglo XXI, México, 2000.
- Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990.
  ———, "Ciencia jurídica", en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Courtis, Christian, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en Christian Courtis (comp.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.
- Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*, tomo 3, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Hughes, John y Wes Sharrock, *La filosofía de la investigación social*, FCE, México, 1999.
- Mardones, J.M. y Nicanor Ursua, *Filosofía de las ciencias humana y sociales*, Ediciones Coyoacán, México, 2003.
- Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2003.
  ———, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989.
- Olivé, León y Ana Rosa Pérez Ransanz (comps.). *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI-UNAM, México, 1989.
- Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento* Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid, 1996.
- Pérez Ransanz, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, México, 2000.
- Pereznieto, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005.
- Sastre Ariza, Santiago, "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2004.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1984.
- Ursua, Nicanor *et al.*, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Historia, metodología y fundamentación científica*, Ediciones Coyoacán, México, 2004.
- Vigo, Rodolfo (comp.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, La Ley, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.

6. MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE CIENCIA JURÍDICA

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Conozca los modelos de ciencia jurídica contemporáneos más representativos.
- Advierta hasta qué punto los distintos modelos de ciencia jurídica asimilan o no los planteamientos teóricos propios de la filosofía de la ciencia contemporánea.
- Comprenda en qué medida el concepto que se tenga de la ciencia del derecho puede llegar a determinar el concepto del objeto de la ciencia del derecho, es decir, el concepto de derecho.
- Distinga los presupuestos filosóficos que se encuentran detrás de cada uno de los modelos de ciencia jurídica.
- Comprenda la relación entre los distintos modelos de ciencia jurídica y la enseñanza del derecho.

La ciencia jurídica contemporánea

En la unidad anterior, entre otras cosas, hemos señalado por qué no es posible fijar una concepción definitiva de la ciencia jurídica "más adecuada que otras". Por un lado, el término "ciencia jurídica" se ha utilizado en sentidos muy distintos para designar tareas muy diversas. Por otro lado, en la medida en que el concepto de lo que es el derecho siga siendo polémico, siempre habrá distintas maneras de entender el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La interdependencia entre el modelo de ciencia jurídica y el propio concepto de derecho tiene, asimismo, mucho que ver con el modelo de cientificidad adoptado por el teórico que reflexiona en torno al modelo de ciencia jurídica que le parece más apropiado. Si bien es cierto que el concepto de ciencia predominante en cada momento histórico ha determinado en buena medida la concepción que de sí misma tiene la ciencia jurídica, parece que los juristas no siempre seguimos las discusiones actuales en torno a los problema del conocimiento científico. El desfase sin duda es menos grave en relación con las lecturas que directamente vinculamos con las ciencias sociales (Weber, Habermas, entre otros). Es difícil, sin embargo, rastrear en nuestra disciplina la influencia del pensamiento de Thomas S. Kuhn, Paul K. Feyerabend, Imre Lakatos o Larry Laudan. Estos autores abordaron los problemas del conocimiento científico en general: no son importantes únicamente desde el punto de vista de las ciencias formales, tienen mucho qué decir a quienes se ocupan del problema del conocimiento en las ciencias sociales. Finalmente, y sólo después de haberlos leído, habría que preguntarse en qué sentido y hasta qué punto valdría la pena que estos autores dejaran sentir su influencia en la reflexión en torno a los distintos modelos teóricos de la ciencia jurídica.

El modelo de ciencia pura de Hans Kelsen

Es una opinión compartida por muchos autores que la teoría pura del derecho de Hans Kelsen (1881-1973) plantea los términos de la discusión actual sobre la ciencia jurídica. En su libro *Teoría pura del derecho*, Kelsen intenta construir las bases de una teoría general del derecho que pueda ocuparse del esquema conceptual

y metodológico de la *auténtica* ciencia del derecho.[1] En palabras del propio Kelsen, se trata de una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural. Aunque se trata de una teoría del derecho positivo en general, Kelsen busca construir una teoría que nos sirva para describir sistemas jurídicos particulares con abstracción de consideraciones axiológicas y sociológicas.

El proyecto neokantiano de Kelsen se propuso elevar la jurisprudencia al rango de un saber científico riguroso que pudiera alcanzar el ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud. Preocupado, como Kant, por las condiciones de posibilidad de un conocimiento científico cierto, Kelsen se ocupó en primer lugar de depurar el objeto de estudio de la ciencia jurídica: para ello señaló la importancia de separar las normas de los hechos y, por lo tanto, la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias de hechos o ciencias empíricas. Asimismo, Kelsen sabía que una auténtica ciencia del derecho imponía la distinción entre el derecho y la moral, entre la ciencia jurídica y la ética.

Al definir al derecho como un conjunto de normas jurídicas coactivas creadas por el ser humano, Kelsen resalta el carácter normativo del derecho, su pertenencia al orden del deber ser, pero también nos muestra la nota que distingue al derecho de la moral: su carácter coactivo. Esta forma de concebir al derecho determina en buena medida el modelo de ciencia jurídica que propone Kelsen. Como bien lo ha notado Carlos S. Nino, parece existir un ajuste recíproco entre las funciones y características que se atribuyen a la actividad teórica para la que se propone un cierto concepto de derecho y las propiedades que se suponen inherentes a tal concepto de derecho.

El modelo propuesto por Kelsen es, en cualquier caso, el modelo de una ciencia normativa, axiológicamente neutral y autónoma. Normativa, como hemos dicho, porque describe normas siguiendo el principio de imputación y porque utiliza un método que distingue claramente entre "ser" y "deber ser" (en realidad se trata de una distinción categórica: para Kelsen el "deber ser" es una categoría trascendental en el sentido de la filosofía de Kant).

[1] La primera edición de la *Teoría pura del derecho* apareció en 1933 en una traducción al italiano de Renato Treves. Se trataba entonces de un ensayo muy breve que el propio Kelsen reelaboró por primera vez en 1934. Las primeras modificaciones realmente significativas pueden observarse en la edición francesa de la *Teoría pura del derecho* que apareció en 1953. Esta traducción es conocida como una versión "a mitad de camino" entre la primera edición (1933) y la llamada "segunda edición" (1960) de la *Teoría pura del derecho*. El pensamiento jurídico anglosajón, particularmente la ciencia jurídica analítica de John Austin, deja ver su influencia en la "segunda edición" de la *Teoría pura del derecho*. En realidad, las diferencias entre estas ediciones son muy importantes: Kelsen ha cambiado el objeto, el planteamiento de cada uno de los problemas y el estilo de su libro. Para profundizar en el tema de las distintas versiones de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, recomendamos el libro de Mario G. Losano, *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.

El de Kelsen es un modelo de ciencia jurídica axiológicamente neutral en la medida en que se limita a explicar el derecho positivo, sin valorarlo como bueno o malo. Kelsen siempre defendió la neutralidad valorativa de la ciencia jurídica. Es, asimismo, una disciplina autónoma porque se entiende separada de las ciencias naturales, de las ciencias causal-sociales (como la sociología) y de la ética.

El modelo de ciencia jurídica que propone Kelsen se aparta del realismo jurídico en cuanto entiende que su objeto de estudio no está constituido por acciones humanas: su función no es proporcionar explicaciones causales de tales acciones. El objeto de la ciencia del derecho está formado por un conjunto de normas que pertenecen al mundo del "deber ser" y no a la realidad empírica. Para entender la función propia de la ciencia jurídica kelseniana es muy importante distinguir el nivel del derecho positivo (conjunto de normas) del nivel de la ciencia del derecho (conjunto de proposiciones normativas o enunciados normativos).

Las normas son prescripciones, mientras que las proposiciones normativas son descripciones de normas. Sólo a estas últimas cabe aplicar los principios lógicos, en general, y el principio de no contradicción, en particular: sólo aquellas proposiciones de derecho que describen las normas jurídicas pueden ser verdaderas o falsas. Las normas, en tanto expresiones de actos de voluntad, pueden ser válidas o no válidas, pero no verdaderas o falsas. Por lo tanto, corresponde a la ciencia del derecho concebir su objeto como un todo plenamente inteligible y describirlo en proposiciones no contradictorias.[2] Kelsen señala que todo orden jurídico puede ser descrito a través de proposiciones jurídicas que no se contradicen entre sí. Tanto su concepción de la relación entre lógica y derecho como su radical distinción entre *descripción* y *prescripción* han sido cuestionadas por distintos autores, sin embargo, estas ideas permiten a Kelsen apoyar la tesis de que la ciencia jurídica es una ciencia normativa que describe normas: al no ser su función prescribir, la ciencia jurídica debe separarse claramente de la política jurídica.

En opinión de Kelsen, la ciencia jurídica debe abstenerse de recomendar alguna interpretación de las normas jurídicas: para lograr apartarse de la política jurídica debe limitarse a mostrar todas las interpretaciones posibles que pueden recibir las normas sin defender una de ellas como la única válida desde el punto de vista objetivo. De esta manera, Kelsen asigna a la ciencia jurídica una función en extremo limitada respecto a la interpretación de las normas jurídicas: las indeterminaciones deben ser suplidas por los órganos de aplicación al dictar normas inferiores,

[2] En relación con el tema de la concepción que tenía Kelsen sobre la relación entre lógica y derecho, véase Ulises Schmill, *Lógica y derecho*, Fontamara, México, 1993.

pero no por quienes emprenden una actividad puramente cognoscitiva como la ciencia jurídica. Esto es así debido a que la elección de una interpretación entre varias opciones es un acto de voluntad y no un acto de conocimiento: los métodos de interpretación que se han propuesto con el propósito de determinar la interpretación "verdadera" de las normas jurídicas no consiguen alcanzar este objetivo debido a que, en realidad, a cada método puede oponérsele otro que conduce a una interpretación diferente.

El concepto de validez juega un papel central en el modelo de ciencia jurídica kelseniano, pues en él se encuentra la clave para entender lo que distingue las normas de los hechos empíricos: la validez que convierte las prescripciones en normas consiste en una propiedad no empírica sino normativa. Para Kelsen todos los juicios de validez son enunciados normativos y no descriptivos. Las normas son válidas y pertenecen a un sistema jurídico si su creación está autorizada por otras normas válidas, jerárquicamente superiores, y de acuerdo con la norma fundamental del mismo sistema. El concepto de norma fundamental o básica constituye el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a un sistema jurídico. En opinión de autores como Nino y Atienza, un problema asociado a los conceptos kelsenianos de validez y de norma fundamental es que ambos parecen contradecir el programa que intenta definir el concepto de derecho con exclusión de cualquier propiedad valorativa: para identificar su objeto de estudio se le pide al jurista teórico partir de un postulado de carácter político (la aceptación de la norma fundamental) que prescribe el deber de obedecer el derecho positivo. En otras palabras, el concepto de norma fundamental no parece adecuado para preservar el carácter axiológicamente neutral y no empírico de la ciencia jurídica postulada por Kelsen.

El modelo de ciencia empírica de Alf Ross

Construir un modelo de ciencia jurídica descriptiva y empírica, cuyas proposiciones puedan ser verificables sobre la base de la experiencia es, sin duda, lo que con mayor claridad distingue la propuesta que planteó Alf Ross (1899-1979) en su libro más importante: *Sobre el derecho y la justicia* (1958).

La exigencia metodológica asociada a los patrones de observación y experimentación ubica al objeto de la ciencia jurídica, el derecho, dentro del mundo de los hechos sociales. El derecho es un conjunto de normas (o contenidos abstractos de naturaleza directiva) que sirven como esquemas de interpretación de ciertos fenó-

menos sociales. Al definir el concepto de derecho en relación con hechos sociales puede observarse que Ross perfila simultáneamente los rasgos del tipo de ciencia jurídica a cuyo servicio pone tal concepto.

El concepto de *derecho vigente* es fundamental en el modelo de ciencia jurídica de Ross. Este concepto supone dos condiciones que deben satisfacerse para que pueda hablarse de un *derecho vigente*: la existencia de acciones externas que se conformen a las prescripciones de un derecho determinado (como cuando los jueces acatan exteriormente las normas) y la existencia de experiencias subjetivas que consisten en tomar tales prescripciones como normas socialmente obligatorias. En otras palabras, las normas son obligatorias porque son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias. El acento está aquí en el hecho psicológico de vivir las normas como obligatorias. Esta noción de vigencia del derecho nos muestra en qué medida se aparta Ross de un concepto de validez kelseniano, que pretende colocar al derecho en una realidad (normativa) completamente aparte y por encima de los hechos sociales. Ross rechaza de manera expresa la idea de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico expresado por proposiciones de "deber ser". Ross interpreta el pensamiento jurídico en términos de las proposiciones de "ser", es decir, dentro de la misma lógica que da fundamento a las otras ciencias empíricas.

Según este autor, las proposiciones de la ciencia jurídica son aserciones acerca de que cierta norma o directiva es derecho vigente. Estas aseveraciones deben satisfacer el principio de verificación para que el enunciado tenga significado cognoscitivo (de acuerdo con un criterio empírico de significado que nos permite determinar la verdad o falsedad de un enunciado sobre la base de observaciones empíricas). Dichas aserciones acerca de la vigencia de las normas de conducta son verificables en la medida en que constituyen predicciones acerca de decisiones futuras de los jueces: las proposiciones de la ciencia jurídica son enunciados de probabilidad en tanto suponen ciertas condiciones constantes al predecir que la norma en cuestión será aplicada en una decisión judicial futura.[3]

Así como en Kelsen es muy clara la influencia de la filosofía de Kant, en el caso de Ross el positivismo lógico originado en el Círculo de Viena juega un papel

[3] Algunos autores han señalado la debilidad del criterio de verificación que propone Alf Ross: ¿por qué las aserciones cognoscitivas de la ciencia jurídica habrían de verificarse únicamente en relación con las decisiones judiciales?, ¿acaso no es verdad que las decisiones judiciales son normas individuales y no hechos y, por lo tanto, la pretendida verificación empírica no es tal? Para otros autores, la fragilidad del modelo de Ross se encuentra en que considera a la ciencia jurídica como una ciencia de hechos: con ello corremos el riesgo de no explicar el carácter normativo propio del derecho. De esta manera se reduce también la capacidad de la ciencia jurídica empírica de decirnos algo sobre la sistematización del orden jurídico.

central. El criterio empírico de significado es una de las tesis centrales del positivismo lógico, y constituye la base de la propuesta de verificación de las proposiciones cognoscitivas de la ciencia jurídica.

Poco a poco se perfilan aquí la naturaleza y las funciones de la ciencia jurídica en el modelo de ciencia empírica de Alf Ross. Para este autor, la ciencia jurídica se dirige al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción, como lo hace la sociología jurídica; no obstante, las normas jurídicas y el derecho en acción no son para Ross dos fenómenos independientes, sino aspectos distintos de una misma realidad.

Ross, como Kelsen, considera importante distinguir la ciencia jurídica de la política jurídica; sin embargo, reconoce que con frecuencia los trabajos de doctrina jurídica contienen tanto aserciones que caracteriza como directivas de política jurídica (sobre todo de *sententia ferenda*, en tanto proposiciones sobre lo que debería ser el derecho en acción), como aserciones respecto de hechos históricos y sociológicos. Ross admite que en ocasiones no es posible separar con nitidez las predicciones que constituyen el contenido de las aserciones cognoscitivas, de la ciencia jurídica de las directivas de política jurídica.

Dada la capacidad de las predicciones del jurista de influir en el comportamiento de los jueces, es realmente difícil determinar en forma clara si el enunciado del jurista está dirigido a formular una predicción objetiva o a influir en el comportamiento judicial. Es probable incluso que el mismo jurista no tenga clara su propia intención. Pese a que este problema podría crear la necesidad de considerar con seriedad la política jurídica como una ciencia social aplicada, Ross considera un buen criterio metodológico hacer el esfuerzo de distinguir claramente las proposiciones o aserciones de la ciencia jurídica, de las directivas de política jurídica. En cualquier caso, Ross sugiere que la "pureza metodológica" no se resiente cuando un jurista recomienda cierta interpretación del derecho, si dicha interpretación se distingue del trabajo descriptivo y se presenta como una alternativa entre otras y no como una conclusión científica.

El modelo de ciencia analítica de Herbert Hart

Aparte de algunas reflexiones filosóficas sobre el análisis del lenguaje jurídico como principal método para conocer los problemas jurídicos, es difícil encontrar en la obra de Herbert Hart (1907-1992) reflexiones metodológicas que nos hablen de un planteamiento explícito y sistemático de la ciencia jurídica. El concepto de

derecho de Hart, la noción de la textura abierta del lenguaje jurídico, su modelo de positivismo jurídico, así como su particular forma de concebir la separación conceptual entre el derecho y la moral, constituyen el punto a partir del cual podemos intentar reconstruir su concepción de la ciencia jurídica.

En opinión de César Rodríguez, los temas fundamentales que aborda Hart en su obra más importante, *El concepto de derecho* (1961), giran en torno a las relaciones entre el derecho y la coerción, el derecho y la moral y el derecho y las reglas.[4] En el tratamiento de estos temas, Hart utilizó las herramientas de la filosofía analítica del lenguaje (Wittgenstein) para aproximarse al estudio del derecho. Esta elección implicó atender preferentemente al lenguaje que los abogados, los jueces, los legisladores y los ciudadanos utilizan en general al referirse a asuntos jurídicos.

Como lo señala Juan Ramón de Páramo, la preocupación de Hart por el análisis del lenguaje social tiene su origen en una convicción: muchas distinciones importantes entre diversos tipos de relaciones y situaciones sociales y jurídicas podrían ser esclarecidas de un modo más riguroso y convincente, si se aplica el análisis de los usos típicos de las expresiones relevantes y del modo en que éstas dependen de un contexto social que no siempre se expresa.[5] La atención de Hart se centra en la "práctica social", esto es, en la forma en que las personas actúan en las situaciones reguladas por el derecho y el lenguaje de que se valen para referirse a ellas. Así comienza Hart su crítica comprehensiva de la teoría positivista, la predominante en su época.

Es importante recordar, como lo señalamos en la Unidad 2, que Hart estableció una distinción muy importante entre reglas primarias y secundarias. Expusimos que para Hart las reglas primarias son aquellas que imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones) a los individuos. Las reglas secundarias otorgan a su vez potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario. Como señala César Rodríguez, Hart llama "reglas de cambio" a las reglas secundarias que dan facultades a los particulares y a los legisladores para crear reglas primarias. Un segundo tipo de reglas secundarias, las "reglas de adjudicación", regulan el ejercicio de la función judicial. Finalmente, la regla de reconocimiento es un tercer tipo de regla secundaria. Esta regla de reconocimiento juega un papel central en la teoría jurídica de Hart: sirve como el parámetro independiente de la moral que permitiría identificar el derecho vigente en una sociedad determinada.

[4] César Rodríguez, "Teoría jurídica y decisión judicial: en torno al debate Hart-Dworkin", en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, pp. 20-24.

[5] Juan Ramón de Páramo Argüelles, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 415-424.

Se trata de la "regla última" en la cual termina la cadena de validez del sistema. Esta regla de reconocimiento tiene un carácter jurídico-social que la distingue de la norma fundamental básica de Kelsen: la regla de reconocimiento es la enunciación de un hecho social efectivo consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema.

La distinción de Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo frente a las reglas (distinción a la que aludimos también en la Unidad 1) le permite reconocer las características propias de las reglas sociales que las diferencian de los hábitos sociales. Sólo la perspectiva interna, considera Hart, nos permite reconocer con claridad la dimensión normativa de las reglas, es decir, su función justificativa en tanto juicios de aprobación o crítica. Al entender esta función propia de las reglas jurídicas es posible comprender la naturaleza de las normas sociales, en las que predomina el lenguaje normativo interno de la aceptación. Algunos autores consideran que, de acuerdo con el modelo de Hart, los enunciados propios de la ciencia jurídica son las afirmaciones internas con significado descriptivo. En realidad, como lo señala Manuel Atienza, es posible que la distinción de Hart no alcance a dar cuenta del estatus lógico de los enunciados de la ciencia jurídica y tal vez haya que considerar la dogmática jurídica como un entretejido de afirmaciones internas y externas de diverso tipo.

Por otro lado, cabe recordar que Hart argumenta en favor de la textura abierta del lenguaje jurídico: dado que las palabras y los conceptos jurídicos son vagos (existen zonas de penumbra junto a un núcleo de significado preciso) y ambiguos (ya que poseen más de un significado establecido) lo adecuado es abandonar los dogmas de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico. En los casos difíciles existe más de una interpretación razonable: los jueces tendrán en estos casos cierta libertad para elegir de manera discrecional la interpretación que consideren más adecuada. Las consecuencias de esta noción de la textura abierta del lenguaje jurídico son relevantes desde el punto de vista de la ciencia jurídica: las reglas no pueden ser simplemente identificadas con las predicciones de su aplicación. En otras palabras, la capacidad de prever la aplicación del derecho por parte de la ciencia jurídica es limitada.

Hart defiende un modelo del positivismo jurídico que resulta particular. Este autor reconoce que existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, incluso apunta que con frecuencia se presenta una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad; tales conexiones, sin embargo, son contingentes, no son necesarias ni lógica ni conceptualmente.

Al proponer la tesis del contenido mínimo del derecho natural, basada en el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia, Hart introduce elementos valorativos en la argumentación y apunta a la idea de que la existencia de un ordenamiento jurídico implica o presupone un orden moral. Si bien Hart no pretende incluir esta idea del contenido mínimo del derecho natural en los conceptos de derecho y moral —sabe que esto es necesario para salvar la separación conceptual entre el derecho y la moral— su propuesta parece demostrarnos que el positivismo no implica, por necesidad, una separación radical entre derecho y moral.

Por otro lado, no hay que olvidarlo, Hart defiende la pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral u objetivos sociales.[6]

El modelo de ciencia estructural-funcional de Norberto Bobbio

El estilo analítico de la obra de Norberto Bobbio (1909-2004) incide directamente en nuestra forma de entender su concepción de la teoría del derecho y el conocimiento jurídico. La obra de Bobbio no se caracteriza por el espíritu de sistema ni por la intención de elaborar tratados de filosofía del derecho omnicomprensivos y completos en todas sus partes. Bobbio fue además un hombre muy receptivo, tanto a las distintas revisiones de la obra de Kelsen (particularmente las que llevaron a cabo Ross y Hart durante los años 1950 y principios de la década de 1960) como a las transformaciones del concepto de ciencia que se produjeron en el siglo XX. Algunos de los textos más significativos de Norberto Bobbio en torno al tema de la ciencia jurídica son los siguientes: *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje* (1950), *Naturaleza y función de la filosofía del derecho* (1962) y *El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas* (1975).

Las peculiaridades del método de trabajo elegido por Bobbio nos sugieren la formulación de ciertas anotaciones antes de analizar las características de su modelo estructural-funcional de la ciencia jurídica.

[6] Rodolfo Vázquez, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, México, Porrúa-ITAM, 2005.

En primer lugar, el pensamiento de Norberto Bobbio en torno a la ciencia jurídica transita por distintas etapas, no se trata de una concepción homogénea como en buena medida ocurre con los otros autores analizados en este apartado. Como lo señala Manuel Atienza, en la extensa obra de Norberto Bobbio un tema tratado en diversas ocasiones es el problema de la ciencia jurídica, si bien lo abordó en cada momento de forma distinta.

En la primera etapa, que transcurrió aproximadamente entre 1949 y 1960, Bobbio adoptó la concepción de la ciencia del positivismo lógico (básicamente a través del pensamiento de Carnap) y llegó a la conclusión de que la jurisprudencia podía ser una ciencia en la medida en que lograra construir un lenguaje riguroso. En esta etapa, que Alfonso Ruiz Miguel caracteriza como la etapa del positivismo analítico-kelseniano, Bobbio adaptó el modelo de ciencia jurídica de Kelsen a la concepción de la ciencia del positivismo lógico. En este periodo, Bobbio sostuvo una teoría general del derecho formal, exenta de valoraciones y de consideraciones sociales, que en su contenido coincidía, en líneas generales, con la concepción normativista de raíz kelseniana. La labor de la jurisprudencia consistiría sobre todo en el análisis del lenguaje jurídico y podría dividirse en tres fases. En la primera fase habría que purificar el lenguaje que al jurista teórico le viene dado por el legislador, con el fin de establecer las reglas de uso de las expresiones. La segunda fase consistiría en *completar* el lenguaje jurídico, es decir, se intenta extraer todas las consecuencias posibles a partir de las reglas disponibles. La tercera fase consistiría en la ordenación o sistematización del lenguaje jurídico, con la intención de reducir a un conjunto unitario y coherente todas las normas que integran el ordenamiento y que han sido promulgadas en momentos distintos. Esta tarea parte de la convicción de que la coherencia del ordenamiento jurídico es más un principio que un hecho. El esfuerzo que emprendió Norberto Bobbio en esta primera etapa es considerado por Guastini como "la primera teoría general de base analítico-lingüística". En realidad, como lo señala Alfonso Ruiz Miguel, en la primera etapa Bobbio prescindió de los presupuestos neokantianos y los sustituyó por presupuestos analíticos para llegar a conclusiones similares a las de Kelsen.[7] En cualquier caso, esta unión de la filosofía analítica con el pensamiento jurídico kelseniano dejó en Bobbio una marca clave: la teoría general del derecho y el conocimiento "científico" del derecho deberían permanecer ajenos a los juicios de valor, a la ideologización del conocimiento y al análisis de los hechos sociales.

[7] Alfonso Ruiz Miguel, "Estudio preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 13-34.

Poco a poco, conforme se va adentrando en los temas propios del positivismo jurídico, Bobbio empieza a matizar sus opiniones. La segunda etapa del pensamiento jurídico de este autor (de 1961 a 1965) es un periodo de transición, una etapa en la cual Bobbio continúa su revisión de la teoría de Kelsen y culmina con serias dudas en torno al carácter científico de la jurisprudencia.

En la tercera etapa, posterior a 1965, Bobbio identifica claramente las razones de la crisis del positivismo jurídico: la presencia de elementos prescriptivos en la jurisprudencia y la imposibilidad de una distinción tajante entre el derecho ya formado y el derecho en formación, en buena medida porque la jurisprudencia participa en la creación del derecho. Después de 1966 es muy palpable en la obra de Bobbio el reconocimiento de la insuficiencia científica del positivismo jurídico y la necesidad de una profunda revisión del carácter de la ciencia jurídica. A partir de 1969 Bobbio empezó a publicar una serie de artículos dirigidos a superar la crisis: la nueva vía de Bobbio se encontraba en un análisis incluyente que incorporara tanto los aspectos formales y estructurales como los aspectos funcionales del derecho. No fue sino hasta 1974 que Bobbio estableció con más claridad su propuesta de un análisis paralelo, estructural y funcional, que no eclipsara ninguno de los dos aspectos en beneficio del otro.

Debe señalarse con particular énfasis que Norberto Bobbio nunca desarrolló de manera sistemática un modelo de ciencia jurídica estructural-funcional. Parece más adecuado hablar del esbozo de una teoría general del derecho a partir de la cual pudieran reconstruirse los rasgos característicos de un modelo estructural-funcional de la ciencia jurídica. El proyecto representa un cambio de punto de vista significativo respecto de la misma ciencia jurídica, en la medida en que intenta trascender las limitaciones del formalismo jurídico; sin embargo, no es posible encontrar en la obra de Bobbio una tipología amplia, ordenada y homogénea de las funciones de un determinado ordenamiento jurídico. En otras palabras, Bobbio no alcanza a exponer claramente las funciones que podrían observarse en un ordenamiento jurídico particular. No hay tampoco una reflexión acabada en torno al problema de la introducción de valoraciones en esta elaboración de la tipología de las funciones del ordenamiento jurídico. El riesgo, que ya había advertido Alfonso Ruiz Miguel, es la consiguiente pérdida de objetividad. Por otro lado, añadir el punto de vista funcional al estructural complica de manera significativa el trabajo de análisis del ordenamiento: el análisis concreto de una función cualquiera no es sencillo, en buena medida porque una misma función puede cumplirse de maneras muy distintas.

Por último, nos parece importante señalar que sólo durante unos cuantos años (1974-1977) Bobbio defendió con claridad esta propuesta estructural-funcional. Des-

de principios de los años de 1970 Bobbio empezó a dedicar cada vez más tiempo a la filosofía política y produjo menos trabajos relacionados con la filosofía del derecho y el conocimiento científico del derecho. Sin embargo, la noción de una teoría general del derecho estructural-funcional es el producto de la evolución del pensamiento de Bobbio en torno de los problemas de la teoría del derecho y la ciencia jurídica. Se trata de una concepción creativa, innovadora y realista de la ciencia del derecho. Nada nos impide pensar que Bobbio continuó suscribiendo su teoría estructural-funcional en la etapa postrera de su labor intelectual, aun cuando ya no escribía sobre estos temas.

La vía abierta por Bobbio con su modelo estructural-funcional no disuelve la teoría del derecho formal en la sociología jurídica. Bobbio mantiene la validez de la teoría general del derecho de carácter formal, pero al mismo tiempo señala la insuficiencia de esta teoría por sí sola. En otras palabras, para Bobbio la teoría formal es válida, pero no puede ser exclusiva y debe ser completada con una teoría más general que tenga en cuenta el análisis sociológico: el análisis preocupado por la estructura formal del derecho debe considerar también los aspectos funcionales del derecho. Esta manera de concebir la tarea propia del conocimiento jurídico como integradora del análisis estructural y formal con un análisis funcional se ve reflejada en la concepción del derecho de Bobbio como objeto de estudio de la ciencia jurídica. Como lo ha notado Alfonso Ruiz Miguel, la voz "derecho", en el *Diccionario de política* de Norberto Bobbio, señala que es un conjunto de normas de conducta y de organización, que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, como las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), además de la reglamentación de los modos y formas con los que el grupo social reacciona contra la violación de las normas de primer grado, o institucionalización de la sanción, que tienen por fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del tejido social, la solución de los conflictos que de no ser resueltos amenazan con hacer imposible la subsistencia misma del grupo; en suma, su objetivo es la obtención y el mantenimiento del orden o de la paz social.

El modelo de ciencia sistemática de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin

El modelo de ciencia jurídica sistemática que Alchourrón y Bulygin describen en su libro *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1974)

es, en opinión de Carlos Santiago Nino, un intento sumamente lúcido de aportar a la ciencia jurídica los desarrollos modernos producidos en el contexto de la lógica de normas o lógica deóntica:[8]

> La tesis es que muchos de los problemas tradicionales de la ciencia jurídica pueden reconstruirse como cuestiones referentes a la sistematización de los enunciados de derecho. Problemas empíricos relativos a la identificación de aquellos enunciados de derecho que pueden constituir la base del sistema (el problema de la validez) han de distinguirse claramente de las cuestiones referentes a la organización de tales enunciados en un sistema. Estas últimas plantean problemas de índole conceptual (lógica). Las ideas de completitud, coherencia e independencia, desempeñan aquí un papel muy importante.[9]

En el modelo de Alchourrón y Bulygin la noción de sistema ocupa un lugar central: para ambos la sistematización es una de las tareas fundamentales de la ciencia jurídica. Ellos definen en primer lugar el concepto de sistema jurídico con independencia de la noción de norma jurídica, para caracterizar la base a partir de la cual se definen las propiedades formales de un ordenamiento jurídico, sin limitar o reducir la múltiple variedad de enunciados que integran un sistema jurídico. El modelo de estos autores explica la estructura de los sistemas jurídicos a partir de la correlación entre el universo de casos posibles (UC) y el universo de soluciones posibles (US). En realidad, las operaciones lógicas de sistematización y correlación no son puramente mecánicas ni pueden basarse en un conjunto de reglas que indiquen en forma unívoca los pasos por seguir.

Asimismo, Alchourrón y Bulygin definen al sistema jurídico como un sistema normativo que contiene enunciados de diversa índole: el sistema puede estar integrado por enunciados que prescriben sanciones, pero también por enunciados que no contienen normas cuyo contenido es un acto coactivo; puede haber también definiciones o postulados de significación e incluso enunciados que prescriben hechos o expresan aspiraciones. Para poder trazar el cuadro de las funciones que estos autores asignan a la ciencia jurídica, Nino explica así la forma en que Alchourrón y Bulygin conciben la relación entre los distintos elementos del sistema:

> Norma es un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa. Un caso es un estado de cosas definido por la presencia o ausencia de una propiedad o de un conjunto de propiedades. Una solución normativa es una modalización deóntica de una cierta acción (genérica o

[8] Carlos S. Nino, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2003, p. 55.

[9] Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 24.

individual). Una solución normativa está compuesta por la descripción de una cierta acción y su calificación mediante algún carácter o modalidad deóntica; los caracteres deónticos son la prohibición, la obligatoriedad, el facultamiento y la permisión. Un sistema normativo es un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay normas, o sea enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas. Esto requiere elucidar la noción de sistema deductivo de enunciados.[10]

Alchourrón y Bulygin distinguen dos tipos de actividades que desarrolla la ciencia jurídica: *a)* la determinación empírica de la base del sistema jurídico y *b)* las operaciones lógicas de sistematización. Nino considera que estos autores no desarrollan mucho el primer punto; sin embargo, en relación con las operaciones lógicas de sistematización distinguen dos actividades diferentes: la inferencia de las consecuencias lógicas de la base del sistema y la reformulación del sistema, reemplazando la base original por un conjunto más económico de principios generales y lógicamente equivalentes a los enunciados primitivos que integraban la base original.

Como lo señalamos en la Unidad 3, al hablar de la concepción sistémica para el estudio de las normas, la sistematización permite detectar los casos de incoherencia, lagunas o redundancia que suelen considerarse defectos de los sistemas jurídicos. Posteriormente, los juristas habrán de formular propuestas para la corrección de estos defectos mediante mecanismos específicos: ordenación, cuando hay incoherencia, integración, cuando hay lagunas, y reformulación, cuando hay redundancia. Estos mecanismos no siempre están regidos por reglas claras y uniformes, pero sí deben basarse en exigencias racionales de coherencia, completitud e independencia. Estas exigencias son caracterizadas como las propiedades formales de un sistema jurídico.[11]

Daniel Mendonca señala que es importante no perder de vista que las correcciones introducidas mediante los mecanismos de ordenación, integración y reformulación configuran verdaderos cambios de sistemas, con independencia de la forma en que sean presentadas dichas correcciones. De ser cierta esta observación, cabría preguntarse si el modelo de ciencia sistemática que proponen Alchourrón y Bulygin presupone en realidad una actividad exclusivamente cognoscitiva. Por otro lado, por lo general, se requiere una interpretación de las normas del sistema antes de inferir sus consecuencias lógicas. Al parecer no resulta tan fácil filtrar todos los aspectos que no son estrictamente cognoscitivos.

[10] Carlos S. Nino, *op. cit.*, p. 56.

[11] Daniel Mendonca, "Sistemas normativos y sistematización de normas", en *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 173-188.

El modelo de ciencia consecuencialista de Ulises Schmill

En 1984, en el número inaugural de la revista *Doxa*, Ulises Schmill identificó tres etapas en el desarrollo de su pensamiento filosófico. En la primera se había ocupado ante todo de determinar los conceptos jurídicos fundamentales con la ayuda de la jurisprudencia pura o teoría general del derecho, entendida como una disciplina teórica cuyo objeto es determinar las categorías del conocimiento jurídico. La filosofía trascendental de Emmanuel Kant y Herman Cohen se encuentra detrás de un punto de vista que emprende la consideración sistemática de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen para intentar disolver el dualismo entre *estática jurídica* —entendida como el análisis trascendental del conocimiento de las normas ya legisladas— y *dinámica jurídica* —entendida como el análisis trascendental del conocimiento de las normas que determinan los procesos de creación de otras normas jurídicas.

La segunda etapa en la evolución del pensamiento de Ulises Schmill consistió en el intento de aplicar la lógica matemática a los problemas y conceptos de la teoría general del derecho. Con la intención de establecer de qué manera los contenidos de las normas superiores determinan los contenidos de las normas dependientes de ellas, la normas inferiores, Schmill escribió el texto más característico de esta segunda etapa, "Consideraciones semánticas sobre la lógica deóntica, con especial referencia a la jurisprudencia" (1976).

En un testimonio recogido en el libro *Filosofía del derecho contemporánea en México*, como lo había hecho antes en la revista *Isonomía*, Ulises Schmill señala que en la tercera etapa de la evolución de su pensamiento filosófico intentó unificar los problemas de las dos etapas previas, gracias a una concepción pragmática del derecho, llevada a cabo desde el punto de vista de una "sociología comprensiva" de corte weberiano, reducida teóricamente a los conceptos de B.K. Skinner en torno al condicionamiento operante de la conducta.[12] La publicación del libro *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho* en 1997 marca el punto culminante de esta etapa.

El principio de neutralidad valorativa de Max Weber, equivalente al principio de pureza metódica de Kelsen, desempeña un papel central en la obra de Ulises

[12] "Ulises Schmill", en Rodolfo Vázquez y José María Lujambio (comps.), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, Fontamara, México, 2004, p. 194. Véase también "Ulises Schmill", en *Isonomía*, núm. 7, México, octubre de 1997. A manera de introducción al concepto "sociología comprensiva" recomendamos al alumno releer el apartado "Las ciencias sociales y el derecho" que se encuentra en la Unidad 5 de este libro.

Schmill. Para este autor resulta fundamental mantener con toda pulcritud una distinción clara entre consideraciones descriptivas o explicativas y consideraciones valorativas, asumiendo una postura teórica reconstructiva del derecho.

El primer paso en el camino hacia una ciencia del derecho libre de prédicas, ideologías y valoraciones personales engalanadas con la terminología de la objetividad científica consiste en la delimitación del campo de estudio de la jurisprudencia o ciencia del derecho.

El objeto de consideración de la ciencia jurídica son las normas positivas, las cuales deben ser consideradas las experiencias fundamentales a las que debe referirse la ciencia del derecho. La jurisprudencia sólo debe considerar como objeto de estudio las normas que hayan sido creadas o producidas por actos verbales específicos, empíricamente existentes. La tarea de la ciencia jurídica consistiría en la descripción de las relaciones funcionales existentes entre las normas positivas. Toda teoría que afirme la existencia de normas jurídicas no positivas, cualquiera que sea la fuente o el origen de ellas, debe rechazarse como metafísica jurídica. Esto significa que la delimitación del objeto de conocimiento de la jurisprudencia o ciencia jurídica implica distinguirlo de cualquier otro objeto, ya sea similar o análogo (como las normas morales, el derecho natural, las normas religiosas o los convencionalismos sociales).

Junto con la determinación de los elementos objeto de consideración de la ciencia jurídica, el establecimiento de un criterio unificador descriptivo de su objeto de conocimiento constituye un presupuesto central en opinión de Ulises Schmill. De ahí la importancia de la hipótesis kelseniana que unifica tres ordenamientos normativos (derecho positivo nacional, orden normativo constitutivo del Estado y derecho internacional) en un solo conjunto, considerado como "derecho positivo".

Para establecer la unidad del concepto que constituye el objeto de estudio de la ciencia jurídica, y con la finalidad de hacer explícitas las consecuencias del concepto dinámico del derecho que Kelsen no formuló explícitamente, Ulises Schmill propone la interiorización semántica de los conceptos de sanción y facultad dentro del paradigma de mandado. Este modelo teórico que intenta representar de la manera más exacta posible cómo es y cómo opera el derecho positivo constituye el eje de su libro *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, así como el punto de partida de su reciente recopilación de ensayos titulada *Teoría del derecho y del Estado* (2003).

Schmill considera que el modelo de mandato constituye una hipótesis muy fructífera para la construcción de los conceptos jurídicos fundamentales. Su propuesta consiste en entender el derecho, en particular el concepto de norma jurídi-

ca, como un mandato u orden que incorpora (*interioriza* es la palabra que elige el autor) de manera necesaria los conceptos de sanción y facultad en la semántica de la norma jurídica: son características esenciales del derecho tanto el elemento coercitivo como el acto de emisión de la norma que permite la conceptualización de un orden dinámico de normas a través del concepto de facultad. En otras palabras, la facultad jurídica es entendida como el contenido normativo que regula el proceso de creación de otras normas jurídicas.

Ambas *interiorizaciones semánticas* permiten comprender nociones y conceptos muy importantes; entre ellos, la estructura hipotética o condicional de la norma jurídica (bajo ciertas condiciones deben ejercerse, como consecuencia, actos coactivos), la transformación de los problemas del derecho en problemas normativos (al comprender la sanción como un contenido de la norma y no como un hecho externo), el concepto de "derogación", la *derrotabilidad* del derecho entendida como *anulabilidad*, etcétera.

La obra de Ulises Schmill se ha ocupado más de la determinación del concepto de derecho y de la tarea que busca establecer la unidad del concepto de estudio de la ciencia jurídica que de un planteamiento explícito y exhaustivo sobre el método de la ciencia jurídica. Un texto como "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", escrito en 1996 en coautoría con José Ramón Cossío, nos dice más del concepto de Ulises Schmill sobre la interpretación judicial, o jurisprudencial (aquella realizada por un órgano jurisdiccional y que va ligada a la aplicación del derecho), que de la interpretación doctrinal generalmente conectada con objetivos cognoscitivos o con tareas sistematizadoras del derecho.[13] Si siguiéramos al pie de la letra la nomenclatura que utiliza Kelsen, podríamos decir que Ulises Schmill se ocupó en forma clara del sentido y el alcance de la interpretación auténtica que llevan a cabo los órganos del Estado, pero no (al menos no de manera expresa) del método interpretativo propio de la ciencia del derecho.

En el texto "Interpretación del derecho y concepciones del mundo" Schmill y Cossío afirman que las normas que habrán de ser interpretadas generalmente no cuentan con un sentido unívoco y objetivo, vienen a ser "marcos de una pluralidad de significaciones posibles": los titulares de los órganos jurídicos confieren sentido a las normas. Ante la imposibilidad de alcanzar la interpretación única correcta, los autores, siguiendo la distinción de Max Weber entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad, se pronuncian en favor de un modelo de interpretación consecuencialista, desde un punto de vista instrumental y empíri-

[13] Ulises Schmill y José Ramón Cossío, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2001, pp. 57-87.

co, que atienda las consecuencias probables de cada una de las posibles interpretaciones de las normas jurídicas. Esta distinción entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad, como lo señala Rodolfo Vázquez, es una de las ideas directrices en la obra de Ulises Schmill.

Tal vez el escaso desarrollo de un método propio de la ciencia jurídica en la obra de Ulises Schmill (en contraste con su clara y detallada propuesta en favor de un método consecuencialista de interpretación e individualización del derecho por parte de los órganos del Estado) tenga algo que ver con su desconfianza en cuanto al alcance de la lógica deóntica en el ámbito de la ciencia jurídica: la crítica al modelo sistemático de Alchourrón y Bulygin puede ser un ejemplo de esa desconfianza. Dado que para Ulises Schmill las normas son actos verbales (hechos sociales) y debido a que entre hechos no hay relaciones lógicas, este autor afirma que no es posible hablar de una lógica de las normas en sentido estricto. Podría hablarse, desde luego, de una lógica de las proposiciones normativas de la ciencia jurídica. Sin embargo, para Ulises Schmill debe resultar muy claro que la sistematización lógica corresponde a la ciencia, no a su objeto, ya que el objeto es un conjunto de problemas históricamente planteados, no un sistema.

El modelo de ciencia interpretativa de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (1931-) ve el derecho como un proceso de interpretación, aunque en algunos pasajes lo entiende como el resultado de un proceso interpretativo. En cualquier caso, para Dworkin el derecho es un concepto interpretativo. Más que un catálogo de reglas, el derecho es una forma de narrar que convierte a las prácticas legales en lo mejor que pueden ser.

El modelo de ciencia jurídica de Dworkin cuestiona de manera radical el modelo positivista de ciencia jurídica. Sin duda en relación con este tema, el texto más importante de Dworkin es *El imperio de la justicia* (1986). Otro texto relevante es "Law as Interpretation" (1982), incluido en el libro *A matter of principle* (1985).

En opinión de Ronald Dworkin, el científico no es ya el observador imparcial cuya función es describir el derecho como si se tratara de un producto acabado, es más bien un especialista en la resolución de conflictos sociales. Dworkin, como lo señala Alberto Calsamigla, elabora un método de análisis que nos permita proponer un enfoque consistente de problemas y apuntar soluciones sustentadas en un conjunto de principios coherentes. El enfoque adecuado sería la integridad en el tratamiento de los problemas jurídicos: la elección del criterio adecuado para

solucionar determinados problemas depende de la coherencia con la textura de principios de la comunidad.

El principio de integridad exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad: no hay una línea clara que separa la descripción de la prescripción de un conjunto coherente de reglas y principios respecto de los derechos y los deberes que tiene la gente en esa comunidad. Los jueces deben determinar en cada caso qué es el derecho, interpretando la práctica de otros jueces cuando deciden qué es. El razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva: el derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo. Interpretar no es sólo mostrar el elemento interpretado.

Esta concepción presupone la existencia de una respuesta correcta y verdadera en los casos difíciles: los jueces deben buscar esa respuesta aunque no pueda ser demostrada y siempre constituya una cuestión controvertida.

En realidad, el "giro interpretativo" de Dworkin consiste en que el problema de la respuesta correcta se reformula desde el punto de vista de que es posible atribuir verdad objetiva a las proposiciones interpretativas formuladas en una disputa.

Pablo Raúl Bonorino señala que una de las características principales de la filosofía de Dworkin es su rechazo a la imposibilidad de considerar que un enunciado valorativo puede ser objetivamente verdadero. Al proponer que en los casos jurídicos difíciles la validez jurídica puede ser reducida a la validez moral, al señalar que los enunciados valorativos poseen valores de verdad, Dworkin diluye la distinción tradicional entre derecho y moral.

En realidad, la preocupación fundamental de Dworkin no es la descripción sino la justificación. Si la tarea de la interpretación implica hacer del objeto interpretado lo mejor que el mismo puede ser, entonces el resultado de la interpretación lo muestra en su mejor perspectiva, lo justifica. Por eso Dworkin no estudia el derecho desde fuera, mirándolo como algo estático que puede describirse, sino que ve el derecho desde la perspectiva interna del juez que toma decisiones con fuerza vinculante. En el modelo de Dworkin no hay una distinción clara entre la teoría y la práctica jurídica, no la hay tampoco entre la dogmática jurídica y la teoría del derecho.

Dworkin, nos dice Pablo Raúl Bonorino, se propone construir una teoría interpretativa del derecho que permita reconocer que las proposiciones de derecho, en tanto proposiciones "interpretativas" de la historia jurídica, no son ni descriptivas ni valorativas. Al pertenecer a un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones, es preciso explorar una concepción de la interpretación como una forma específica de conocimiento.

El modelo de ciencia argumentativa de Manuel Atienza

En opinión de Manuel Atienza, la dogmática jurídica debe ser considerada una técnica socialmente útil, más que una ciencia en sentido estricto. El modelo de Atienza no pretende negar la importancia de los problemas cognoscitivos, sólo considera que la dogmática jurídica no puede ocuparse de manera única o preponderante de dichos problemas. Existe en este autor una preocupación real por los resultados prácticos del saber jurídico.

Según Atienza, la dogmática jurídica no pretende únicamente ser descriptiva e identificar problemas interpretativos en el derecho vigente, también establece propuestas sobre cómo debería configurarse el derecho para obtener ciertos fines o realizar determinados valores. En opinión de Atienza, los aspectos políticos y morales (valorativos, por decirlo con una palabra) son centrales en la medida en que todas las actuaciones dogmáticas están encaminadas hacia la realización de una finalidad práctica: la función de quienes llevan a cabo las tareas de la dogmática jurídica no es hacer *ciencia*, sino utilizar el conocimiento científico y tecnológico disponible para construir soluciones más adecuadas. En realidad, el hecho de que la actividad que llevan a cabo los dogmáticos se considere o no "científica" no habrá de modificar significativamente la forma en que cultivan su disciplina. Habría entonces tres funciones que, en relación con el sistema jurídico, cumple la dogmática jurídica: *a)* suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes, *b)* suministrar criterios para el cambio del derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar, *c)* elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos objetivos mencionados.

En el caso de Manuel Atienza, este sistema conceptual queda comprendido dentro de su teoría de la argumentación jurídica. Si nos preocupa la práctica del derecho, si la práctica del derecho consiste de manera relevante en argumentar, parece sensato poner más atención en la dimensión argumentativa del derecho. Así, el enfoque argumentativo propuesto por Atienza consiste, esencialmente, en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa. Esta concepción tiende a ver el derecho no tanto como un objeto o una realidad ya dada que debe ser contemplada y descrita, sino como una actividad o una práctica en la que se participa argumentando. El dogmático y el teórico del derecho no se limitan a describir un conjunto de normas dado, ya que lo esencial de su tarea, en opinión de Atienza, se encuentra más bien en el propósito de mejorar la práctica jurídica. Este enfoque ve en el derecho un proceso integrado por fases, momentos o aspectos de la práctica social en que consiste el derecho. El acento se encuentra en el aspecto funcional del derecho y no tanto en el sistemático. Detrás

del enfoque argumentativo se encuentra una filosofía pragmática. El pragmatismo, nos dice Toulmin, es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en ésta puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres.

En la consideración del derecho como argumentación no importa sólo la conducta de los jueces y de otros actores jurídicos, sino también el tipo de razones que justifican y guían esas conductas. El enfoque del derecho como argumentación consiste en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos. La deliberación racional sobre los fines del derecho es fundamental desde la perspectiva de la racionalidad práctica.

En su libro *El derecho como argumentación* (2006), Atienza enumera los siguientes rasgos característicos del enfoque argumentativo:

1. La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
2. La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, como a partir del papel que desempeñan en el razonamiento práctico.
3. La idea de que el derecho es una realidad dinámica, que consiste no sólo en una serie de normas o enunciados de diverso tipo, sino también en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera.
4. La importancia que se concede a la interpretación, actividad que es vista más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho.
5. El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, relacionado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos.
6. El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no sólo formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.
7. La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas —de sujeción del juez a la ley— pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.
8. La tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión, no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se

piense que la identificación del derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento de Hart, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral.

9. La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política.
10. Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.
11. La difuminación de las fronteras entre el derecho y el no derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico.
12. La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar de manera racional las decisiones —y, por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática.
13. Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso.
14. La consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral fundamentada desde lo racional, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.

Modelos de ciencia jurídica y enseñanza del derecho

La enseñanza del derecho y el diseño de cualquier currículum universitario es un asunto que merece atención especial. Como sostiene Owen Fiss, profesor de la Universidad de Yale:

> La calidad de cualquier institución académica depende en definitiva de la profundidad y diversidad de su cuerpo docente, que es el que da forma al plan de estudios de la facultad y es responsable de

los resultados de la enseñanza, del carácter de su biblioteca, y del tipo de estudiantes que son atraídos por la institución.[14]

Conscientes de la importancia de este tema y de la necesidad de una reflexión que invite a un debate puntual y crítico sobre el mismo quisiéramos centrarnos, no tanto en el problema de qué se enseña y cómo debería enseñarse alguna materia en particular del currículum jurídico —constitucional, administrativo, civil o filosofía del derecho— o algún conjunto de ellas bajo la denominación, por ejemplo, de "derecho público" o "derecho privado", sino en analizar la propia enseñanza del derecho en su conjunto, desde un enfoque filosófico.

Con este propósito, voy a intentar responder a tres cuestionamientos básicos:

1. ¿Qué concepción del derecho se quiere enseñar?
2. ¿Cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción?
3. ¿Qué objetivos se espera alcanzar en los estudiantes de acuerdo con la concepción y la metodología elegidas?

Las respuestas que se han ofrecido a estas tres preguntas han sido variadas. Me atrevería a decir que en los ámbitos donde se ha tomado plena conciencia del qué, el cómo y el para qué del derecho (sea universidad, facultad o centro), se ha podido perfilar un "carácter", una "manera de ser", que identifica a los mismos profesores y alumnos, y que orienta el rumbo de la institución. La variedad de respuestas conforma, sin lugar a dudas, una pluralidad de identidades jurídicas.

Con la mente puesta en los tres cuestionamientos señalados quiero analizar de manera sucinta algunas de las "modalidades" o "concepciones" propuestas en la enseñanza del derecho. Comenzaré por una concepción *formalista* o *positivista ortodoxa* del derecho, a la que algunos juristas se refieren con la expresión "explicación tradicional del derecho";[15] enseguida expondremos nuestra opinión sobre lo que hoy día se conoce como concepciones *funcionalistas* o *crítico-realistas*; concluiré con la exposición de lo que llamaré concepción *argumentativa* y *democrática* del derecho. Estoy consciente de que no son las únicas, aunque sí creo que son las más representativas o, en todo caso, las que he considerado más interesantes para suscitar una fecunda discusión académica.

[14] Owen Fiss, "El derecho según Yale", en Martín F. Böhmer (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Gedisa, Barcelona, 1999, p. 28.

[15] Véase José Ramón Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, ITAM-Porrúa, México, 2001, pp. 294 y ss.

Concepción formalista o positivista ortodoxa

Para analizar esta concepción, conviene examinar esta cita de Martín Böhmer:

> [...] el derecho es un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto, que enseñarlas significa lograr que los alumnos las conozcan, y que esta actividad se encuentra dirigida a formar a quienes trabajen con dichas normas, en cualquiera de las diversas profesiones jurídicas.[16]

En términos de José Ramón Cossío los elementos de esta concepción serían los siguientes:

> [...] la consideración puramente normativa del derecho; el estudio exclusivo de las normas generales, particularmente las leyes; la consideración puramente normativa de los órganos del Estado y demás sujetos de actuación dentro de los procesos normativos; la discusión de los temas de estudio mediante las opiniones de los profesores o investigadores del derecho (juristas); [...] la ausencia de consideración de las que suelen denominarse las "fuentes reales" del derecho; la falta de historicidad para la identificación o explicación de las normas jurídicas...[17]

Tal concepción representa la versión decimonónica del derecho, desarrollada en Francia a través de la Escuela de la Exégesis, en Alemania a través de la Jurisprudencia de Conceptos y en Inglaterra a través de la Jurisprudencia Analítica. Si bien esta concepción se enfrentó a fuertes críticas en lo que Renato Treves ha llamado "la revuelta contra el formalismo", lo cierto es que su influencia rebasa el marco convencional del siglo XIX para insertarse de lleno en el siglo XX, hasta los inicios de este nuevo siglo.

En una serie de ensayos escritos a principios de los años de 1960, reunidos después con el título *El problema del positivismo jurídico*,[18] Norberto Bobbio distingue tres puntos de vista desde los cuales debe entenderse tal concepción: como aproximación o enfoque (que en un sentido amplio, podríamos llamar "metodológico"); como teoría y como ideología. Desde el punto de vista metodológico el positivismo jurídico:

> [...] asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.[19]

---

[16] Martín Böhmer, *op. cit.,* p. 15.

[17] José Ramón Cossío, *op. cit.,* p. 294.

[18] Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965; reeditado en Fontamara, México, 1991.

[19] *Ibid.*, p. 42.

Este enfoque "científico" en el estudio del derecho es entendido, entonces, desde una perspectiva descriptivista. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de cientificidad y convertiría la ciencia jurídica en "política jurídica", es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo.

En lo que respecta al positivismo jurídico entendido como "teoría", Bobbio lo resume en cinco tesis básicas:

1. El derecho es coactivo, es decir, es un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza.
2. La norma jurídica es imperativa (debe entenderse como mandato).
3. La supremacía de la ley sobre las otras fuentes del derecho y la reducción de estas últimas a fuentes subordinadas o aparentes.
4. El ordenamiento jurídico entendido como un sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o ausencia de lagunas y de coherencia o falta de antinomias.
5. La consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica o aplicación mecánica de la norma bajo el criterio de subsunción.[20]

Finalmente, en tanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al derecho que es, por el sólo hecho de existir, un valor positivo. De acuerdo con el mismo Bobbio, un positivista puede argumentar a favor del valor positivo del derecho, bien sea haciendo coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez, o bien mostrando que la sola existencia del derecho, con independencia del valor moral de sus reglas, sirve para obtener ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, la justicia legal.[21] Con cualquiera de las argumentaciones, lo que se concluye es que la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral. Sea por su validez o por la preservación de "valores intrajurídicos", el derecho debe ser obedecido no sólo por temor a la sanción, sino por deber moral.

No es nuestro propósito criticar ahora esta concepción. No se necesita salir del mismo positivismo jurídico para encontrar las réplicas más finas a esta concepción "ortodoxa". Basta leer con cuidado al propio Kelsen o adentrarse en tres obras magistrales que deben formar parte de cualquier curso de filosofía del derecho: *Sobre el derecho y la justicia* de Alf Ross, *El concepto de derecho* de Herbert Hart y *El concepto de sistema jurídico* de Joseph Raz. Pero sí nos interesa

[20] Véase *ibid.*, p. 45.

[21] Véase *ibid.*, p. 47.

mostrar cómo de esta concepción general del derecho se desprende un tipo de enseñanza jurídica específica.

Si desde el punto de vista metodológico de lo que se trata es de asumir una posición *avalorativa* y *descriptivista*, la enseñanza del derecho debe corresponder a la misma; en otras palabras, los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico y reproducirlo con la mayor claridad posible. Citamos a Martín Böhmer:

> La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales, o en la defensa de algún cliente. El diseño del plan de estudios calca el diseño del sistema jurídico: un curso para la Constitución, otro para el código de procedimientos civil, dos para el código penal, y debido a su extensión, varios para el código civil, etc. Las evaluaciones son en general a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido.[22]

Como parece natural, si en la dogmática jurídica sólo se utilizan los códigos, las leyes o los comentarios a las mismas, las bibliotecas contendrán esa literatura, pero difícilmente se encontrarán otro tipo de materiales o, si los hay, su consulta será inútil

En cuanto al aspecto teórico, la conjunción de algunas de sus tesis va delineando también un tipo especial de jurista. El supuesto teórico que subyace a la idea de la primacía de la ley como fuente del derecho y de la coactividad del derecho es el de una autoridad normativa que surge del consenso mayoritario, que se expresa en el texto constitucional y en las leyes. La estricta separación de poderes garantizaría la independencia y complementariedad de tales instancias de poder. De acuerdo con estos supuestos, los jueces se convierten en meros aplicadores del derecho y mantienen en forma escrupulosa una actitud de neutralidad. De no hacerlo así, es decir, si los jueces intervinieran en el proceso de aplicación de la ley, violentarían el principio de división de poderes asumiendo la posición de legisladores ilegítimos. Esto inhibe la interpretación judicial. Si aceptamos, además, la tesis de una sistematización del ordenamiento jurídico coherente, plena y cerrada, la docencia se convierte en una especie de espejo de un contenido ya dado y prácticamente inamovible, cuyo cuestionamiento es visto con franca sospecha y recelo. Si esta repetición es la que se exige en la enseñanza del derecho, entonces parece claro

[22] Martín Böhmer, *op. cit.,* p. 16.

que no se necesita de docentes profesionales. La tarea universitaria se convertiría más en un pasatiempo que en una actividad que demanda una intensa dedicación. Para los profesores, la enseñanza del derecho sería una tarea subordinada a la principal que sería, en general, la de trabajar como abogado o juez.[23] La facultad de derecho no requeriría, en principio, de profesores de tiempo completo sino de profesionales del derecho que dedicaran algún tiempo a la docencia.

Como ideología, la concepción formalista o positivista ortodoxa puede asumir la posición extrema de identificar validez con justicia. La sola existencia de la norma exige no sólo su obediencia jurídica sino también moral. El estudiante debe habituarse a repetir, sin criticar o cuestionar, el contenido de las normas y a entender que los juicios de orden político o moral deben reservarse al ámbito extra universitario. El derecho no anuncia ni denuncia, no es un factor de transformación social. El estudiante se va perfilando así con un carácter de tipo conservador. Me refiero, por supuesto, a lo que se ha llamado "positivismo ideológico", que tantas críticas ha recibido de los propios teóricos del positivismo, pero que es muy frecuente encontrar entre los profesionales del derecho.

En buena medida esta herencia "continental" ha definido y caracterizado a gran parte de nuestras facultades de derecho latinoamericanas, y no creo exagerar si digo que constituye nuestro paradigma más relevante.

Concepción crítico-realista

La concepción crítico-realista abarca un conjunto amplio de escuelas y pensadores. Aludimos a lo que Renato Treves llamó "revuelta contra el formalismo": Francois Geny en Francia, el juez Holmes en Estados Unidos, la jurisprudencia de intereses. A éstos habría que agregar otros juristas como Jerome Frank y Roscoe Pound, a los representantes de la escuela escandinava, la Escuela del Derecho Libre, el marxismo jurídico y, hace poco, las llamadas genéricamente "escuelas críticas del derecho". En un afán de síntesis, centraremos nuestra exposición sobre una de las corrientes contemporáneas cuyo principal desarrollo se ha dado en los Estados Unidos y que ha sido objeto de debates intensos, sobre todo a partir del reconocimiento de las minorías: la llamada "Estudios críticos del derecho" o *Critical Legal Studies* (CLS).

El movimiento de los CLS se desarrolla a partir de una crítica interna de la razón jurídica estadounidense de los años de 1960 y 1970. Pese a la variedad de propuestas y de orígenes teóricos diversos, la cohesión de este movimiento opera no tanto en

[23] *Ibid.*

el plano intelectual-sustantivo, sino en los planos político y sociocultural. En lo político, como afirma Juan Antonio Pérez Lledó:

> [...] en un sentido o bien muy general de valores y actitudes de "izquierdas" compartidos o bien muy concreto de "activismo" en disputas políticas cotidianas. Y "sociocultural" porque CLS es una red de relaciones entre académicos que generacionalmente [...] comparten la herencia de los movimientos sociales de los sesenta [...].[24]

Obviando las diferencias históricas y geográficas se podría decir lo mismo de nuestros teóricos-críticos del derecho latinoamericanos.

De acuerdo con el mismo Pérez Lledó, podríamos sintetizar las tesis principales de CLS en las siguientes:

1. Énfasis en la dimensión histórica y social del derecho, entendiendo a este último con una autonomía relativa.
2. Defensa de la interdisciplinariedad frente a la exclusividad de la dogmática jurídica.
3. Acento en la dimensión política del derecho y del discurso jurídico contra su supuesta neutralidad valorativa.
4. Aceptación de la indeterminación del derecho (lagunas y contradicciones formales e incoherencias sustantivas) y subjetividad del razonamiento jurídico reforzada con la crítica posmoderna.
5. Reconocimiento del carácter ideológico del derecho y de la necesidad de "[...] poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo [...]",[25] como sostiene Duncan Kennedy, uno de los representantes más destacado de los CLS.
6. Ambivalencia en su postura respecto del derecho, al que se critica como factor de conservación del *status quo* y, al mismo tiempo, se le aprecia como instrumento de transformación.[26]

A partir de esta concepción general del derecho se pueden delinear con relativa facilidad el tipo de enseñanza defendida y promovida por los CLS. Por lo pronto,

[24] Véase Juan A. Pérez Lledó, "Teorías críticas del derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia,* Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 1996, p. 96.

[25] Duncan Kennedy, "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *Doxa,* núm. 11, Universidad de Alicante, 1992, p. 284.

[26] Juan A. Pérez Lledó, *op. cit.,* p. 100.

debe asumirse que las facultades de derecho son lugares de gran intensidad política: reproducen y están al servicio de una serie de "jerarquías ilegítimas" que se revelan en la misma profesión jurídica y en la sociedad.

Las facultades de derecho —sobre todo las catalogadas en los niveles superiores en Estados Unidos— son vistas como auténticas fábricas de abogados corporativos, que suministran la mano de obra inexperta y dócil que requieren los grandes despachos de abogados. Poco a poco, a lo largo de su formación profesional, se va "incapacitando" al estudiante para el conocimiento de otras áreas —política, historia, filosofía— y para el ejercicio de prácticas alternativas, denigrando o menospreciando esas áreas o prácticas alternativas, o bien, ofreciendo un "mensaje emocional" al tenor de la siguiente afirmación de Kennedy:

> La Facultad de Derecho, como extensión del sistema educativo global, enseña a sus estudiantes que ellos son débiles, perezosos, incompetentes e inseguros [...], y que, si tienen suerte y están dispuestos a aceptar la dependencia, grandes instituciones les tomarán a su cuidado pase lo que pase.[27]

Pero además de preparar a sus estudiantes hacia la práctica del derecho corporativo, las facultades de derecho los preparan para insertarlos en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica. Ésta comienza por la misma jerarquización de los despachos jurídicos, entre sí y hacia el interior de los mismos, y continúa con la jerarquización en el sistema judicial, entre abogados y clientes, y en la propia estructura social, donde el abogado tiene garantizado un lugar en la élite. La enseñanza del derecho reproduce y sirve a estas jerarquías. Los mecanismos de jerarquización son diversos pero se podría pensar, por ejemplo, en el criterio de los recursos materiales y la cualificación de los profesores: las facultades más ricas tienden a tener los mejores profesores, y los mejores estudiantes con recursos van a ese tipo de facultades; por el contrario, se considera que en las facultades más pobres están los peores profesores y estudiantes.

Tanto la denuncia de las jerarquías ilegítimas como el compromiso de los CLS con la acción política concreta en sus centros de trabajo explican, en buena medida, su especial interés por la enseñanza del derecho. Ésta no es una actividad secundaria o subordinada, sino más bien constitutiva de su propia concepción del derecho. Al respecto, Pérez Lledó, un profesor de los CLS, plantea:

> [...]qué puedo hacer yo, que resulta que soy un profesor de Derecho de izquierdas, a favor de mis ideales y actitudes político-morales igualitaristas, solidarias, progresistas, etc.? La respuesta

[27] Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System,* Afar, Cambridge, 1983.

sería: Actúa en el mundo. Tu mundo es la facultad de Derecho. Allí puedes escribir toda la teoría que quieras, pero no te quedes en un mero ejercicio académico más o menos elegante. Organiza además a tu gente para actuar juntos no sólo dentro sino también fuera del despacho, en las aulas, en las juntas de facultad, en la biblioteca y hasta en el bar.[28]

Por supuesto, el currículum es objeto de denuncia y debe modificarse. Detrás de todo "currículum formal" hay un "currículum oculto". Éste se construye, más o menos de manera implícita, a partir de una jerarquía entre cursos más y menos importantes, y más y menos jurídicos, que transmite un mensaje que es preciso saber leer:

El núcleo duro de asignaturas obligatorias, como hace notar Pérez Lledó, aparece como algo claro, coherente, racional, preciso, y constituye la parte "verdaderamente" jurídica de la formación de un jurista, limpia de impurezas sociológicas y valorativas o políticas: es el "meollo" técnico y neutral, el armazón que define su identidad como abogado. [...] La localización de otros cursos en la periferia, pospuesta y desarticulada, transmite el mensaje de que sus contenidos, ni son tan centrales en la definición del jurista, ni son tan rigurosos y coherentes como en el caso anterior.[29]

Tal estructura curricular, piensan los CLS, oculta a fin de cuentas el divorcio entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político-moral. El mensaje oculto podría expresarse con el siguiente enunciado: "Si quieres ser abogado, piensa como abogado", es decir, excluye la dimensión político-moral de tu razonamiento. Si quieres ingresar a la comunidad jurídica necesitas acostumbrarte a un modo distintivo de análisis: técnico, neutral, objetivo, riguroso y autónomo.

Si con lo dicho retomamos la división tripartita que propuso Bobbio para referirse al positivismo formalista y la aplicamos para referirnos, ahora, a las propuestas que sugieren los CLS, nos encontraríamos con lo siguiente: por lo que hace al nivel teórico, que se manifiesta en la concepción filosófica, social o histórica que se tiene del derecho, deben reforzarse tales áreas porque en esas materias se explicitan los presupuestos político-morales del razonamiento jurídico, facilitando la posibilidad de otras alternativas del universo jurídico. Pero esta propuesta no debe entenderse como excluyente de la dogmática jurídica. Para los CLS la enseñanza de la teoría social, de la filosofía jurídica y de la historia del derecho, por ejemplo, no se debe dar *al lado* de las otras materias jurídico-positivas sino *dentro* de las mismas. La teoría del derecho debe hacerse explícita, por ejemplo, en un curso de contratos y la historia del derecho en un curso de derecho constitucional, y así en todas las materias regulares. No debe haber materias separadas sino integradas.

[28] Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento* Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid, 1996, p. 119.
[29] *Ibid.*, p. 124.

Desde el punto de vista metodológico, el razonamiento jurídico dejaría de concebirse como un razonamiento autónomo ya que incorporaría en su argumentación el nivel teórico, político y social. No se debe renunciar al manejo técnico de las reglas. Por el contrario, hay que explotarlo al máximo porque sólo así, desde dentro, se podrá mostrar la indeterminación jurídica con sus lagunas e incoherencias, y así defender la posibilidad de otras visiones alternativas.

Por último, desde el punto de vista ideológico, los CLS demandan un sentido de responsabilidad y compromiso social del jurista, que es parte constitutiva de la propia concepción del derecho. El derecho no reproduce el *statu quo,* sino que es un factor de transformación y de cambio social. Lo que se demanda del juez, en este contexto, no es una aplicación mecánica y pasiva de la ley sino un activismo político que facilite y garantice, precisamente, los medios de transformación social.

Concepción argumentativa y democrática

La concepción argumentativa y democrática de la educación no es nueva en el escenario filosófico; bastaría pensar en los trabajos pioneros de John Dewey y Émile Durkheim,[30] por ejemplo. Pero ciertamente es a partir del camino abierto por John Rawls, que pensadores como Amy Gutmann, Carlos Santiago Nino, Manuel Atienza, Martín Böhmer y Juan Antonio Pérez Lledó, por ejemplo, han desarrollado esta concepción con especial referencia a los campos que ahora nos interesan.

Si seguimos con nuestra división tripartita, de acuerdo con la concepción de Bobbio, encontramos que desde el punto de vista metodológico el derecho, en esta tercera formulación, es concebido como argumentación. Como sostiene Manuel Atienza:

> Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos.[31]

Debemos distinguir tres concepciones sobre la argumentación: formal, material y dialéctica. La primera es característica de la lógica y responde a la pregunta: ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas?; en la segunda forma

[30] Véase Juan Carlos Geneyro, *La democracia inquieta,* Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1991.

[31] Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 257 y ss.

de argumentación la pregunta fundamental es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer?, es decir, dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; finalmente, desde la concepción dialéctica, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos e intenta dar respuesta a la pregunta: ¿cómo se puede persuadir a otro u otros de algo?[32]

En el mundo jurídico se suele distinguir entre los llamados casos fáciles, casos difíciles y casos "trágicos". En la próxima unidad nos detendremos un poco en esta cuestión; por ahora basta señalar que los casos fáciles son aquellos en los que no hay más que la aplicación pura y simple del derecho; caso difícil es aquel en el que no hay consenso acerca de su resolución en la comunidad de juristas; no se trata de un caso rutinario de aplicación mecánica de la ley y para su solución requiere de un razonamiento basado en principios que apelan a la discrecionalidad del juez; los casos trágicos son aquellos en los que no es posible esperar ninguna respuesta correcta, es decir, se presentan como verdaderos dilemas.

Mientras que para los casos fáciles predomina el uso de la argumentación formal o lógica, para los difíciles y los trágicos se requiere de la argumentación material y dialéctica o retórica. Aquí lo relevante es el ejercicio de ponderación y, por supuesto, "[…] la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales vienen a ser una juridificación de la moral".[33]

Desde el punto de vista teórico, la concepción argumentativa y democrática parte de una distinción que, a partir de la formulación de Ronald Dworkin, ha adquirido carta de ciudadanía en el mundo normativo: me refiero a la distinción entre principios y reglas. El derecho se concibe como un conjunto de normas en las que existen reglas, principios en sentido amplio (directrices o normas programáticas) y principios en sentido estricto. Esta concepción del derecho es coherente con la idea de un *Estado legislativo de derecho*, propio de la visión decimonónica del positivismo formal, pero también con la línea de pensamiento desarrollada, entre otros, por Luigi Ferrajoli, el *Estado constitucional de derecho,* propio de una visión en la que los principios y los derechos a nivel constitucional desempeñan un papel preponderante (por ejemplo, en las resoluciones judiciales). En este contexto, apelar a los principios no significa claudicar de una argumentación racional y moral dentro de los límites del derecho, lo cual permite distanciar la concepción argumentativa-democrática del indeterminismo y *decisionismo* de los crítico-realistas.

[32] Véase *ibid.*, pp. 258-260.

[33] *Ibid.*, p. 266.

Retomando la concepción de Atienza que entiende el derecho como argumentación, así como su propuesta de un modelo argumentativo para la dogmática jurídica, cabría señalar, en un esfuerzo de síntesis, que la formación del jurista supone, entre otras, las siguientes premisas: la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito o la utilidad, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia; la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y, por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática; ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o de coherencia o de integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones; por último, la consideración de que el derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales que no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.[34]

Desde el punto de vista ideológico, si por educación se entiende un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común —conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas—, tal proceso se justifica desde el modelo argumentativo y democrático cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal, el fortalecimiento de la dignidad humana y el trato igualitario de los individuos a través de la no discriminación o, en su caso, de la diferenciación en virtud de rasgos distintivos relevantes.

Una educación justificada de acuerdo con tales principios sólo tiene cabida en una sociedad donde la autoridad educacional esté distribuida de manera que permita participar en forma activa a los ciudadanos tanto en el diseño de las políticas educativas como en los contenidos curriculares. Como afirma Gutmann: "La virtud democrática, para decirlo sencillamente, significa la posibilidad de debatir públicamente los problemas educativos... la habilidad para deliberar y, de esta manera, participar en una consciente reproducción social".[35] Lo que se requiere es una sociedad democrática que asegure la enseñanza de los valores necesarios para

[34] Véase Manuel Atienza, "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, Fontamara, México, 2004, pp. 124-126. Recomendamos también releer el modelo de ciencia argumentativa de Manuel Atienza incluido en esta unidad.

[35] Amy Gutmann, *Democratic Education*, Princeton University Press, Nueva York, 1987, pp. 11 y 46.

la reproducción del proceso democrático mismo, como la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad.

En tal sentido, nos parece muy razonable la advertencia de Stephen Macedo en cuanto a que las virtudes cívicas no se adquieren en la edad adulta, sino que requieren de todo un proceso educativo que se inicia desde la niñez:

> Desde temprano y a lo largo de sus vidas, los ciudadanos liberales aprenden y aplican normas públicas en su interacción con otros. Los niños aprenden de sus padres y de los juegos infantiles a respetar las reglas y a jugar con justicia. Ellos critican, discuten, escuchan a otros, votan, participan en los debates, cambian de opinión, y ayudan a implementar las reglas en su casa, en la escuela, en sus trabajos, en los juegos, y con sus amigos. De manera gradual aprenden a contener sus impulsos, respetar a otros como iguales, y a dirigir y aplicar sus energías con diligencia. Aprenden a hacer juicios sobre ellos mismos y a adquirir la medida de su individualidad y autonomía. Aprenden algo sobre los procedimientos justos, la imparcialidad, y el respeto hacia aquellos que son diferentes; desarrollan virtudes judiciales, legislativas y ejecutivas. Todo esto sin control político, aunque fuertemente influenciado por nuestras prácticas políticas. Sería un error, entonces, ver la participación en campañas y elecciones como la única o la sola fuente primaria de la virtud pública: la vida privada ha recorrido un largo camino para ayudar a prepararnos en los deberes públicos.[36]

Macedo elabora una clasificación de las virtudes liberales a partir de una distinción entre las actividades judicial, legislativa y ejecutiva, consideradas en un sentido amplio. A simple vista este criterio puede resultar un tanto artificial, pero no lo es si se considera, por una parte, que la actividad judicial requiere de la imparcialidad y, por tanto, del reconocimiento del principio de dignidad de la persona; y, por otra, que las actividades legislativas y ejecutivas son otra forma de reconocer el principio de autonomía. Al respecto citamos, una vez más, a Macedo:

> Las virtudes judiciales son aquellas que permiten a las personas tomar distancia de sus compromisos y proyectos personales y juzgarlos desde un punto de vista impersonal. La imparcialidad es la virtud judicial básica, que implica la capacidad de respetar los derechos de los demás y actuar justamente... Las virtudes legislativas se identifican con las simpatías que se desarrollan a partir del respeto a los derechos de las personas con las cuales tenemos desacuerdos. Estas virtudes incluyen la habilidad de armonizar diferentes ideales en la deliberación personal y la voluntad de comprometer en el diálogo a los que están en desacuerdo... Las virtudes ejecutivas facultan al individuo, después de haber reflexionado y juzgado, a resolver, actuar y perseverar más que ir a la deriva, dudar, y derrumbarse al primer signo de adversidad; a llevar a cabo un acto más que reflexionar sin fin, a ejercitar una independencia de pensamiento más que guiarse por los prejuicios y las presiones para adecuarse a las exigencias conformistas de otros...[37]

[36] Stephen Macedo, *Liberal Virtues*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 273 y ss.
[37] *Ibid.*, p. 275.

Para quien acepte una concepción del derecho como una práctica social moralmente relevante, es decir, que permita la argumentación democrática y la justifique a partir de una concepción robusta de la argumentación desde principios, valores y derechos fundamentales, la enseñanza del derecho debe ser algo distinta a las dos concepciones que hemos presentado antes: la positivista-formalista o la crítico-realista. Enseñar derecho significa ahora:

> [...] entrenar en esa forma particular de deliberar, entendiendo cuestiones básicas de justificación racional, validez moral y balance entre las exigencias de la moral ideal y los límites de la democracia real. Los graduados deberán ser jueces que entiendan los límites que impone la democracia a su trabajo, y que asuman su responsabilidad como custodios de los procedimientos democráticos, de los derechos fundamentales y de la práctica social en la que consiste el derecho, y como abogados deberán asumir su responsabilidad protegiendo la práctica pero acercándola (favoreciendo a su cliente) a la mejor interpretación posible. En fin, los graduados [abogados, jueces, litigantes, académicos del derecho] deberán ser los guardianes de la deliberación democrática y de las reglas que la definen.[38]

Se trataría, entonces, de formar un jurista "política y moralmente bien orientado". En términos de Juan Antonio Pérez Lledó:

> [...] comprometido o activo en una dirección de reforma o transformación social que esté moralmente justificada: que asuma la responsabilidad que supone cada una de las opciones que él toma acerca del uso de la herramienta, y las ponga al servicio de objetivos justificados. Dicho con palabras aún más rimbombantes: que busque activamente la justicia (que vaya "tras la justicia") a través (y dentro de los amplios límites) del Derecho.[39]

Hemos intentado responder a los tres cuestionamientos señalados al principio: el qué, el cómo y el para qué del derecho. Hemos presentado tres concepciones que, de una u otra manera, recogen tradiciones diversas: la positivista-formalista, la crítico-realista y la argumentativa-democrática. No ha sido nuestro propósito criticarlas —aunque resulta inevitable manifestar ciertos sesgos preferenciales— sino, más bien, intentar mostrar la íntima relación que existe entre la concepción del derecho, la forma de enseñarlo y el tipo de egresado que resultará con la influencia de cada una.

[38] Martín Böhmer, *op. cit.*, p. 14.

[39] Juan Antonio Pérez Lledó, "Teoría y práctica en la enseñanza del derecho", en Francisco Laporta (ed.), *La enseñanza del derecho*, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2003, p. 213.

Las preguntas que quedan pendientes son complicadas y se mueven en ese difícil campo de la política educativa, que supone la elección de alternativas y su impacto en la selección de profesores para integrar la facultad o en la selección de alumnos de acuerdo con el perfil del egresado. No encontramos recetas claras. Debido a nuestra predilección por la concepción argumentativa-democrática debemos reconocer que la universidad en su conjunto, y las facultades de derecho en particular, deberían comprometerse más con la finalidad de fortalecer y promover el debate público y democrático —en los salones de clase, entre los profesores y de ambos con las propias autoridades— y abrirse cada vez más hacia posiciones plurales. Cada día estamos más convencidos de la necesidad de integrar una planta de profesores plural, si bien con temáticas y proyectos de investigación compartidos, y poner las condiciones necesarias para lograr perfiles diversos de estudiantes. Estamos conscientes de que se requieren esfuerzos notables, pero también estamos seguros de que no hay mejor antídoto para la intolerancia, para los dogmatismos autoritarios y el eclecticismo paralizante, que el pluralismo crítico y el permanente debate de las ideas.

Resumen

La primera parte de esta unidad está dedicada a la exposición de algunos de los modelos de ciencia jurídica más importantes. El primer autor que hemos visto es Hans Kelsen. Su libro *Teoría pura del derecho* plantea en buena medida los términos de la discusión sobre la ciencia jurídica contemporánea. Kelsen intentó construir las bases de una teoría general del derecho que pudiera ocuparse del esquema conceptual y metodológico de la *auténtica* ciencia del derecho. Kelsen buscó construir una teoría que fuera útil para describir sistemas jurídicos particulares y que fuera independiente de consideraciones axiológicas y sociológicas.

En opinión de Alf Ross, la exigencia metodológica asociada a los patrones de observación y experimentación ubica al objeto de la ciencia jurídica, el derecho, dentro del mundo de los hechos sociales. Por ello este autor intentó construir un modelo de ciencia jurídica descriptiva y empírica cuyas proposiciones puedan ser verificables sobre la base de la experiencia.

Herbert Hart, por otro lado, utilizó las herramientas de la filosofía analítica del lenguaje para aproximarse al estudio del derecho. Hart consideraba al análisis del lenguaje jurídico como el principal método para conocer los problemas jurídicos. Hart argumenta en favor de la textura abierta del lenguaje jurídico: dado que las palabras y los conceptos jurídicos son vagos y ambiguos, lo adecuado es abandonar los dogmas de plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico.

El modelo de ciencia estructural-funcional de Norberto Bobbio nace del reconocimiento de la insuficiencia científica del positivismo jurídico y de la necesidad de una profunda revisión del carácter de la ciencia jurídica. La apuesta por una ciencia que estudie los aspectos formales y estructurales tanto como los aspectos funcionales del derecho, es sin duda una propuesta innovadora y de corte realista; sin embargo, Bobbio nunca formuló una tipología amplia, ordenada y homogénea de las funciones de un determinado ordenamiento jurídico.

El modelo de ciencia jurídica sistemática de Alchourrón y Bulygin intenta aprovechar el desarrollo de la lógica deóntica en el ámbito de la ciencia jurídica. Las ideas de completitud, coherencia e independencia desempeñan un papel muy importante en este modelo.

Ulises Schmill, por otro lado, propone la interiorización semántica de los conceptos de sanción y facultad dentro del paradigma de mandato para establecer la unidad del concepto que constituye el objeto de estudio de la ciencia jurídica, con la finalidad de hacer explícitas las consecuencias del concepto dinámico del derecho que Kelsen no formuló explícitamente.

El modelo de ciencia jurídica de Dworkin cuestiona de manera radical el modelo positivista de ciencia jurídica. En opinión de Ronald Dworkin, el científico no es ya el observador imparcial cuya función es describir el derecho como si se tratara de un producto acabado, sino que es, más bien, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Para Dworkin el derecho es un concepto interpretativo. Más que un catálogo de reglas, el derecho es una forma de narrar que convierte las prácticas legales en lo mejor que pueden ser.

Manuel Atienza defiende una concepción pragmática del saber jurídico y una preocupación esencial por los resultados prácticos de dicha disciplina. En su opinión, la dogmática jurídica no sólo pretende ser descriptiva e identificar problemas interpretativos en el derecho vigente, también establece propuestas sobre cómo debería configurarse el derecho para obtener ciertos fines o realizar determinados valores.

Finalmente, en la segunda parte de esta unidad, abordamos el tema de la enseñanza del derecho desde un enfoque filosófico. ¿Qué concepción del derecho se quiere enseñar? ¿Cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción? ¿Qué objetivos se espera alcanzar en los estudiantes de acuerdo con la concepción y la metodología elegidas? Plantearse estas preguntas e intentar responderlas es indispensable si queremos tomar plena conciencia del qué, el cómo y el para qué del derecho.

Algunas de las "modalidades" o "concepciones" más significativas que se han propuesto en la enseñanza del derecho son la positivista-formalista, la crítico-realista y la argumentativa-democrática. La concepción *formalista* o *positivista ortodoxa* del derecho parte de una consideración puramente normativa del derecho y desde el punto de vista metodológico trata de asumir una posición avalorativa y descriptivista. De acuerdo con esta concepción, los estudiantes deben conocer y saber explicar el contenido del ordenamiento jurídico y reproducirlo con la mayor claridad posible.

En cuanto a las concepciones *funcionalistas o crítico-realistas*, cabe destacar su énfasis en la dimensión histórica y social del derecho y el acento en la dimensión política del derecho y del discurso jurídico contra su supuesta neutralidad valorativa.

Finalmente, la concepción *argumentativa y democrática* del derecho observa con claridad una tendencia a la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: parte de la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino también una razón práctica (reflexiona no sólo sobre los medios, sino también sobre los fines).

Lo que se requiere construir con esta concepción es una sociedad democrática que asegure la enseñanza de los valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo como, por ejemplo, la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad. El debate público y democrático, así como la apertura hacia posiciones plurales, son objetivos importantes para la concepción argumentativa y democrática del derecho.

Cuestionario

1. ¿Cuáles son los objetivos fundamentales del modelo de ciencia jurídica de Hans Kelsen?
2. ¿En qué medida el concepto de ciencia jurídica que propone Kelsen se aparta del realismo jurídico?
3. ¿En qué consiste la exigencia metodológica asociada a los patrones de observación y experimentación en el modelo de ciencia empírica de Alf Ross?
4. ¿En qué sentido puede reconocerse la influencia del positivismo lógico en el pensamiento de Alf Ross?
5. ¿Qué papel desempeña el análisis del lenguaje jurídico en el modelo de ciencia analítica de Herbert Hart?
6. ¿Cuáles son las consecuencias que debemos asumir si adoptamos la tesis de Hart a favor de la textura abierta del lenguaje jurídico?
7. ¿Cuáles son los rasgos que distinguen las tres etapas del pensamiento de Norberto Bobbio en torno a la ciencia jurídica?
8. ¿En qué términos el modelo de ciencia estructural-funcional de Norberto Bobbio intenta superar la crisis del positivismo analítico-kelseniano?
9. ¿Cuáles son las limitaciones más importantes que enfrenta el modelo de ciencia estructural-funcional de Norberto Bobbio?
10. ¿Qué relación existe entre el concepto de sistema jurídico de Alchourrón y Bulygin y los dos tipos de actividades que, en su opinión, desarrolla la ciencia jurídica?
11. ¿Qué función cumplen los mecanismos de ordenación, integración y reformulación ante los defectos de los sistemas jurídicos de acuerdo con Alchourrón y Bulygin?
12. ¿Por qué considera Ulises Schmill tan importante la tarea de la determinación y unificación del objeto de estudio de la ciencia jurídica?
13. ¿Qué función cumple, en opinión de Ulises Schmill, la interiorización semántica de los conceptos de sanción y facultad dentro del paradigma de mandado?
14. ¿Por qué Ronald Dworkin considera como propias de la ciencia jurídica tanto las tareas descriptivas como las prescriptivas?
15. ¿En qué medida el concepto de derecho que defiende Dworkin incide en su modelo de ciencia jurídica?

16. ¿Por qué considera Atienza que la preocupación por los resultados prácticos de la dogmática jurídica es esencial?
17. ¿Cuáles son los rasgos característicos del enfoque argumentativo que sostiene Atienza?
18. Describa la concepción formalista o positivista ortodoxa y señale su relación con la enseñanza del derecho.
19. Describa la concepción crítico-realista y señale su relación con la enseñanza del derecho.
20. Describa la concepción argumentativa democrática y señale su relación con la enseñanza del derecho.

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 2000.
  ———, *El sentido del derecho,* Ariel, Barcelona, 2001.
  ———, "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, Fontamara, México, 2004
  ———, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965.
- Böhmer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Gedisa, Barcelona, 1999.
- Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho,* Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, ITAM-Porrúa, México, 2001.
- De Páramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, Madrid, 1996.
- Geneyro, Juan Carlos, *La democracia inquieta,* Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1991.
- Gutmann, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, Nueva York, 1987.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1998.
- Kennedy, Duncan, "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", en *Doxa,* núm. 11, Universidad de Alicante, Alicante, 1992.
  ———, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System,* Afar, Cambridge, 1983.
- Laporta, Francisco (ed.), *La enseñanza del derecho,* Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2003.
- Macedo, Stephen, *Liberal Virtues*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Mendonca, Daniel, "Sistemas normativos y sistematización de normas", en *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2003.
- Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento* Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid, 1996.
- Rodríguez, César, "Teoría jurídica y decisión judicial: en torno al debate Hart-Dworkin", en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1994.
- Ruiz Miguel, Alfonso, "Estudio preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990.
- Schmill, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado*, Porrúa, México, 2003.
  ———, *Lógica y derecho*, Fontamara, México, 1997.
  ———, "El positivismo jurídico", en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Vázquez, Rodolfo, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

7. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Entienda el concepto de interpretación jurídica.
- Distinga los distintos tipos y teorías de la interpretación jurídica.
- Asimile la distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos.
- Conozca diferentes tipos de razones.
- Conozca la manera en que históricamente se ha concebido la argumentación jurídica y por qué la teoría moderna de la argumentación jurídica representa una superación de las concepciones tradicionales.
- Se aproxime a tres de las principales teorías modernas de la argumentación.

La interpretación del derecho

Un primer sentido del término "interpretación" se refiere a la actividad de decidir, proponer, describir o prever el significado de un objeto; un segundo sentido del término habría de referirse al resultado o producto de dicha actividad.[1] En realidad, al hablar de interpretación con frecuencia hacemos referencia conjuntamente a los dos sentidos. Generalmente el significado del término depende del tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa recaiga. Por ejemplo, cuando se habla de la interpretación de las fuentes del derecho, interpretar significa clarificar el "contenido" o el campo de aplicación de una norma, o ambas cosas. No obstante, si por norma se entiende no ya el texto normativo sino el significado que contiene, entonces la norma no constituye el objeto sino el producto de la actividad interpretativa.

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual: denota la actividad de averiguar o decidir el significado de un texto jurídico o el resultado de esa actividad, el significado mismo.

Conceptos de interpretación jurídica

No existe, en realidad, una forma constante y unívoca de entender el término "interpretación jurídica". Es preciso reconocer que existen distintos conceptos de interpretación jurídica.[2]

Un concepto restringido de interpretación

En sentido estricto, el término "interpretación" se utiliza para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en cuanto a su campo de aplicación: sólo cuando el significado del texto es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho, decimos que el texto requiere interpretación. Si el texto es claro y no deja lugar a dudas o controversias no puede haber interpretación: sólo

[1] Véase Riccardo Guastini, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2001, p. 21.

[2] *Ibid.*, pp. 21-23.

cuando el texto es oscuro o equívoco, sólo cuando se presentan supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta, discutible o discutida, sólo entonces se requiere tomar una decisión argumentada y justificada. En otras palabras, no hay verdadera interpretación sin argumentación.

Quien adopta este concepto de interpretación suele dejar de lado el componente volitivo o decisorio de las operaciones doctrinales y jurisprudenciales. Desde este punto de vista sólo la atribución de significado a una fuente "oscura" requiere valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente "clara" sería una actividad meramente cognoscitiva consistente en descubrir un significado preexistente en un texto: nada hay que decidir respecto del significado que convenga, entre otros, a ese texto determinado. En otras palabras, la atribución de significado a un texto "claro" es una cuestión de ser verdadera o falsa.

Detrás de esta concepción se encuentra una opinión falaz que atribuye un significado intrínseco o "propio" a las palabras, un significado independiente de los diversos modos de usar y entender las mismas palabras.

Con frecuencia quienes siguen este concepto de interpretación tienden a identificar textos legislativos y normas: todo texto o fragmento de texto expresa una norma (clara y precisa u oscura y vaga) preexistente a la actividad interpretativa. La interpretación tendría como objeto normas.

Un concepto amplio de interpretación

En este caso el término "interpretación" se utiliza para referirse a cualquier atribución de significado que se haga de una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. De acuerdo con esta concepción, cualquier texto, cualquier situación, requiere interpretación: la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación. En este caso la interpretación es vista como reformulación de los textos normativos de las fuentes: la interpretación es una suerte de traducción.

Quien sigue este concepto de interpretación generalmente intenta poner en evidencia que la cuestión de atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones. La interpretación no es una actividad cognoscitiva en la medida en que no existe algo así como el "significado propio" de las palabras. El significado es mutable y cada decisión interpretativa es siempre, hasta cierto punto, arbitraria: las palabras tienen tan sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta.

En realidad, la claridad y oscuridad no son cualidades intrínsecas de un texto, son más bien fruto de la interpretación. Esto resulta más evidente cuando se comprende que puede existir controversia sobre la misma claridad u oscuridad del texto.

Aquellos que adoptan este concepto de interpretación suelen distinguir entre textos legislativos y normas: las normas son el significado de los textos. El objeto de la interpretación no son normas, sino textos. Interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. Interpretar es producir una norma.

Otros conceptos de interpretación

El término "interpretación" en ocasiones se utiliza para referirse genéricamente al conjunto de trabajos de los juristas, más allá de lo que hemos distinguido propiamente como interpretación. Así, operaciones como la identificación de las fuentes del derecho válidas y la llamada "sistematización" del derecho también son identificadas bajo el término que nos ocupa.

La palabra "interpretación" también se utiliza para denotar un tratamiento incorrecto, falseado, impropio o manipulado de los textos jurídicos. Este uso puede observarse, por ejemplo, cuando se afirma que "cuando la ley es clara, es dañoso interpretarla".

En ocasiones el término "interpretación" se utiliza erróneamente como sinónimo de aplicación. Interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: la interpretación se ocupa de textos normativos, la aplicación del contenido de los mismos, las normas.

Teorías de la interpretación jurídica

Riccardo Guastini identifica tres teorías, o familias de teorías de la interpretación, que se confrontan en la literatura jurídica moderna: una teoría "cognitiva" (o formalista), una teoría "escéptica" y una teoría intermedia entre las dos precedentes.[3] Estas teorías (o discursos en cuanto a lo que la interpretación *es*), se entienden como un particular modo de comprender los enunciados interpretativos e implican una distinta concepción de la discrecionalidad judicial.

[3] *Ibid.*, pp. 30-35.

La teoría cognitiva de la interpretación

Esta teoría, también llamada formalista, sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar "empíricamente" el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores. Dado que se trata de enunciados de tipo descriptivo cabría comprobar su veracidad o falsedad. Esta concepción se funda, como ya vimos, en la creencia de que las palabras incorporan un significado "propio", independiente de su uso; también se basa en la creencia de que las autoridades normativas, generalmente órganos colegiados, tienen una "voluntad" unívoca y reconocible. Desde esta perspectiva bastaría "descubrir" el significado objetivo de los textos o la voluntad subjetiva preexistente de la autoridad.

El carácter cognoscitivo de la interpretación y la necesaria plenitud y coherencia del derecho implican que todo texto normativo admite una, y sólo una, interpretación "verdadera". Asimismo, no existe espacio alguno para la discrecionalidad judicial, ya que las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes: los jueces aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho, no crean nada nuevo.

La teoría escéptica de la interpretación

La interpretación, desde el punto de vista de esta teoría, es una actividad de valoración y de decisión, no de conocimiento. La opinión básica de esta teoría es que no existe el significado "propio", único, de las palabras. Todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diversos; las diversas interpretaciones dependen de las diversas posturas valorativas de los intérpretes. Esta teoría reconoce que no existe algo así como una "voluntad colectiva" de los órganos colegiados.

No es cierto, por lo tanto, que pueda afirmarse que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos. Las estipulaciones o propuestas de significado no son ni verdaderas ni falsas.

Desde este punto de vista, las normas jurídicas no preceden a la interpretación, son su resultado. Los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes: frente a una laguna o una antinomia los jueces crean derecho nuevo.

Con frecuencia los seguidores de esta teoría, inscritos bajo las distintas corrientes del "realismo jurídico" descuidan los vínculos y los límites objetivos que sujetan las elecciones de los intérpretes.

Una teoría intermedia de la interpretación

La interpretación es a veces una actividad de conocimiento y, otras veces, una actividad de decisión discrecional. Así se intenta conciliar esta postura a las dos teorías anteriores. La textura abierta, la vaguedad y la indeterminación de casi todos los textos normativos nos enseña que es posible identificar en el seno del significado de todo texto normativo un núcleo esencial y, en torno suyo, una "zona de penumbra" o de significado incierto e indefinido. En realidad, para toda norma existen casos "fáciles" y casos "difíciles": siempre habrá un lugar para los primeros en el campo de aplicación de la norma, mientras que la aplicabilidad de la norma será controvertida para los casos difíciles. La discrecionalidad de los jueces sólo cabe cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos difíciles que se encuentran en la "zona de penumbra". Así, en unos casos es posible "descubrir" el significado de un texto normativo y en otros habrá que "adscribir" significado al texto normativo. Cuando se mueve dentro de la "zona de penumbra" el intérprete adscribe un significado a ese texto. Cuando el caso es claro, sólo describe o descubre el significado. Sólo en este último escenario el enunciado interpretativo puede ser verdadero o falso.

Cabe señalar que esta teoría asume que la distinción entre casos fáciles y difíciles es una distinción objetiva no susceptible de decisiones interpretativas. Esto, sin embargo, no ocurre debido a que los intérpretes deciden discrecionalmente si la controversia se ubica en el núcleo esencial de significado o en la "zona de penumbra".

Tipos de interpretación

La clasificación de los tipos de interpretación suele seguir el criterio del sujeto que interpreta. En correspondencia con las figuras de los distintos intérpretes, es posible distinguir la interpretación auténtica, la interpretación oficial, la interpretación judicial y la interpretación doctrinal.[4]

En un sentido amplio, por interpretación auténtica se entiende aquella realizada por el autor mismo del documento interpretado, independientemente de la identi-

[4] Véase Riccardo Guastini, *op. cit.*, pp. 35-37 e Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

dad del autor y la naturaleza del documento. En sentido estricto, es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva.

La interpretación realizada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones es conocida como la interpretación oficial.

La interpretación judicial (o jurisprudencial) es aquella realizada por un órgano jurisdiccional y está ligada a la aplicación del derecho.

La interpretación doctrinal es la interpretación realizada por los juristas, generalmente suele conectarse con objetivos cognoscitivos o con tareas sistematizadoras del derecho.

Guastini apunta dos diferencias importantes entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal: la "fuerza" y la orientación.

Mientras la interpretación doctrinal de una determinada disposición puede ser entendida como una "recomendación", una "propuesta" o una "sugerencia" dirigida a los jueces para atribuir a una disposición un determinado significado; por otro lado, la interpretación judicial de una determinada disposición se entiende generalmente como una "decisión" en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen efectos jurídicos, las propuestas interpretativas doctrinales normalmente no producen dichos efectos jurídicos (aunque pueden influenciar la orientación jurisprudencial de los tribunales).

Por otro lado, se entiende que la interpretación judicial está orientada hacia los hechos y se considera una interpretación *en concreto*, es decir, planteada a partir de un determinado problema al que debe darse solución. En un sentido distinto, la interpretación doctrinal se considera orientada hacia el texto, es más bien una interpretación *en abstracto* que corre al margen de situaciones concretas, sin preocuparse de la solución específica de una controversia.

Los jueces no se preguntan por el significado en abstracto de un texto normativo, quieren saber si un determinado supuesto de hecho cae dentro del campo de aplicación de una norma.

Al final, es importante señalar que no existe un tratamiento unitario de esta tipología en las distintas teorías que se ocupan de la interpretación jurídica: para algunos se trata de distintas categorías interpretativas que constituyen especies de un mismo género; para otros, los tipos mencionados responden a géneros interpretativos distintos.

Casos fáciles, difíciles y trágicos[5]

El problema de los límites de la interpretación jurídica es muy importante en la medida en que no resulta claro que los tribunales puedan siempre dictar resoluciones correctas para los casos que se les presentan. La distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos parece ser muy útil para comprender en qué medida pueden verse "amenazadas" o limitadas las cuatro condiciones básicas de la interpretación que enumera Manuel Atienza: la interpretación "constitucionalmente adecuada" de la Constitución, la correcta argumentación y fundamentación jurídica, la resolución justa al tiempo que jurídicamente correcta de los casos presentados y la no sustitución del legislador.

Casos fáciles son aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes y, por lo tanto, se requiere una labor interpretativa. En los casos fáciles la justificación de las decisiones consistiría en efectuar una mera deducción, el silogismo judicial, cuya conclusión no es una decisión (por ejemplo, "condeno a X a la pena P"), sino una norma ("debo condenar a X a la pena P").

Por otro lado, en los casos difíciles —aquellos en los que existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas— la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. Atienza considera que a los criterios de la lógica deductiva deben añadirse los de la llamada "razón práctica", entre ellos los principios de universalidad, coherencia, consenso, etc. Sin embargo, la distinción entre casos fáciles y difíciles puede resultar una tarea bastante complicada. Solamente la expresión "caso difícil" es utilizada, como lo ejemplifica Pablo Navarro, con múltiples significados. Un caso "C" es considerado difícil si: *a)* no hay una respuesta correcta para "C"; *b)* las formulaciones normativas son ambiguas o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.; *c)* El derecho es incompleto o inconsistente; *d)* No hay consenso acerca de la resolución de "C" en la comunidad de juristas; *e)* "C" no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley; *f)* "C" no es un caso fácil y solamente se puede decidir al respecto sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos; *g)* Requiere para su solución de un razonamiento basado

[5] Véase Manuel Atienza, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos" en Rodolfo Vázquez (comp.), *La interpretación jurídica y la decisión judicial*, Fontamara, México, 2001, pp. 187-212.

en principios; *h)* La solución de "C" involucra necesariamente a juicios morales. En opinión de Atienza, la caracterización adecuada de los casos difíciles es aquella que ofrecen sólo los incisos, *d)*, *e)*, *f)*, *g)* y *h)* antes citados.

En realidad hay diversas posturas. Mientras Dworkin afirma que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles apenas tiene importancia, debido a que el método interpretativo que se requiere para resolver ambos es el mismo, un autor como Posner pone en duda que muchos de los casos difíciles puedan ser resueltos en forma metódica y afirma que las preferencias políticas y los valores éticos de los jueces resultan más determinantes que el razonamiento jurídico. La decisión, en estos casos, probablemente no podrá probarse como correcta o falsa, pero habrá de reflejar una visión social (generalmente los valores de la opinión pública que actúa a través de los jueces) la cual puede ser articulada y defendida.

Más allá de los casos fáciles y de los difíciles se encuentran los casos trágicos, los que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean a los jueces no el dilema de cómo ejercer su discreción, sino qué camino tomar cuando no parece posible hacer justicia plena por medio del derecho. En los casos trágicos, nos dice Atienza, no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y moral. Acaso sería posible afirmar que una respuesta es *mejor* que otra, pero no que hay una *buena* respuesta para un caso trágico. En los casos trágicos el "balance de razones" no permite alcanzar una solución que no implique de alguna manera el sacrificio de un valor fundamental desde el punto de vista jurídico o moral (o de ambos).

En opinión de Atienza, es posible distinguir dos tipos de casos trágicos: *a)* una situación en que el ordenamiento jurídico provee al juez de al menos una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; *b)* una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite al juez alcanzar alguna solución correcta. En relación con el primer caso cabría decir que en un estado democrático de derecho el juez no puede contraponer sus opiniones (*subjetivas*) de lo que es la moral, a la opinión (*objetiva*) de la mayoría. Aunque la disyuntiva para el juez se plantee en términos de hacer justicia o aplicar la ley, en realidad el juez no *debe* tener problemas de conciencia: está obligado a aplicar la ley.

A manera de ejemplo para el segundo caso, Atienza nos muestra que un ordenamiento jurídico que reconozca el principio de dignidad humana y establezca, simultáneamente, como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero, es un ordenamiento que lleva fatalmente, a quien tenga que aplicar sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos. Cuando no es posible

hacer compatible la igualdad ante la ley y el principio de dignidad, el juez se verá obligado en un momento dado, si desea seguir siendo juez, a actuar injustamente.

Ante la pregunta que nos plantea qué hacer frente a los casos trágicos, Atienza señala que si bien parece muy difícil llegar a una conclusión plenamente satisfactoria, en realidad el hecho de que no haya una respuesta correcta o buena no significa que todas las posibles alternativas sean equiparables o que no podamos decir que unas decisiones son peores que otras. El juez debe optar por el mal menor. Asimismo, ante un caso trágico el juez necesariamente deberá recurrir a criterios de lo razonable, es decir, a criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad y coherencia, entre otros) y la pura y simple arbitrariedad.

Habría también que reconocer que las constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, incorporan necesariamente valores de signo contrapuesto. En otras palabras, hay una serie de características que definen a los sistemas jurídicos contemporáneos que explican por qué se producen casos trágicos: la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se planean. Como bien dice Atienza, es muy probable que no tengamos ninguna razón para prescindir de la experiencia de lo trágico en el derecho.

La argumentación jurídica

Concepto y tipos de argumentación

Si hay alguna actividad que acompaña en todo momento al fenómeno jurídico en cualquiera de sus manifestaciones, es la argumentación, que consiste en ofrecer razones o pruebas a favor o en contra de una tesis que se pretende sostener o refutar.[6] Inclusive las personas que se imaginan a sí mismas como ajenas al mundo del derecho, cotidianamente y sin advertirlo, se involucran en una dinámica argumentativa: cuando intentan convencer a alguien para que realice tal o cual acción, cuando exponen las razones que los llevaron a conducirse de determinada manera, etc. Si en la vida diaria es difícil eludir la necesidad de apoyar con razones tanto los juicios que formulamos como los cursos de acción que seguimos, en el mundo del derecho se vuelve prácticamente imposible encontrar alguna parcela en que la argumentación

[6] Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.

no participe. Para evidenciar esta afirmación, invitamos al lector a que intente caracterizar cualquiera de las manifestaciones más significativas del fenómeno jurídico prescindiendo de cualquier alusión al papel que desempeña la labor argumentativa en esas manifestaciones. No se ve cómo se pueda hacer una caracterización apenas certera de la producción de normas a cargo de órganos legislativos, o de la aplicación de esas normas a casos concretos, sin hablar de la argumentación.

La argumentación está presente en múltiples disciplinas. En política, tanto en su dimensión práctica como desde una perspectiva científica de la misma, quienes de ella participan argumentan todo el tiempo: por ejemplo, algunos buscan convencer a los electores acerca de cuál debe ser el sentido de su voto; otros respaldan con argumentos aquellos ideales que —dicen— conducen a una sociedad mejor. Cuando en una disciplina la argumentación cobra un papel tan relevante, ésta va tomando una fisonomía muy particular que la hace inseparable de la disciplina de que se trate. Así es como la argumentación en política adquiere rasgos tan especiales que conviene hablar de *argumentos políticos*, pues la estructura de éstos y su contenido están tan imbricados con la disciplina en la que se esgrimen que ya no puede hablarse de *argumentación-aplicada-a-la-política* sino de una argumentación *propia* de la política.

Lo mismo ocurre con el derecho. Como nos dice Manuel Atienza:

> [...] nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un *buen jurista* tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad.[7]

Ahora bien, la manera en que se ha entendido la tarea de argumentar en contextos jurídicos, ha variado a lo largo de la historia. En el presente capítulo nos referiremos a la teoría moderna de la argumentación jurídica y sólo tangencialmente haremos alusiones a concepciones históricas.

Lo que hoy en día se conoce como argumentación jurídica no es la utilización de la lógica formal en el derecho. Por el contrario, la teoría moderna de la argumentación jurídica es resultado de la demostración de las limitaciones y las insuficiencias que padece la lógica formal para explicar las argumentaciones en el derecho, pues el arsenal argumentativo de los operadores jurídicos no se agota en la lógica formal.

[7] Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003, p. 1.

La teoría de la argumentación jurídica representa un distanciamiento de aquella concepción según la cual la esgrima de razones en que consiste el fenómeno jurídico, se reduce a un intercambio de razonamientos que revisten un carácter lógico-formal. Más bien la teoría de la argumentación jurídica es deudora de la distinción que se hace en filosofía de la ciencia entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. El primero se refiere al procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, mientras que el segundo alude al procedimiento que consiste en justificar premisas y conclusiones. En otras palabras, en el *contexto de descubrimiento* lo que interesa es *cómo* se arribó a una determinada conclusión, es decir, cuáles fueron sus causas. En contraste, en el *contexto de justificación* se trata de encontrar *por qué* las premisas ofrecidas apoyan la conclusión.

En consecuencia, al contexto de descubrimiento competen un tipo de razones, que se denominan *explicativas*, y al de justificación las razones *justificativas*. Como nos dice Manuel Atienza: "[...] las primeras tratan de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión [...] y de qué finalidad se perseguía, (mientras que) las segundas están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta".[8] Así, una razón *explica* cuando sirve para poner de manifiesto las causas que llevaron a una determinada acción, una razón *justifica* cuando conduce a la corrección de una acción o decisión con arreglo a alguna pauta de valoración.

Carlos Santiago Nino muestra, en una sola oración, la diferencia entre razones explicativas y justificativas: "La *razón* por la que Juan mató a María es que ella hablaba mucho, pero que una persona hable mucho no es *razón* para que la maten". En el ejemplo, el primer uso de *razón* se refiere a razones explicativas y el segundo a razones de tipo justificativo.

Atienza nos advierte del equívoco que implicaría hacer coincidir, por una parte, el contexto de descubrimiento con el uso descriptivo del lenguaje y, por otra, el contexto de justificación con las prescripciones, pues "[...] tanto en relación con uno como con otro contexto, se puede adoptar una actitud descriptiva o prescriptiva".[9] Se puede *describir* un procedimiento compuesto por razones *justificativas*, por ejemplo, cuando reconstruimos la ruta seguida por un juez para emitir una sentencia. Asimismo, se puede *prescribir* que las razones que *explican* un fenómeno son idóneas para configurar una teoría.

[8] Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 32.
[9] Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 5.

Con el fin de ubicar a la argumentación jurídica dentro de las distinciones a que nos hemos referido (contexto de descubrimiento *vs.* contexto de justificación, por un lado y, uso descriptivo *vs.* uso prescriptivo, por otro), podemos decir, con Manuel Atienza, que la teoría de la argumentación jurídica se inscribe en el contexto de justificación, pero comparte pretensiones tanto prescriptivas como descriptivas, es decir, muestra "[...] no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también cómo se deberían justificar".[10]

Dijimos que la teoría moderna de la argumentación jurídica es una *revuelta* contra las insuficiencias de la lógica formal como eje de explicación de los argumentos que se esgrimen en el derecho. Esta *revuelta* descansa en el diagnóstico de que la lógica sólo permite determinar la corrección *formal* de los argumentos pero no arroja luz sobre la corrección *material* de los mismos. En otras palabras, un análisis lógico de un argumento se limita a determinar si éste cumple con las reglas de derivación que van de las premisas a la conclusión, pero pasa por alto si las premisas estudiadas son verdaderas o falsas.

Entre otras razones, la imposibilidad de abordar con base en la lógica la verdad material de las premisas que forman parte de los razonamientos jurídicos, orilló a los teóricos contemporáneos de la argumentación jurídica a superar el paradigma imperante de la lógica deductiva para encontrar asideros explicativos más fecundos. Entre los autores hispanohablantes destaca la obra de Manuel Atienza, no sólo por los aportes novedosos con que ha contribuido al debate, sino también por el esfuerzo de sistematización de las distintas teorías contemporáneas que en ella se contiene. Años de investigación han llevado a Atienza no sólo al conocimiento profundo de las diferentes teorías en la materia sino a proponer una novedosa concepción del derecho *como argumentación*,[11] cuyo estudio abordamos en la Unidad 6.

Según Atienza, el derecho es un fenómeno que tradicionalmente ha sido estudiado a partir del presupuesto de su *tridimensionalidad*: *a)* como norma, *b)* como hecho social y *c)* como valor. A cada una de estas dimensiones corresponde un enfoque o perspectiva de estudio. Atienza se ha referido a estos enfoques como el *estructural*, que trata de explicar los componentes del derecho, centrándose en los distintos tipos de normas; el *sociológico* o *funcional*, donde el derecho es visto como realidad social, como comportamiento humano, y el enfoque *valorativo*, que se dirige a mostrar lo que debería ser el derecho, y cuáles son los requisitos de éste de acuerdo con pautas de justicia.

[10] *Ibid.*, p. 6.
[11] Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, capítulo 10.

Atienza propone un cuarto enfoque que consiste en aproximarse al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos. En palabras de Atienza:

> [...] el pragmatismo [...] es, en un cierto nivel, la única filosofía del Derecho posible; digamos el trasfondo último de cualquier teoría del Derecho. [...] El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento (no necesariamente neutral) de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo.[12]

Se trata de una visión *instrumental, pragmática, dinámica y comprometida* que presupone a los enfoques deudores de la tridimensionalidad tradicional.

Por antonomasia, el derecho participa en la solución de conflictos sociales a través de la creación de leyes para dar respuesta a una serie de problemas sociales; al legislador y en general a todos los que participan de algún modo en el proceso legislativo, se les exige dar razones para fundamentar una decisión, para justificar tal o cual ley. Por ello, deben justificar sus opiniones y sus decisiones. Justificar implica que tienen que argumentar, es decir, que deben dar razones que apoyen sus afirmaciones. El derecho también participa en la solución de conflictos cuando se aplican normas generales a casos concretos. En un Estado de Derecho los jueces y tribunales que participan en la impartición de justicia, están obligados a motivar y justificar sus decisiones en términos jurídicos, es decir, no sólo deben decidir el caso, sino que deben argumentar dando razones que justifiquen jurídicamente su decisión.

Una tercera instancia, ligada a la anterior, surge de la necesidad que se presenta en sociedades complejas de acudir a especialistas (abogados, juristas, peritos, etc.) para proponer nuevas soluciones, nuevas leyes, o para persuadir al juez, aconsejar al cliente o alcanzar un acuerdo por la negociación con otra parte. La dogmática jurídica también suministra razones, teóricas y sistemáticas, para apoyar cierto tipo de decisiones, tanto en la producción como en la aplicación del derecho. Todo ello requiere en gran medida de argumentación.

Desgraciadamente, pese al papel central de la argumentación en el derecho, el enfoque argumentativo se había olvidado casi por completo en la formación del abogado y del jurista. Influidos por las concepciones formalistas y juspositivistas desde el siglo XVIII y hasta la primera mitad del siglo XX, que enfatizaron lo que

[12] Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003, Fontamara, México, pp. 129 y ss.

hemos llamado enfoque *estructural*, los juristas se olvidaron casi por completo del enfoque argumentativo, cuando este enfoque ha sido históricamente determinante en su formación y en su quehacer cotidiano.

Renunciando a cualquier pretensión de exhaustividad y asumiendo la incursión en eventuales reduccionismos, en el siguiente apartado expondremos las teorías que consideramos como las más destacadas dentro de la moderna teoría de la argumentación. Se trata de las teorías propuestas por Stephen Toulmin, Neil MacCormick y Robert Alexy. Es una selección más acotada que la ofrecida por Manuel Atienza, pero las síntesis que elabora este autor sobre cada teoría nos servirán de hilo conductor en la exposición.

Teorías de la argumentación

En la teoría contemporánea de la argumentación jurídica destacan las aportaciones de Stephen Toulmin, Neil MacCormick y Robert Alexy. Estas teorías suponen de alguna manera la evolución del pensamiento de Theodor Vieheweg en tópica y de Chaim Perelman en retórica, precursores ambos de la teoría de la argumentación jurídica.

Stephen Toulmin

Una lógica aplicada y no ideal es la que interesa a Stephen Toulmin.[13] Lógica ideal sería aquella que, por su alto grado de abstracción, no opera en contextos en que se precisa resolver problemas prácticos. Según Toulmin, una lógica semejante sólo recibirá aplicación en el campo de la lógica matemática.[14] En cambio, como el interés de Toulmin se enfoca hacia una concepción de una lógica que sirva como conjunto de reglas ordenadoras del razonamiento práctico, nuestro autor emprende la búsqueda de alguna disciplina del conocimiento o de algún ámbito de acción de los seres humanos en que la lógica pueda desempeñar esa función. En su búsqueda, Toulmin topa con el derecho.

Toulmin encuentra en el derecho una disciplina en que la corrección de los argumentos no depende sólo de la forma de las premisas y de las relaciones que éstas

[13] Stephen Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.
[14] Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, p. 81.

guardan entre sí para desembocar en una conclusión (lógica formal), sino que también exige que se satisfagan ciertos "criterios sustantivos e históricamente variables"[15] que sólo pertenecen al ámbito del derecho y, por ende, su conocimiento escapa a la lógica formal, incapaz, por definición, de acercarse a los problemas más allá de su perspectiva abstracta.

Como dice Atienza, Toulmin parte de la constatación de que "el razonamiento cambia en relación con las situaciones", es decir, que no puede haber una única ruta correcta para validar argumentos, sino que los distintos ámbitos del comportamiento humano imponen diferentes reglas de corrección a los argumentos. Así, los argumentos que se hacen valer en contextos jurídicos deben reunir ciertas condiciones que variarán en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre en la lógica formal, donde las reglas de derivación son universales e impermeables al curso temporal.

Ahora bien, que los criterios de corrección de los argumentos varíen en función del tiempo y del ámbito en que se hacen valer, no exime que la pluralidad de argumentos mantenga características comunes a todos ellos. Estos elementos que comparten los distintos tipos de argumentos son: *a)* pretensión, *b)* razones, *c)* garantía y *d)* respaldo.[16]

El uso del término *pretensión* en teoría de la argumentación es acorde con el uso que se le da en la teoría general del proceso. Así, los juristas suelen entender por pretensión "la reclamación concreta que la parte actora hace contra la demandada, en relación con un bien jurídico. Es 'lo que pide' el actor en su demanda o el acusador en su acusación"[17]. Si decantamos de términos de derecho la definición anterior, es decir, si le quitamos aquellas palabras cuyo significado reviste carácter técnico jurídico (como *actor*, *bien jurídico* o *parte*), podemos decir que *pretensión*, para la teoría de la argumentación, es la reclamación concreta que hace una persona a otra en relación con un estado de cosas o con una categoría conceptual. Uno de los ejemplos que ofrece Atienza al respecto es idóneo para ilustrarlo: cuando una persona sostiene que ella tiene derecho a recibir como herencia los bienes de otra, *pretende* que se le otorgue el derecho de recibir los bienes de esa otra persona por concepto de herencia.

Ahora bien, quien esgrime una pretensión tan sólo puede afirmarla, es decir, limitarse a señalar *qué* pretende, sin que ello lleve aparejadas las *razones* que

[15] *Ibid.*, p. 82.
[16] *Ibid.*, p. 84.
[17] José Ovalle Favela, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, México, 2005, p. 153.

justifican su pretensión (razones justificativas). Sin embargo, quien hace valer una pretensión se ve en la necesidad de justificarla a través de razones cuando otra persona, posiblemente afectada en caso de que se cumpla la pretensión esgrimida, aduce en respuesta otra pretensión que intenta nulificar la pretensión originaria. Auxiliándonos nuevamente del ejemplo de Atienza, podemos decir que cuando el sujeto A pretende heredar los bienes de otra persona X, sostiene que cualquier sujeto distinto de A debe quedar imposibilitado de recibir en herencia esos bienes. Por ello, un sujeto B, distinto de A, puede verse afectado por la pretensión de A, pues B no podría ingresar en su patrimonio los bienes que A pretende obtener por herencia. En ese caso, B esgrime una pretensión en respuesta a la pretensión de A, con el fin de que esta última quede sin efecto y que, por el contrario, los bienes que constituyen la herencia le sean adjudicados a B. Así las cosas, para que A logre imponer su pretensión, tendrá que ofrecer *razones* que convaliden lo que pretende.

Las *razones*, dice Atienza, "[...] no son teorías generales sino los hechos específicos del caso [...]; en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso".[18] Ahora bien, si al cuestionar las razones de la pretensión se logra *destruir* esa pretensión, es decir, si al poner en duda las razones del oponente se logra demostrar que las razones expresadas no conducen a la calificación de la pretensión como *válida*, es suficiente para que la pretensión originaria se califique como *inválida* y el derecho no la proteja. Ahora bien, aun cuando se acepten los hechos (o sea, las razones) de la pretensión originaria, no basta para que la pretensión se tenga por válida, pues hace falta justificar el paso de las razones a la pretensión. Haciendo un recuento, primero se formuló una pretensión, después se formuló una pretensión que pretende desvirtuar la primera; más adelante se ofrecen razones a favor de una y de otra. Llegado este punto, procede justificar por qué las *razones* conducen o no a la *pretensión*. En palabras de Atienza:

> Los enunciados que autorizan (el paso de las razones a la pretensión) constituyen la *garantía* del argumento. La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de la naturaleza, etc. En todo caso, las *garantías* no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros. Podrá

[18] Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 85.

decirse que mientras los hechos o razones son los ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes.[19]

Después de haber esgrimido una *pretensión* de ofrecer *razones* a su favor y de justificar la conexión entre pretensión y razones mediante una *garantía*, hace falta dar un *respaldo* a dicha garantía, pues ésta también debe pasar una prueba de validación. Por respaldo se entiende "el campo general de información que está presupuesto en la garantía aducida". Por ejemplo, si como *garantía* de las *razones* a favor de la *pretensión* de obtener una herencia se aduce que los hijos son herederos de los padres, el respaldo de esa garantía lo ofrece la norma jurídica que establezca la condición de causahabientes de los hijos tras el fallecimiento de sus padres. En nuestro derecho, la disposición que sirve de respaldo a la pretensión del ejemplo es la fracción I del artículo 1602 del Código Civil para el Distrito Federal.

Neil MacCormick

A la teoría de Neil MacCormick se le conoce como *integradora* porque pretende conciliar las posiciones de los defensores de la lógica con las de sus detractores, mediante la consideración de que el fenómeno jurídico no puede prescindir de los aspectos formales de razonamiento ni de los aspectos materiales.[20] El proceso argumentativo justificatorio, según MacCormick, se desdobla en dos niveles: justificación *interna* y justificación *externa*. La primera se refiere a la validez de las conexiones entre las premisas, mientras que la segunda apunta a la elección de las premisas, las cuales deberán tener sentido no sólo en cuanto a su coherencia o consistencia con un sistema jurídico, sino con la realidad fáctica.

MacCormick pone de manifiesto las limitaciones de la lógica deductiva en el ámbito de la argumentación jurídica a través de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Un caso es *fácil* cuado admite solución a través de un razonamiento meramente *subsuntivo* en el que una premisa normativa sirve para calificar a una premisa de carácter descriptivo, operación que, *lógicamente*, arroja una conclusión normativa. Así, la lógica deductiva, según MacCormick, opera exitosamente tratándose de casos fáciles pero no sirve para hacer frente a casos difíciles.

[19] *Ibid.*
[20] Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Un caso se califica como *difícil* cuando se ve aquejado por uno o simultáneamente por varios de los cuatro tipos de problemas que a continuación enunciamos:

1. *Problemas de interpretación.* Se presentan cuando "[...] no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (al caso) pero la norma en cuestión admite más de una lectura".[21] Robert Walter entiende por interpretación el "proceso intelectual que sirve para averiguar el contenido de una disposición jurídica".[22] En otras palabras, la interpretación consiste en establecer el *sentido* de la norma —aunque, como afirma Roberto José Vernengo,[23] no sabemos cuál es el estatus óntico del término *sentido*—. Valiéndonos de la terminología de Joseph Raz, podemos decir que el sentido sería la *razón para la acción* que la norma ofrece.
2. *Problemas de relevancia.* Ocurren cuando la duda no es acerca de cómo interpretar determinada norma sino que el problema estriba en determinar si existe una norma tal.[24]
3. *Problemas de prueba.* "Se refieren al establecimiento de la premisa menor"[25] del silogismo judicial.
4. *Problemas de calificación.* "Se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos [...] pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma".[26]

La solución de casos difíciles, según MacCormick "[Debe] tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico de que se trate como en relación con el mundo".[27] Una decisión judicial tiene sentido en relación con el sistema cuando satisface los requisitos de *consistencia* y de *coherencia.* Existe consistencia en la decisión cuando las normas aplicables al caso no colisionan con otras normas del sistema jurídico. En cuanto a la coherencia de las decisiones judiciales, cabe distinguir entre *coherencia normativa* y *coherencia narrativa.* La idea de coherencia normativa radica en la postulación de que existe un conjunto de principios generales o de valores que apuntan a estados de cosas que se consideran deseables, valiosos,

[21] Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 112.
[22] Robert Walter, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, trad. Luis Villar Borda, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 13, Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 61.
[23] Roberto J. Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 404.
[24] Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 113.
[25] *Ibid.*
[26] *Ibid.*
[27] *Ibid.*, p. 117.

justos. Así, una decisión consistente (esto es, que no contraviene ninguna norma positiva del sistema) puede ser incoherente si trae como consecuencia un estado de cosas disvalioso o injusto. En este concepto de coherencia normativa se basan precisamente dos argumentos interpretativos a los que nos hemos referido, a saber: el argumento *por analogía* y el argumento *por los principios*, pues en la médula de ambos argumentos está inserta la idea de que hay un continente de racionalidad del derecho en orden a un conjunto de valores.[28] Esto es así porque quien argumenta analógicamente extiende la solución de un caso a otro no previsto por norma positiva alguna, mediante la *construcción* de una similitud entre ambos casos por parte del intérprete, con arreglo a un valor que justifica la imputación de las consecuencias normativas del caso regulado al no regulado.

Quien argumenta por analogía o con base en principios, supone que hay un conjunto coherente de valores que sirven para justificar las decisiones públicas. Ronald Dworkin propone que esta suposición de que existe un conjunto de principios coherente es una intuición. Ahora bien, ¿de dónde proviene una intuición según la cual en los sistemas jurídicos hay un conjunto coherente de principios? La intuición de Dworkin proviene de la lectura de la Constitución de Estados Unidos que, al igual que la mayoría de las constituciones occidentales, incluye algunos principios generales, como la igualdad o la libertad.[29]

Por su parte, el requisito de coherencia narrativa a que alude MacCormick exige que los hechos que se tienen por ciertos en ausencia de prueba —como bien puede ser el caso de los hechos que se presumen—, sean coherentes con el resto de los hechos probados.[30]

Pero así como las decisiones de los jueces deben tener sentido en términos sistémicos, igualmente deben tenerlo en relación con el mundo. Es decir, debe procurarse que exista armonía entre la decisión, por un lado, y los principios y valores que dan racionalidad al sistema, por otro (coherencia normativa), pero también debe atenderse a las consecuencias de la decisión en el plano fáctico. Cuando el precio de tomar una decisión con apego a principios sea la producción de consecuencias indeseables, MacCormick sugiere que lo que debe imperar es el argumento consecuencial. Las consecuencias guardan una relación mediata con la decisión judicial, pues éstas no se derivan directamente de la sentencia, sino que

[28] *Infra*, Unidad 5, "Concepto de ciencia jurídica".

[29] Ronald Dworkin, "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", trad. Imer Flores, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre de 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, pp. 3-52.

[30] *Infra*, "La dogmática jurídica como saber científico".

son estados de cosas que tienen como causa el *resultado* de una decisión. Así, una *decisión* produce un *resultado*, y éste, a su vez, trae *consecuencias* consigo.

Robert Alexy

Para Robert Alexy la argumentación jurídica es "un caso especial del discurso práctico general".[31] La teoría de la argumentación de Alexy es parasitaria de una teoría del discurso, concretamente de la teoría del discurso de Jürgen Habermas.

Habermas postula las potencialidades de la razón para resolver problemas prácticos, es decir, se sitúa en el lado opuesto de la tesis escéptica según la cual las cuestiones prácticas no admiten solución racional. Por el contrario, Habermas sostiene que las cuestiones prácticas pueden ser decididas mediante la razón.

Alexy se vale de la teoría del discurso habermasiana para afirmar que los conflictos que se suscitan en el derecho también tienen solución a la luz de razones. Alexy sigue a Habermas cuando afirma que la argumentación racional se desarrolla mediante un procedimiento, de tal suerte que "un enunciado normativo es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento".[32]

Las reglas que forman parte del procedimiento argumentativo son clasificadas por Alexy en dos grupos principales: *reglas fundamentales* y *reglas de razón.*

Las *reglas fundamentales* son las condiciones mínimas necesarias para entablar cualquier comunicación lingüística, como la regla de *no contradicción* (no puede predicarse la negación y la afirmación de algo simultáneamente), de *universalidad* (si se asigna una calificación F a un objeto x se debe estar dispuesto a calificar con F a todo objeto similar a x) y de *uso común del lenguaje* (los participantes del diálogo racional deben compartir un código común de significados).

Entre las *reglas de razón* encontramos aquellas que se refieren a la *carga de la argumentación*, es decir, las que disponen a qué sujeto de entre los que participan de una dinámica argumentativa, corresponde ofrecer las razones que favorecen una pretensión. En el derecho, por ejemplo, es usual afirmar que "el que afirma debe probar". Esta expresión contiene una regla de razón, pues establece que el sujeto que emite una afirmación respecto de ciertos hechos es quien debe ofrecer pruebas de los hechos afirmados. Asimismo, dentro de las reglas de razón encontramos *reglas de transacción*, que son las que indican cuándo es válido dentro del

[31] Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 149. Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
[32] *Ibid.*, p. 154.

procedimiento racional, saltar de un plano argumentativo a otro, pues en muchos casos quienes argumentan saltan de una dimensión conceptual (por ejemplo, cuando definen el significado de un término) a otra de tipo empírico (por ejemplo, cuando señalan qué se entiende en la práctica por un concepto).

Alexy, al igual que Dworkin, concibe tanto reglas como principios al interior de los sistemas jurídicos. Su concepción de los principios linda de manera importante con la de Dworkin y, al igual que el jurista norteamericano, Alexy se enfrenta al problema de si en el derecho cabe hablar de respuestas correctas únicas. En este sentido, Alexy afirma que, con independencia de si existen o no respuestas correctas únicas a los conflictos de principios que han de ser resueltos mediante el derecho, los operadores jurídicos deben actuar como si las soluciones que ofrecen fueran las únicas correctas. Así, la respuesta correcta única, más que un estadio alcanzable para los sujetos que participan del mundo jurídico, debe entenderse como un *ideal regulativo*, es decir, como un punto de llegada al que deben encaminarse los esfuerzos argumentativos de los participantes.

Resumen

Existen distintos conceptos de interpretación jurídica. En opinión de Riccardo Guastini, existen tres teorías, o familias de teorías, de la interpretación que se confrontan en la literatura jurídica moderna: una teoría "cognitiva" (o formalista), una teoría "escéptica" y una teoría intermedia entre las dos precedentes.

La teoría cognitiva de la interpretación, también llamada formalista, sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar "empíricamente" el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores. Dado que se trata de enunciados de tipo descriptivo, cabría comprobar su veracidad o falsedad. De acuerdo con la teoría escéptica, la interpretación es una actividad de valoración y de decisión, no de conocimiento.La opinión básica de esta teoría es que no existe el significado "propio", único, de las palabras. Todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diversos, las diversas interpretaciones dependen de las posturas valorativas de los intérpretes. Por lo tanto, no es cierto que pueda afirmarse que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos. Desde este punto de vista, las normas jurídicas no preceden a la interpretación, son su resultado. Los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes: frente a una laguna o una antinomia los jueces crean derecho nuevo. De acuerdo con la teoría intermedia de la interpretación, ésta es a veces una actividad de conocimiento y, en otras ocasiones, una actividad de decisión discrecional. La textura abierta, la vaguedad y la indeterminación de casi todos los textos normativos, nos enseña que es posible identificar en el seno del significado de todo texto normativo un núcleo esencial y, en torno suyo, una "zona de penumbra" o de significado incierto e indefinido. En realidad, para toda norma existen casos "fáciles" y casos "difíciles": siempre habrá un lugar para los primeros en el campo de aplicación de la norma, mientras que la aplicabilidad de la norma será controvertida para los casos difíciles.

Por otro lado, existen distintos tipos de interpretación. En correspondencia con las figuras de los distintos intérpretes, es posible distinguir la interpretación auténtica, la interpretación oficial, la interpretación judicial y la interpretación doctrinal. En un sentido amplio, por interpretación auténtica se entiende aquella realizada por el autor mismo del documento interpretado, independientemente de la identidad del autor y la naturaleza del documento. La interpretación realizada por un órgano del Estado, en ejercicio de sus funciones, es conocida como interpretación oficial. La interpretación judicial (o jurisprudencial) es aquella realizada por un órgano jurisdiccional y está ligada con la aplicación del derecho. La interpretación

doctrinal es la interpretación realizada por los juristas; suele conectarse con objetivos cognoscitivos o con tareas sistematizadoras del derecho.

Mientras la interpretación doctrinal de una determinada disposición puede ser entendida como una "recomendación", una "propuesta" o una "sugerencia" dirigida a los jueces para atribuir a una disposición un determinado significado; por otro lado, la interpretación judicial de una determinada disposición se entiende generalmente como una "decisión" en torno de esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces producen efectos jurídicos, las propuestas interpretativas doctrinales no suelen producir dichos efectos jurídicos (aunque pueden influenciar la orientación jurisprudencial de los tribunales).

El problema de los límites de la interpretación jurídica es muy importante, en la medida en que no resulta claro que los tribunales puedan siempre dictar resoluciones correctas para los casos que les presentan. La distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos es importante. Casos fáciles son aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por lo mismo, se requiere una labor interpretativa. En los casos trágicos el "balance de razones" no permite alcanzar una solución que no implique de alguna manera el sacrificio de un valor fundamental desde el punto de vista jurídico o moral, o ambos.

En el entendido de que la teoría contemporánea de la argumentación jurídica se ha abierto camino en su calidad de autónoma, a partir de su diferenciación respecto de la retórica, la tópica y lógica formal, en la última parte de la esta unidad se aborda el tema de la argumentación en el derecho desde una perspectiva moderna, que incorpora categorías de análisis propias de la teoría de la ciencia (como la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*, así como entre razones de tipo *explicativo* y *justificativo*).

En deuda con el trabajo de Manuel Atienza, se analizan las teorías de la argumentación de Stephen Toulmin, Neil MacCormick y Robert Alexy por considerarlas las más representativas de la teoría contemporánea de la argumentación, además de que entre las tres ofrecen las coordenadas básicas para adentrarse en el estudio de la disciplina.

Cuestionario

1. ¿Cuáles son los dos sentidos básicos de la expresión "interpretación jurídica"?
2. ¿Cuáles son las características que distinguen el concepto restringido de interpretación del concepto amplio de interpretación?
3. ¿En qué consiste el debate entre la teoría cognitiva de la interpretación y la teoría escéptica de la interpretación?
4. ¿Qué diferencias reconoce Guastini entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal?
5. Defina en qué consiste argumentar.
6. Explique las diferencias entre razones explicativas y justificativas.
7. Cuando una alumna le dice a la profesora al entrar al salón de clases: "Llegué tarde porque no miré el reloj", ¿qué tipo de razón aduce?, ¿explicativa o justificativa?
8. ¿El uso descriptivo del lenguaje y el contexto de justificación se excluyen mutuamente?
9. ¿A qué se refiere Atienza con la *tridimensionalidad* del fenómeno jurídico?
10. Explique las teorías de Toulmin, MacCormick y Alexy sobre la argumentación jurídica.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

  ———, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

  ———, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.

  ———, "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, Fontamara México, 2004.
- Dworkin, Ronald, "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", trad. Imer Flores, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, , julio-diciembre de 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México.
- Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, México, 2005.
- Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001.
- Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Walter, Robert, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen,* trad. Luis Villar Borda, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 13, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.

8. LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS Y LA PRUEBA DE LOS HECHOS

Objetivos

Se pretende que el alumno:

- Conozca los principales argumentos interpretativos y las diferencias que guardan entre sí.
- Entienda las relaciones que hay entre los tipos de argumentos interpretativos y el concepto de sistema jurídico.
- Observe algunos ejemplos reales de derecho positivo en que se emplean los argumentos interpretativos.
- Conozca las relaciones entre los hechos y sus pruebas.
- Reflexione acerca de si los casos son preexistentes a los hechos o si éstos son los que configuran los casos.

Los argumentos interpretativos

Kelsen describía la función aplicativa de normas jurídicas como un proceso que va de lo general o abstracto a lo particular o concreto, es decir, de la grada superior del orden jurídico (la constitución) al acto de ejecución prescrito en una norma individualizada (sentencia).[1] Cada acto que se inscribe en esa cadena, salvo los que se ubican en los extremos de la espiral aplicativa es, a un tiempo, aplicación y producción de normas.

La mayoría de las constituciones modernas establecen, como correlato de las garantías de certeza y seguridad jurídica de los individuos, una doble exigencia dirigida a los operadores que participan del proceso simultáneo de aplicación y producción de normas (fundamentalmente a los jueces), a saber, el deber de *fundar* y *motivar* cada uno de esos actos.[2]

Para cumplir con el deber de exponer las razones que justifiquen sus decisiones, los jueces (y el resto de los operadores jurídicos que trabajan para conseguir la tutela de sus intereses o ejercer sus facultades), echan mano de distintas formas de razonamiento. Al momento de interpretar normas jurídicas, algunas de estas formas de razonar se tornan recurrentes y se van distinguiendo por tener ciertas características. La ciencia del derecho contemporánea se ha dado a la tarea de teorizar estas formas del razonamiento, dando lugar a la teoría de los *argumentos interpretativos*. A continuación se ofrece una breve explicación de los argumentos interpretativos que consideramos más relevantes, tanto por su riqueza teórica como por la frecuencia con que se emplean en el razonamiento jurídico cotidiano.

La analogía

Existe una explicación del argumento por analogía, a la que Francisco Javier Ezquiaga denomina "tradicional", según la cual dicho argumento presupone la tesis de que las normas que conforman los órdenes jurídicos no prevén soluciones

[1] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 246.

[2] Por *fundamentación* y *motivación*, el Poder Judicial de la Federación ha entendido lo siguiente: "La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento". Véase: Octava época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XV-II, febrero de 1995, tesis VI. 2º.718 K, p. 344.

para la totalidad de casos que pueden presentarse. Cuando un orden de normas no imputa una consecuencia jurídica a un caso, es decir, cuando un caso no se corresponde con el supuesto de ninguna norma jurídica, los juristas suelen afirmar que ese orden padece una "laguna". Aquí no abordaremos la polémica acerca de si los órdenes jurídicos pueden carecer de previsiones respecto de ciertos casos o si, por el contrario, los sistemas de normas de derecho siempre cuentan con soluciones para todos los casos (lo que se conoce como "plenitud" del ordenamiento),[3] pues nuestro propósito no es tomar postura en este debate (que mucho ocupó la atención de Kelsen) sino explicar en qué consiste el argumento analógico.

Para ello será necesario empezar por señalar que entre la explicación tradicional del argumento analógico y el concepto de laguna existe un vínculo conceptual, en el sentido de que la analogía en el derecho, a juicio de quienes la explican del modo tradicional, sólo opera en presencia de una laguna. Sostener la tesis contraria, o sea, la de la plenitud del ordenamiento (según la cual los sistemas de normas de derecho cuentan con soluciones normativas para todos los casos posibles), bajo la explicación tradicional traería como consecuencia que el argumento por analogía pierda sentido.

Esto es así porque, como sintetiza Francisco Javier Ezquiaga, el argumento analógico consiste en "trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, *no regulado por el ordenamiento jurídico*, pero que es semejante al primero".[4] Así, la ausencia de regulación de un caso es una propiedad definitoria del argumento analógico, pues está inserta en la médula de su concepto. Por ello dedicaremos algunas líneas a la explicación de esa ausencia de regulación, mejor conocida como "laguna", pues su elucidación es necesaria para comprender cabalmente el argumento por analogía en el derecho.

Lagunas en el derecho

El derecho se vale de múltiples metáforas. Una de ellas es la utilización de la palabra *persona* para designar tanto a un Estado nación como a una empresa mercantil. El término *persona* se usa en forma distinta al de otras disciplinas, como la ética o

[3] *Supra*, Unidad 3.

[4] Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 162. Las cursivas son nuestras.

la antropología. Lo mismo ocurre con la expresión "laguna". Al margen de su connotación fluvial, "laguna" se ha utilizado para describir, por ejemplo, aquella situación en que un individuo, como resultado de una ingesta intensiva de alcohol la noche previa, por la mañana no recuerda con exactitud o, de plano, no tiene memoria de lo que hizo durante esa noche. A esta situación se le conoce como "laguna mental".

En ese contexto, la expresión "laguna" denota ausencia de recuerdo; en el derecho alude a la falta de regulación. Kelsen no compartía el punto de vista de que en los órdenes de derecho pudiera haber lagunas, pues sostenía que el hecho de que un orden jurídico no regule alguna conducta a través de una norma positiva, ello no significa que el sistema no regule la conducta de que se trate. Lo anterior, porque —a juicio de Kelsen— las normas positivas no representan la única forma de regulación con que cuentan los sistemas jurídicos, sino que paralelamente a este método regulativo, los órdenes jurídicos pueden regular las conductas de forma negativa.

Kelsen decía que si bien los órdenes jurídicos están constituidos en su mayoría por normas positivas, también están provistos de lo que se conoce como *norma de clausura*, que permite regular casos de forma negativa. Además, aun cuando los sistemas jurídicos no funcionan como la lógica, las *consecuencias lógicas* de los enunciados normativos se insertan junto con éstos, dando lugar también a una forma de regulación negativa.

Para Kelsen, las potencialidades del conocimiento jurídico no son infinitas, por lo cual, al momento de elaborar las normas, no se pueden prever todos los hechos por acontecer. Por ello, si el derecho quiere cumplir con su aspiración de regular la conducta humana, entonces debe resignarse a que no puede referirse a la totalidad de conductas mediante normas positivas, pero a través de la norma de clausura sí puede hacerlo.

¿Qué es la norma de clausura? Usando un símil, podemos decir que así como las monedas tienen dos caras, la norma de clausura se desdobla en dos enunciados: el primero está dirigido a los particulares y el segundo a las autoridades. El contenido de estos enunciados es el siguiente:

1. Todo lo que no está prohibido está permitido.
2. Todo lo que no está expresamente facultado está prohibido.

Mediante estos dos enunciados —pero fundamentalmente con el primero de ellos— Kelsen piensa que la realidad en su totalidad queda significada jurídicamente, pues si no hay en el orden jurídico una norma que impute una consecuencia a de-

terminada conducta, ésta ha de entenderse como permitida por virtud de la norma de clausura.[5]

De esta manera, piensa Kelsen, si se presenta un caso ante un tribunal y el orden de normas que ese tribunal aplica no contiene ninguna norma que se refiera a dicho caso, el tribunal se vale de la norma de clausura y determina que la conducta en cuestión está permitida. De esta manera se evita que el juez intente "colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente",[6] pues esa solución implicaría dar a los jueces facultades de creación de normas que en los sistemas constitucionales modernos están reservadas a las legislaturas.

La norma de clausura no se formula expresamente —pues si así fuera, sería una norma positiva— sino que forma parte de todo orden jurídico. Dicho en otras palabras, según Kelsen no hay orden jurídico sin norma de clausura, de tal suerte que cuando se somete a consideración de un tribunal un caso no previsto en normas positivas, se aplica el ordenamiento a través de la norma de clausura, de modo que la solución que dé el tribunal no sea una decisión arbitraria, sino que estará fundada en el orden jurídico, es decir, en la norma de clausura de éste.

En esos casos, Kelsen considera que si bien no es posible aplicar ninguna norma positiva porque ninguna de ellas se refiere al caso, sí se puede aplicar el orden jurídico. Dice Kelsen:

> [...] en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho.[7]

Según Kelsen, cuando se dice que hay una laguna ocurre que la ausencia de una norma referida al caso trae consigo un resultado indeseable o injusto. Citando de nuevo a Kelsen:

> Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una 'laguna' sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico político.[8]

---

[5] Norberto Bobbio ha explicado con mayor detenimiento la posibilidad de dotar de significación jurídica a la realidad en su totalidad. Al respecto véase Bobbio, Norberto,"La dimensión jurídica de la realidad" en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.

[6] Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 255.

[7] *Ibid.*, p. 255.

[8] *Ibid.*

De esta manera —según Kelsen— el problema de las lagunas es valorativo pero no de conocimiento, pues de un juicio de valor político o moral no puede derivarse una imposibilidad lógica. De ahí que denomine a las lagunas como "axiológicas".[9]

Lo anterior da lugar, a su vez, a otra objeción de Kelsen contra la teoría de las lagunas: si la existencia de una laguna se predica a partir de un juicio de valor, ello no implica que algún otro agente formule un juicio de valor contrapuesto.

Kelsen considera que el equívoco de los simpatizantes de la teoría de las lagunas va aún más allá: el hecho de que se produzca un resultado injusto o indeseable no es un problema imputable exclusivamente a la ausencia de regulación positiva, sino que también la aplicación de normas positivas puede acarrear consecuencias indeseables en términos de justicia. Al respecto, conviene citar los ejemplos que ofrece Kelsen:

> El hecho de que el orden jurídico carezca de una norma que pene el robo de electricidad, puede ser visto como tan inconveniente o injusto como el hecho de que un orden jurídico contenga una norma jurídica que se aplique tanto al caso de un robo con homicidio como al caso del hijo que mata a su padre, enfermo de dolencia incurable, cuando éste manifiesta ese deseo.[10]

Según Kelsen, en ciertos casos los tribunales estiman que los resultados que puede generar una decisión son indeseables, no porque los jueces que los integran así lo estimen, sino en razón de que esos resultados contravienen la voluntad del legislador. Según Kelsen, esta suposición de que los resultados de la aplicación no hubieran sido deseados por quien hizo la norma, es "una conjetura indemostrable", pues "la intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea".[11]

De esta manera, Kelsen rechaza la existencia de lagunas, señalando que en todo caso se trata de "lagunas axiológicas", es decir, de insatisfacciones morales o políticas por los resultados que pueden producir ciertas decisiones judiciales, pero de ninguna manera acepta que ello sea un problema sistémico; dicho de otro modo, que ese diagnóstico valorativo, por malo que sea, no implica que el sistema de normas no dé solución a todos los casos.

Sin embargo, a pesar de la severidad de sus críticas a la teoría de las lagunas —señalando que se trata de axiología jurídica y no de teoría jurídica—, Kelsen

[9] Según Jorge Luis Rodríguez, "[...] una laguna axiológica es una propiedad de un caso. Se trata de un concepto relativo a un sistema normativo". Véase "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 22, Alicante, 1999, p. 354.

[10] Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 255.

[11] *Ibid.*, p. 257.

admite la existencia de otro tipo de lagunas, ya no axiológicas sino *técnicas*. Kelsen define las lagunas técnicas como sigue:

> Una laguna técnica [...] aparece cuando el legislador [...] omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley.[12]

Intentando frasear con más claridad el enunciado transcrito, podemos decir que hay una laguna técnica cuando el legislador omitió regular algún aspecto sin el cual es imposible aplicar la norma, como si se hubiera saltado uno o algunos pasos en el diseño de la norma, complicando la labor de quien debe aplicar la norma en cuestión.

El ejemplo que ofrece Kelsen es el de una norma que establezca que "debe crearse cierto órgano mediante una elección, sin regular el procedimiento electoral". La laguna técnica que se presentaría en este caso, según Kelsen, radica en que el legislador no señaló si la elección debía ser por mayoría simple, absoluta, o de dos terceras partes, así como tampoco previó si el voto debía ser secreto o público. A nuestro juicio, este ejemplo no es afortunado, pues podría ocurrir que la omisión del legislador al no haber precisado qué regla de mayoría debe seguirse, ni cómo ha de entenderse el voto, no implique necesariamente una laguna, sino que el legislador bien pudo haber omitido deliberadamente la precisión de esos dos aspectos, delegando implícitamente en una instancia inferior la determinación relativa.

A continuación ofrecemos un ejemplo idóneo de laguna técnica: pensemos que un artículo disponga textualmente lo siguiente: "el demandante podrá promover su escrito dentro de los tres siguientes al vencimiento". Además, pensemos que ninguna otra norma del orden jurídico nos diga si el número de tres se refiere a días, meses o años. En tal situación se ve perfectamente una laguna, pues la omisión del legislador vuelve imposible la aplicación de esta disposición. Como bien dice Kelsen, semejantes sinsentidos son comunes en el derecho, "dado que las leyes son obra humana".[13]

A pesar del alegato kelseniano en contra de la existencia de lagunas que no sean más que defectos técnicos del legislador, habrá que reconocer la imposibilidad de prever en el orden jurídico soluciones para todos los casos posibles. La causa de esa imposibilidad, según Herbert Hart, radica en que las potencialidades del conocimiento jurídico no son infinitas, pues "somos hombres y no dioses",[14] lo

[12] *Ibid.*

[13] *Ibid.*, p. 258.

[14] Herbert Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 160.

cual implica, por una parte, que tengamos una "relativa ignorancia de los hechos" y, por otra, una "relativa indeterminación de propósitos".

En relación con la relativa ignorancia de los hechos, Hart apunta lo siguiente:

> Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas [...] Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar.[15]

De la relativa ignorancia de los hechos, Hart deriva la indeterminación de propósitos en los siguientes términos:

> Esta incapacidad para anticipar (ignorancia relativa de los hechos) trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no puedan entrar vehículos a un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido en la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta), y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.[16]

Dice Hart que frente a la ignorancia relativa de los hechos, es decir, ante la imposibilidad de prever todos los casos por acaecer en el futuro, la única solución no es cruzarse de brazos a la espera de que un juez resuelva a su arbitrio una vez que el

[15] *Idem.*

[16] *Ibid.*, p. 160-161.

caso no previsto se presente. Por el contrario, ante estas limitantes —piensa Hart— los sistemas de derecho cuentan con dos técnicas[17] que permiten regular acontecimientos por venir y que son imposibles de prever con exactitud. Estas técnicas son:

Primera técnica o *"estándar general"*: consiste en delegar expresamente en otro órgano la regulación de todo aquello que no pudo ser previsto *ex ante*. Cito a Hart:

> A veces se advierte desde un comienzo que la esfera a ser (regulada) es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales a ser aplicadas a cada caso sin nuevas directivas oficiales. En consecuencia, para regular tal esfera la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos.[18]

Un ejemplo de la situación descrita por Hart en la transcripción anterior, sería aquel en que la legislatura delega en un órgano especializado en cuestiones sanitarias la determinación de las medidas a seguir en casos de epidemias. En virtud de que no es posible determinar antes de que éstas ocurran cuál será su alcance ni sus manifestaciones, el legislador se limita a dirigir a un órgano familiarizado con su combate alguna "guía muy general" para que dicha entidad, al momento de emitir las disposiciones necesarias en cada caso particular, no se aparte de la "guía" impuesta por el legislador, que en el caso bien podría ser "contribuir a la salud pública", por ejemplo.

Segunda técnica o "estándar variable": en palabras de Hart, consiste en dejar "[…] a los individuos [...] la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas".[19] En virtud de que el enunciado anterior es de difícil comprensión, acudamos al ejemplo que ofrece el propio Hart para mostrar cómo opera esta segunda técnica. Dice Hart:

> El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho anglosajón es el uso del *standard* de *due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones [...] a quienes omiten poner cuidado razonable para no causar daños físicos a otros.[20]

[17] *Ibid.*, p. 166.
[18] *Ibid.*, p. 163.
[19] *Ibid.*, p. 164.
[20] *Ibid.*, p. 165.

La finalidad de utilizar estándares variables, en palabras de Hart, es "[...] asegurar 1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial y 2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables".[21]

El argumento analógico como deudor del concepto de laguna jurídica

El argumento por analogía se ha entendido tradicionalmente como una forma de subsanar los problemas de falta de plenitud del ordenamiento, esto es, la ausencia de soluciones normativas para la totalidad de casos posibles. Esta caracterización del argumento, en buena medida, es resultado de la frecuencia con que encontramos la explicación de la analogía en el derecho positivo, particularmente en disposiciones constitucionales y en la legislación civil; ésta se da en los siguientes términos:

a) Una norma N que regula el supuesto S_1 al que aplica la consecuencia jurídica C;
b) Un supuesto S_2 no regulado por ninguna norma;
c) Los supuestos S_1 y S_2 son semejantes, y
d) Entre los supuestos S_1 y S_2 se aprecia identidad de razón.[22]

Dados esos elementos, el argumento analógico justifica la aplicación de la consecuencia C al supuesto S_2. Así, el supuesto respecto del cual no hay una norma que le impute expresamente una consecuencia jurídica, es calificado normativamente con fundamento en otra disposición con la que guarda semejanza en el supuesto e identidad de razón.

La explicación se complica, por una parte, en virtud de que el derecho "no proporciona al juez ninguna pauta para determinar cuándo dos casos son semejantes o gozan de igual razón"[23] y, por otra, porque "el razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, si se entiende por lógica la lógica formal, (pues) en la analogía entra siempre un componente axiológico (valorativo) que es imposible reducir a un sistema de lógica".[24] Si el derecho positivo no acota el margen de valoración del juez ni tampoco las reglas de la lógica formal permiten hacerlo,

[21] *Idem.*

[22] Francisco J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 16.

[23] *Ibid.*, p. 165.

[24] Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, p. 180.

se abre un campo considerable a la discrecionalidad del juez, "ya que el nexo que justifica la extensión de la regulación de un supuesto a otro distinto [...] se justifica exclusivamente a partir de los valores propios del juez".[25]

Argumento analógico y existencia de lagunas: un nexo contingente

Dijimos que la explicación tradicional del argumento analógico descansa en la afirmación de la existencia de lagunas, pues la aplicación analógica, bajo esta concepción, se emplea precisamente para resolver los inconvenientes que las lagunas plantean ante la obligación de los jueces de resolver los casos que se les presentan. Sin embargo, existen otras explicaciones del argumento analógico que no lo reducen a ser tan solo un mecanismo integrador del orden jurídico en casos de ausencia de regulación expresa; por el contrario, afirman que el razonamiento por analogía también tiene lugar en contextos en que un supuesto está regulado.

Lo anterior ocurre, como dice Ezquiaga, cuando la analogía se utiliza no como mecanismo integrador sino como "procedimiento interpretativo" mediante el cual "[…] el juez explica una disposición de significado incierto pero presente en el ordenamiento, a la luz de otra disposición no equívoca o menos equívoca".[26] Cuando el juez actúa de este modo no está colmando una laguna, pues existe una norma que se refiere expresamente al supuesto, aunque su significado sea oscuro. En este caso, no es que no haya norma referida al supuesto normativo, sino que la norma prevista no resulta de fácil aplicación por ser vaga o ambigua. Así, en palabras de Atienza, "nada impide que en la práctica una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra del sistema".[27]

En el mismo sentido, Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg entienden como un ejemplo de aplicación analógica aquel en que "dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa *ya interpretada*, con la cual guarde semejanza relevante o idéntica ratio".[28] Siguiendo esta línea, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió cuestiones que tienen que ver con la determinación de qué propiedades

[25] Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *op. cit.*, p. 166.

[26] *Ibid.*, p. 165.

[27] Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el derecho*, *op. cit.*, p. 182.

[28] Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 107-108.

de un caso son relevantes para tomarse en cuenta en otro futuro, es decir, qué propiedades son relevantes para determinar que existe semejanza entre dos supuestos. En una sentencia aprobada por la mayoría de Ministros que integran dicha Sala, se dijo que la distinción hecha en un artículo de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, según el cual se exceptúa de la aplicación de la tasa de 0% a los alimentos denominados jugos, néctares y concentrados de verduras, resulta inconstitucional porque la nota del estado físico de los alimentos no puede ser considerada como relevante[29] para la asignación de un tratamiento fiscal diferenciado.

Esta misma determinación fue tomada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en un asunto previo, en el cual se dijo que la distinción entre alimentos en estado sólido o semisólido, por un lado, y los alimentos en estado líquido, por otro, no es un criterio que justifique un tratamiento fiscal distinto a unos y otros productos.[30] La Primera Sala extrajo la *ratio decidendi* de un asunto (el que resolvió el Tribunal Pleno) para aplicarla en otro, ya que ambos revestían las mismas propiedades relevantes, a saber, que en los dos se utilizaba el estado físico de los productos como criterio para determinar su tratamiento fiscal.

El argumento *a fortiori*

El argumento *a fortiori* se parece al analógico en cuanto a que "ambos permiten concluir la igualdad de tratamiento de dos casos"; asimismo, se diferencian porque el argumento *a fortiori* sí exige necesariamente la ausencia de una norma que se refiera de manera expresa a un caso concreto. En palabras de Ezquiaga, para que se utilice el argumento *a fortiori* es necesario que haya un "silencio del legislador".[31] Giovanni Tarello define este argumento en los siguientes términos:

> Dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que existe) otra norma que

[29] Amparo directo en revisión 1416/2005. Quejosa: FOREVER LIVING PRODUCTS MÉXICO, S. de R.L. de C.V., resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cinco de octubre de dos mil cinco por mayoría de tres votos contra dos. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz; Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

[30] Amparo directo en revisión 632/2003. Quejosa: HERDEZ, S.A. de C.V., resuelto el veintiséis de agosto de dos mil tres por mayoría de siete votos contra dos y dos ausencias. Ministro Ponente: Juan Díaz Romero; Secretario: Bertín Vázquez González.

[31] Francisco J. Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, p. 142.

> predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, *con mayor razón*, que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos.[32]

Ahora bien, como nos dice Ezquiaga, para quienes emplean el argumento *a fortiori*, el silencio del legislador es más bien relativo. Esto es así porque este argumento descansa en la certeza de que "[…] la conclusión obtenida (de su aplicación) refleja la voluntad implícita del legislador".[33] En otras palabras, quienes emplean el argumento *a fortiori* coincidirían en que el legislador omitió establecer, mediante una norma *ex profeso*, las consecuencias jurídicas de la actualización de un supuesto, pues si éste no fue previsto por el legislador, no pudo haberle atribuido consecuencias jurídicas. Sin embargo, esta omisión no se traduciría en una laguna, pues existe al menos una norma en el sistema que se refiere a casos típicos con cuya regulación se persigue un propósito tal que bien puede extenderse la calificación normativa de esos casos al supuesto no previsto. De esta manera, dicho en términos de Hart, lo que debe hacer un juez al aplicar el argumento *a fortiori* es "considerar [...] si el caso (no previsto y cuyo deber es resolver) se asemeja 'en grado suficiente' al caso típico en aspectos 'relevantes'".[34]

Para ilustrar el argumento *a fortiori*, veamos lo que establece el art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del estado de Colima: "Art. 19. El Supremo Tribunal de Justicia funciona en salas integradas cada una de ellas por tres magistrados propietarios, pero bastará la presencia de dos para que pueda actuar válidamente".

La ausencia de un magistrado puede ser temporal, accidental o definitiva. Ahora bien, está claro que cuando la ausencia es temporal o accidental, el Supremo Tribunal de Justicia puede funcionar a pesar de ello y, de ser así, con mayor razón debería aplicarse el último supuesto, esto es, cuando la ausencia de un magistrado sea definitiva, pues el fin que se busca es la no paralización de las actividades jurisdiccionales, máxime cuando la designación se retrase. Así las cosas, las reglas de funcionamiento del Tribunal para el caso de ausencia temporal o accidental de un magistrado, *con mayor razón* deben aplicarse tratándose de ausencia definitiva.

[32] Giovanni Tarello, citado por Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, en "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *op. cit.*, p. 168.

[33] Francisco Javier Ezquiaga, *op. cit.*, p. 143.

[34] Herbert Hart, *op.cit*, p. 159.

El argumento *a contrario*

A diferencia de lo que ocurre con el empleo de los argumentos analógico y *a fortiori*, donde el margen interpretativo y aplicativo del juez es amplio en virtud de que puede aplicar la consecuencia jurídica de una norma a un supuesto no previsto en la misma, tratándose del argumento *a contrario*, la actividad de interpretación del juzgador queda constreñida al texto que se interpreta. Ocurre así porque el argumento *a contrario* consiste en que:

> [...] dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo.[35]

Es más: el argumento *a contrario* es el antitético del analógico, pues no es posible argumentar con base en ambos tratándose del mismo supuesto. Esto es así porque mientras la analogía implica extender la consecuencia normativa de un supuesto (regulado) a otro (no regulado), el argumento *a contrario* consiste precisamente en afirmar que una extensión semejante es incorrecta. Como señala Ezquiaga: "el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella".[36]

Si bien el argumento *a contrario* guarda estrecha relación con la textualidad de una disposición, es decir, que opera en contextos donde debe haber al menos algún pronunciamiento del legislador expresado en una norma, ello no es obstáculo para afirmar que, al igual que ocurre con el argumento *a fortiori*, el silencio del legislador es condición para la aplicación del argumento *a contrario*, toda vez que ésta requiere tanto de una norma expresamente formulada (la que será interpretada restrictivamente) como de un supuesto respecto del cual el legislador no haya emitido regulación. El resultado de la argumentación *a contrario* será la conclusión de que ese supuesto no regulado no queda comprendido en el ámbito de protección de la norma formulada.

El inciso *f*) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "La única vía para plantear la no conformidad

[35] Francisco J. Ezquiaga, *op. cit.,* p. 157-158.
[36] *Ibid.*, p. 158.

de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo". Asimismo, el artículo citado dispone qué sujetos pueden acudir ante la Suprema Corte para plantear la no conformidad con una ley electoral. El listado de sujetos a que se refiere dicho artículo no prevé que las personas físicas puedan promover acciones de inconstitucionalidad, que es la vía para hacer tales alegaciones ante la Corte. Por otra parte, la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo dispone que el juicio de amparo es improcedente para impugnar leyes electorales, es decir, que no puede ser materia de un juicio de amparo la no conformidad de una ley electoral a la Constitución.

De lo prescrito en los dos artículos citados se desprende el siguiente problema: ¿cómo puede hacer una persona física para impugnar una ley electoral? El problema se suscita porque, por una parte, aunque una persona quisiera promover un juicio de amparo, éste no es procedente contra leyes en materia electoral; por otra, la vía idónea para hacer una alegación semejante (la acción de inconstitucionalidad), no puede ser promovida más que por los sujetos a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, entre los cuales no figuran las personas físicas.

Al resolver un juicio de amparo mediante el cual se pretendía impugnar algunas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte llevaron a cabo una interpretación restrictiva sujetándose a la literalidad del artículo 105, lo que trajo como resultado negar al promovente del juicio la posibilidad de impugnar una ley electoral a través del amparo.

El argumento sistemático

Este argumento es propio de todo un método de interpretación del mismo nombre. A diferencia de los argumentos antes referidos, el argumento sistemático no es un procedimiento retórico ni discursivo, sino que es el resultado tanto de la ordenación de las normas jurídicas como de la división y especialización del derecho en distintas ramas e instituciones. El método sistemático de interpretación y, en consecuencia, el argumento sistemático, parten de la tesis según la cual "[…] el sentido de una norma no sólo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas".[37]

En la *Teoría pura del derecho* Kelsen nos advierte de la equivocación que implica confundir *norma* con *artículo*, pues puede darse el caso de que un artículo, por

[37] Roberto J. Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 414.

sí mismo, satisfaga el esquema general de la norma conformado por una relación de *deber ser* entre antecedente y consecuente, como ocurre regularmente en materia penal, donde una conducta se califica como delito cuando a ella se enlaza una sanción en un mismo enunciado (un ejemplo: artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal: "Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión"); sin embargo esto no es necesario, pues es posible que para afirmar que estamos en presencia de una norma tengamos que integrar varios artículos. Así lo apunta Guibourg: "La *Teoría Pura* sostiene que no es preciso que la sanción forme parte del texto de un mismo artículo: puede hallarse en otro texto, e incluso en otro código",[38] pues, en palabras de Kelsen:

> [...] cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí [...] La segunda es una norma no independiente, puesto que sólo tienen sentido junto con (la primera).[39]

No sólo los cánones interpretativos construidos desde la teoría del derecho suponen las relaciones de sistematicidad de las normas jurídicas, sino que existen normas positivas en las que expresamente se reconocen esas relaciones. Por ejemplo, el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece lo siguiente:

> **Artículo 41.** Las sentencias deberán contener:
> [...]
> IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. *Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.* [Énfasis añadido]

La última parte del fragmento transcrito establece como condición para extender la invalidez de una norma invalidada, que exista una *relación de dependencia* entre

[38] Ricardo Guibourg, *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

[39] Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 67-68.

dicha norma y otra (u otras) del sistema, las cuales, por virtud de la extensión de los efectos, correrán la misma suerte de la disposición cuya invalidez se declaró expresamente en una sentencia recaída en una acción de inconstitucionalidad.

El método sistemático nos sirve tanto para articular una norma a partir de la integración de los distintos enunciados que la conforman, como para interpretar su sentido. Esta última función es la que desempeña el argumento sistemático en su calidad de interpretativo, y consiste en atribuir a una disposición, cuyo significado sea dudoso, un sentido congruente con las prescripciones que establecen otras normas del sistema, de tal suerte que corresponde al juez justificar el vínculo sistémico que existe entre la norma a la que atribuye significado y las del sistema que le circundan.

A modo de ejemplo, a continuación se ofrece un fragmento de una tesis emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

> Procedimiento administrativo sancionador electoral. los ciudadanos denunciantes están legitimados para apelar la determinación emitida. No obstante que en el artículo 45, párrafo 1, inciso b), fracción II, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, al establecer la legitimación de los ciudadanos para interponer el recurso de apelación, sólo hace referencia explícita al caso de imposición de sanciones previsto en el artículo 42 de la propia ley, una interpretación sistemática y conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de ambos preceptos, en relación con lo dispuesto en los artículos 99, párrafo cuarto, fracción VIII, de la Constitución federal; 186, fracción V, y 189, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 270, párrafos cuarto y sexto, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, lleva a la conclusión de que procede el recurso de apelación no sólo en contra de la imposición o aplicación de sanciones sino también de cualquier otra determinación o resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral con motivo del procedimiento administrativo sancionador electoral derivado de la interposición de una queja en términos del artículo 270 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, pues como se advierte de lo dispuesto en los preceptos antes invocados, todos ellos incluyen como supuesto de impugnación no sólo la imposición de sanciones sino la determinación o resolución del propio Consejo General del Instituto Federal Electoral que recaiga en el procedimiento correspondiente, sin que para dilucidar la procedencia del medio sea trascendente el hecho de que efectivamente

se haya impuesto o aplicado una sanción, puesto que en el citado artículo 42 se utiliza la expresión "en su caso", lo que denota el carácter contingente de la imposición de la sanción y, por tanto, no necesario para efectos de la procedencia del recurso de apelación. De la misma manera, al situarse el artículo 45, párrafo 1, inciso b), fracción II, de la invocada ley procesal electoral en el capítulo relativo a la legitimación y personería, su alcance jurídico debe circunscribirse propiamente a la capacidad *ad causam* y *ad procesum* de los sujetos para presentar el medio respectivo, mas no para determinar cuáles son los supuestos de procedencia específicos, ya que éstos están en un capítulo distinto. A la misma conclusión se arriba si se atiende a una interpretación gramatical, en tanto que determinación es la acción y efecto de determinar, mientras que determinar es fijar los términos de algo; distinguir; discernir; señalar, fijar algo para algún efecto; tomar una resolución; hacer tomar una resolución. De esta forma, cuando el legislador distingue entre determinación e imposición o aplicación de sanciones, ello implica que admite la posibilidad de impugnar cualquier determinación, esto es, cualquier decisión o resolución en torno a un procedimiento administrativo sancionador electoral, mas no sólo la imposición o aplicación de una sanción que ponga fin al mismo. Por otra parte, si esta Sala Superior en forma reiterada ha considerado que los partidos políticos no sólo cuentan con la legitimación e interés jurídico para presentar la queja o denuncia prevista en el artículo 270 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales sino para participar y vigilar la adecuada instrucción del procedimiento administrativo sancionador electoral correspondiente e, incluso, impugnar la determinación final que se adopte si estiman que ésta viola los principios de constitucionalidad y legalidad, aun cuando la misma no haya consistido en la imposición de alguna sanción, con base en los preceptos constitucionales y legales apuntados, debe concluirse que los ciudadanos que hayan formulado una denuncia o queja, por supuestas violaciones estatutarias cometidas por el partido político en el que militan, también cuentan con la legitimación e interés jurídico equivalentes, pues existen las mismas razones jurídicas que las esgrimidas en el caso de los partidos políticos para tal efecto. Por tanto, si los referidos ciudadanos afiliados o militantes de un partido político tienen legitimación e interés jurídico para presentar la citada queja por supuestas violaciones estatutarias por parte de dicho instituto político, ese interés subsiste para participar y vigilar la adecuada instrucción del procedimiento relativo e, incluso, impugnar la determinación final que se adopte, lo que no acontece cuando la respectiva queja o denuncia se formula por supuestas violaciones legales cometidas por algún partido político, puesto que en este caso

corresponde a los demás partidos políticos combatir tal determinación, con base en el interés difuso o en beneficio de la ley que a tales institutos les confiere.

El vínculo o conexión más evidente al que puede acudirse para dar sentido a una disposición en consonancia con otras, es de tipo material. Existe un vínculo material cuando la norma significada y las significantes regulan la misma materia, por ejemplo, cuando pertenecen a la materia ambiental. Una materia o ámbito de validez material puede estar regulado en más de un código. Por ejemplo, pertenecen a la rama penal tanto el Código Penal como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la materia fiscal no se agota en el Código Fiscal de la Federación, sino que también forman parte de ella la Ley del Impuesto al Valor Agregado o la Ley del Impuesto sobre la Renta.

También puede predicarse un vínculo que permita hacer interpretación sistemática de normas, cuando la norma a significar y las que servirán como parámetro de significación están previstas en el mismo libro, capítulo o apartado de un ordenamiento. Así, por ejemplo, con independencia del sentido que pueda desprenderse a partir de una interpretación que se ajuste a la letra y a la gramática de una norma, si ésta se inscribe en el capítulo referente a los derechos y libertades de todos los individuos, o si queda comprendida en el capítulo relativo a las prerrogativas de los ciudadanos, el alcance de la norma será distinto, pues en el primer caso su ámbito personal de validez abarcará a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o estatus de ciudadanía, mientras que si se ubica en el segundo capítulo, el ámbito personal quedará reducido a quienes detenten la calidad de ciudadanos. Esta subespecie del argumento sistemático se denomina argumento *sedes materiae*.

El argumento psicológico

Es aquel argumento "por el que se atribuye a una norma el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que la redactó".[40] Quienes emplean este argumento suelen rastrear esa voluntad en la exposición de motivos del ordenamiento en el que se contenga la norma a interpretar, en el preámbulo o en los trabajos preparatorios del mismo.[41]

[40] Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *op. cit.*, p. 181.

[41] Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *op. cit.,* p. 109.

Si hacemos un símil entre la estructura que guarda una sentencia y la forma en que está articulada una ley, la exposición de motivos es a una ley lo que los *considerandos* o *fundamentos de derecho* a la sentencia, es decir, ahí se vierten las razones que llevan al legislador a la promulgación, reforma o adición del ordenamiento. Por ejemplo, las leyes fiscales no siempre obedecen a propósitos de recaudación sino que también se admite el establecimiento de impuestos para inhibir determinados comportamientos. Cuando esto ocurre se dice que la norma responde a "fines extrafiscales".[42] Si el legislador estima necesario gravar alguna actividad con la intención de desincentivar su realización, debe exponer la justificación de tal medida en la exposición de motivos, que viene a ser una suerte de apéndice que aparece antes de los artículos que componen las leyes.

En el apartado sobre *Reglas y principios* dijimos que uno de los actos del proceso legislativo en el derecho positivo mexicano se conoce como *discusión*, el cual consiste en que los integrantes de los órganos legislativos deliberen sobre el contenido de una iniciativa existente, o bien, elaboren una nueva.[43] Las intervenciones de los legisladores en los debates sobre la iniciativa son invocados (tanto por las partes en un litigio como por los jueces) para reforzar alguna de las interpretaciones que puede admitir una norma. A continuación transcribiremos un fragmento de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 640/2004, en la que el máximo tribunal del país estableció en qué condiciones puede acudirse a las exposiciones de motivos o a los trabajos preparatorios de un material normativo:

> En efecto, el proceso legislativo es complejo y en él pueden llegar a participar diversos órganos, tanto del ámbito federal como del local. Dentro de dicho procedimiento de creación de leyes, existen etapas en las que la "voluntad" o el "espíritu" del legislador pueden hacerse constar en mayor o menor medida, a saber: en la exposición de motivos correspondiente a la iniciativa de ley, en las etapas deliberativas y de aprobación sucesivas, desarrolladas en ambas Cámaras, así como en la sanción o en el veto que eventualmente podría ejercer el titular del Poder Ejecutivo.

[42] Octava época, instancia: Pleno, fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: VII, junio de 1991, tesis: P./J. 18/91, p. 52. CONTRIBUCIONES. FINES EXTRAFISCALES. Además del propósito recaudatorio que para sufragar el gasto público de la Federación, Estados y Municipios tienen las contribuciones, éstas pueden servir accesoriamente como instrumentos eficaces de la política financiera, económica y social que el Estado tenga interés en impulsar, orientando, encauzando, alentando o desalentando ciertas actividades o usos sociales, según sean considerados útiles o no, para el desarrollo armónico del país, mientras no se violen los principios constitucionales rectores de los tributos.

[43] *Supra*, Unidad 2.

En el ámbito de la competencia de cada uno de los órganos y funcionarios que participan en el proceso legislativo, éstos pueden razonar las consideraciones que han sido valoradas, exponiendo las razones que llevan a la creación, derogación o reforma de cierta norma: el Poder Ejecutivo, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, así como las legislaturas locales, pueden tener el conocimiento de ciertas circunstancias o problemáticas suscitadas en la vida nacional, que ameriten el cambio legislativo que se propone, lo cual puede ser manifestado en la exposición de motivos; los propios diputados, representantes del pueblo soberano, así como los senadores, pueden manifestar su acuerdo o desacuerdo con la iniciativa, con los propósitos que persigue o con las justificaciones que aduce, tanto en los dictámenes elaborados en las comisiones respectivas, como en los debates en tribuna y en la propia votación; finalmente, el titular del Ejecutivo Federal, mediante la sanción, pero sobre todo a través del veto, puede efectuar manifestaciones que justifican la incorporación, modificación o desincorporación de una norma específica en el ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, se aprecia que los órganos y funcionarios que participan en la parte considerativa del proceso legislativo, mismos que pueden poner de manifiesto el sentido de la voluntad o la intención del "legislador", no pueden ser sencillamente reducidos a una persona o a un órgano en relación con el cual pueda fácilmente predicarse la existencia o siquiera la apreciación de una sola y única voluntad.

En tal virtud, debe tomarse en cuenta que, para poder considerar a la "voluntad" o al "espíritu" del legislador, como una manifestación confiable de lo justificado o injustificado de la norma frente a la Constitución Política, el órgano jurisdiccional revisor debe contar, cuando menos, con elementos evidentes de la inexistencia de contradicciones entre las razones aducidas por cada uno de los órganos participantes en el proceso legislativo, para la creación, modificación o derogación de la norma, y de ser posible, el órgano revisor debe procurar contar con evidencias de la existencia de una razón única y explícita que justifique el referido cambio en el ordenamiento jurídico.

Así, sólo en los casos en los que se aprecie, entre los órganos y funcionarios participantes en los procesos legislativos, la existencia de coincidencias en cuanto a los razonamientos, o bien, cuando, menos, la ausencia de contradicciones, puede válidamente recurrirse, como soporte de la argumentación de constitucionalidad o inconstitucionalidad, a la "voluntad" o al "espíritu" del legislador, pues sólo de esta manera se puede apreciar una unidad de criterio,

entre las muchas voluntades que se integran en un órgano complejo —"el legislador"— [...].[44]

En la teoría constitucional existen dos corrientes contrapuestas que comparten la misma pretensión cognitiva: determinar qué significado tienen las disposiciones constitucionales. A la primera se le conoce como *originalismo* y sus postulados pueden resumirse en la máxima según la cual podemos conocer el significado de las disposiciones de nivel constitucional sólo si nos remontamos al significado original de las palabras que se emplean en su redacción. En contraparte, la corriente que se conoce como *law as integrity* (el derecho como integridad) sostiene que podemos arrojar luz sobre el contenido de los preceptos constitucionales si los inscribimos en el devenir de la historia y la práctica constitucionales:

> [...] (la interpretación de la constitución) *empieza en el presente y continúa en el pasado sólo en la forma en que lo dicte su foco contemporáneo" ("Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates")*.[45]

Los exponentes del *derecho como integridad* suelen esgrimir, a modo de pregunta, una objeción en contra de los originalistas: cuando se invoca la voluntad del legislador para disipar alguna oscuridad normativa o para resolver algún conflicto entre valores, ¿se trata de remitirse al momento en que la norma se redactó o se trata de inferir *qué hubiera hecho* el legislador de habérsele presentado el caso que en el presente requiere resolverse? ¿El originalismo pugna por una congruencia con un momento fundacional (el constituyente originario) o con la intención que los redactores originales de la constitución hubieran mostrado de haber vivido en el tiempo presente?

A continuación reproducimos una tesis emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que, de alguna manera, se plantea el problema mencionado que atañe al argumento psicológico:

> Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la constitución. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir

[44] Amparo en revisión 640/2004. Quejosa: TELEGLOBO, S.A de C.V.; ponente: José Ramón Cossío Díaz; secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

[45] Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 166.

tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.[46]

Por último, cabe decir que el argumento psicológico guarda alguna relación con el argumento *a fortiori*, pues ambos tienen su cimiento en la voluntad del legislador, sólo que en el argumento *a fortiori* no se intenta hacer un rastreo de esa voluntad en exposiciones de motivos o en documentos semejantes; ocurre así porque esa voluntad se supone implícita en los supuestos que sí reguló el legislador, ya que éstos serían una suerte de casos típicos cuya regulación abarca la de otros supuestos que no son típicos pero que ameritan las mismas consecuencias jurídicas *con mayor razón*.

[46] Novena época, instancia: Pleno, fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XI, junio de 2000, tesis P./J 61/2000, p. 13.

El argumento pragmático

Es definido como aquel argumento según el cual "[…] dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquel significado que la haga más eficaz para lograr su finalidad".[47] Sólo nos restaría hacer una precisión a la definición anterior: que más que elegir la interpretación que conduzca a la finalidad que persigue la norma, el argumento pragmático suele servir para justificar la opción por aquel significado que comporte las consecuencias más favorables, ya que pueden predicarse consecuencias favorables de un determinado significado sin que haya certeza acerca de cuál es la finalidad de la norma. Inclusive, la ponderación de las consecuencias puede hacernos dudar acerca de cuál fue el propósito con el que se estableció la norma en cuestión.

Se trata de un argumento consecuencialista que exige para su aplicación, según la definición apuntada, la posibilidad de atribuir al menos dos significados a la norma interpretada, pues de no haber pluralidad de significados no puede haber elección por parte del intérprete.

Un ejemplo de argumento pragmático lo encontramos en el voto particular que el ministro José Ramón Cossío Díaz formuló en relación con la acción de inconstitucionalidad 28/2005, en la que el promovente de la acción alegó, entre otras cosas, que las disposiciones relativas a los mecanismos de sustitución del gobernador del estado de Colima debían considerarse como pertenecientes a la materia electoral. Al respecto, el ministro Cossío sostuvo lo siguiente:

> […]
> Admitir que lo dispuesto en ambos numerales [artículos 55 y 57 de la Constitución de Colima] pertenece a la materia electoral, implicaría ampliar de manera considerable la legitimación para acudir ante esta Suprema Corte por vía de acción de inconstitucionalidad y aumentaría también la procedencia de las mismas. Mi argumento no apunta a restringir los alcances de significación de la materia electoral con el propósito de que no aumente el trabajo del Tribunal Pleno, sino que en virtud de que las acciones de inconstitucionalidad que se refieren a normas electorales tienen una serie de notas distintivas, como la prioridad en su análisis y resolución, me parece que estimar que los artículos 55 y 57 de la Constitución de Colima constituyen materia electoral, puede traer consigo un incentivo para promover acciones de esta índole bajo el argumento de que se tocan cuestiones electorales, lo cual podría provocar un incremento desmedido de acciones de inconstitucionalidad en las que no se discuten temas propiamente electorales [...].[48]

[47] Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *op. cit.,* p. 112.

[48] Acción de inconstitucionalidad 28/2005. Promovente: Partido de la Revolución Democrática.

El argumento teleológico

Mediante este argumento se justifica "[...] la atribución de un significado apelando a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin".[49] Este argumento puede explicarse a la luz del ejemplo de los "fines extrafiscales", a los que aludimos tangencialmente cuando hablamos del argumento psicológico. El argumento teleológico se muestra claramente en la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

> Defensa adecuada en la averiguación previa. su ejercicio no está subordinado a que el ministerio público tenga que desahogar todas las diligencias que practique con la presencia del inculpado o su defensor (interpretación de las fracciones ix y x del artículo 20 de la constitución federal). Del análisis sistemático y teleológico del contenido de la exposición de motivos que dio origen a las reformas al artículo 20 de la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, así como de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de sus debates, se advierte que con la finalidad de regir las necesidades sociales y económicas imperantes en nuestro país y erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes a que se encontraba sujeta una persona en la investigación de los delitos, el Poder Constituyente sentó las bases para que en la fase jurisdiccional el presunto responsable de un delito contara con una defensa adecuada consistente en dar oportunidad a todo inculpado de aportar pruebas, promover los medios de impugnación frente a los actos de autoridad que afecten los intereses legítimos de la defensa, exponer la argumentación sistemática del derecho aplicable al caso concreto y utilizar todos los beneficios que la legislación procesal establece para la defensa, pero además hizo extensiva las garantías del procesado en esa fase a la etapa de la averiguación previa, con la salvedad de que debe ser "en lo que se adapta a la naturaleza administrativa de la misma", lo que significa que según lo permita la naturaleza de las actuaciones o diligencias que deban desahogarse en la averiguación previa, podrán observarse cabalmente las garantías que el inculpado tiene en la fase jurisdiccional. Ahora bien, si se toma en consideración, de acuerdo a lo anterior, que dentro de la averiguación previa la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o

[49] Francisco J. Ezquiaga, *op. cit.*, p. 183.

actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo permita la naturaleza de las citadas diligencias, es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculpado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.[50]

El argumento histórico

En relación con este argumento encontramos en la doctrina contemporánea dos definiciones que, en principio, parecen designar significados distintos, pero terminan apuntando en el mismo sentido. La primera definición es aporte de Ezquiaga, para quien el argumento histórico sirve para "[…] atribuir a un enunciado un significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado (a interpretar) regula".[51]

La segunda definición es abanderada por Mendonca y Guibourg, según la cual el argumento que nos ocupa consiste en interpretar una norma "atendiendo a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos".[52] Nos inclinamos más por esta última definición, en primer lugar porque en algún sentido abarca a la primera; en segundo término, porque es en las decisiones de los jueces y tribunales donde se utiliza con mayor frecuencia este argumento y, por último, en razón de que hemos

[50] Novena época, instancia: Primera Sala, fuente: Semanario Judicial de la Federación, tomo: XIX, mayo de 2004, tesis 1ª./J 31/2004, p. 325.

[51] Francisco J. Ezquiaga, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *op. cit.*, p. 184.

[52] Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *op. cit.*, p. 110.

desarrollado la explicación de los distintos argumentos interpretativos desde una perspectiva que podríamos llamar *judicial* y no tanto *legislativa*.

En efecto, el argumento histórico es empleado con frecuencia por los jueces en apoyo de las consideraciones que vierten en sus sentencias. La única exigencia para aplicarlo es que exista algún caso resuelto con anterioridad, en cuya sentencia se haya interpretado alguna norma bajo los mismos razonamientos.

Los jueces suelen legitimar el empleo de este argumento en la afirmación de que contribuye a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de las decisiones judiciales, pues si la interpretación de una norma es consonante con la forma en que legisladores y jueces han entendido históricamente el campo que esa norma regula en la actualidad, se sientan las condiciones para que los destinatarios puedan conjeturar las consecuencias normativas derivadas de la actualización del supuesto previsto en esa norma.

La prueba de los hechos

Hemos dicho que la actividad interpretativa se despliega en dos dimensiones: 1) en la interpretación de instrumentos normativos (entendida como la atribución de significado a los enunciados normativos, si se adopta una posición no cognoscitivista de la interpretación o bajo la óptica contraria, es decir, desde las teorías cognoscitivistas, como el descubrimiento del significado inherente a las proposiciones normativas) y 2) en la aplicación de esos instrumentos a casos concretos. A esta última especie de interpretación, Luigi Ferrajoli le ha dado el nombre de "interpretación operativa".[53]

Un ejercicio de interpretación abocada exclusivamente a instrumentos normativos es el que llevan a cabo aquellos órganos que dentro de los sistemas constitucionales se denominan *órganos límite*. Éstos son los encargados de determinar, en última instancia, cuál es el sentido bajo el que deben interpretarse ciertas disposiciones controvertidas. En el caso del orden jurídico mexicano, el órgano límite es la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una de sus atribuciones es determinar cuál interpretación debe prevalecer de ciertos preceptos cuando existen interpretaciones

[53] Luigi Ferrajoli, "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm.1, 1996, p. 292.

contradictorias por parte de órganos jurisdiccionales de instancias inferiores a la Corte. Haciendo uso de esta facultad, la Suprema Corte decide de entre dos o más interpretaciones divergentes respecto de las mismas normas, cuál debe imperar, es decir, cuál han de tomar en cuenta los juzgadores cuando se someta a su conocimiento algún caso que exija la aplicación de esas normas. En caso de que a la Suprema Corte no le satisfaga ninguna de las interpretaciones contrapuestas, puede establecer una nueva, la cual deberá prevalecer.

Cuando la Corte actúa resolviendo *contradicciones de tesis* (que es la denominación técnica de esa labor interpretativa), realiza una interpretación de normas en abstracto, es decir, sin referirlas ni aplicarlas a ningún caso concreto, sino que tan sólo establece el sentido con el que deben interpretarse ciertas disposiciones. La Corte puede actuar del mismo modo cuando dicta sentencias en *acciones de inconstitucionalidad*, pues esta figura jurídica-procesal se estableció en la Constitución y en la Ley Reglamentaria respectiva, con el propósito de que la Corte interprete normas generales sin necesidad de que se presente un caso que amerite la aplicación de aquéllas; si bien es requisito que ante la Corte se promueva una acción de inconstitucionalidad en la que se impugne alguna norma general, para que el máximo tribunal del país pueda pronunciarse, pues no podría hacerlo por iniciativa propia.

De la interpretación de instrumentos normativos para su aplicación a casos concretos tenemos muchos más ejemplos que los que podemos mencionar para ilustrar la interpretación de normas en abstracto. Como afirma Juan Igartua, "la mayor parte de los problemas a resolver por los jueces tienen por objeto no asuntos de interpretación de disposiciones legislativas sino la determinación de los hechos".[54] El diagnóstico de Igartua además de acertado es fácilmente explicable: el derecho no tiene como función única orientar la conducta de los individuos, también forma parte de una dinámica civilizatoria en la que las personas pueden hacer valer sus intereses, resolver sus diferencias e inclusive ser juzgadas con base en normas preestablecidas que deben ser aplicadas a circunstancias particulares por órganos imparciales.

Dicho de otro modo, el hábitat natural de la interpretación jurídica es aquel en el que participan individuos concretos, que viven en un espacio y en un tiempo y que detentan día con día intereses y pretensiones. En palabras de Perfecto Andrés

[54] Juan Igartua, "La prueba de los hechos", en María Ángeles Barrére Unzueta *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 269.

Ibáñez, esta dimensión de la interpretación nos muestra "el juego de la norma en la experiencia de su aplicación al caso concreto".[55]

En el presente apartado nos interesa la segunda dimensión apuntada de la interpretación jurídica, es decir, aquella que tiene por objeto, más que las normas, situaciones concretas que tienen relevancia para el derecho. Esta afirmación parece viciada de circularidad, pues por una parte en ella se dice que en este apartado nos ocuparemos de la interpretación en contextos, donde lo que se exige del intérprete es una calificación de ciertos hechos, pero si esa calificación ha de hacerse con base en normas, entonces el tema de las normas persiste en el análisis, resultando imposible centrar nuestra atención sólo en las cuestiones de hecho. Lo anterior es cierto en cuanto a que, al estudiar los hechos en el derecho, no podremos dejar de aludir con frecuencia al papel que desempeñan las normas; lo anterior no quiere decir que no podamos hacer algunas consideraciones sobre la dimensión fáctica del fenómeno jurídico. Más bien, aprovechando ese vínculo indisoluble entre normas y hechos, empezaremos el tratamiento de los hechos en el mundo jurídico desde una aproximación normativa, para después adentrarnos poco a poco en las cuestiones que conciernen fundamentalmente a los hechos.

Los hechos del derecho

Cuando los seres humanos acabamos de nacer, nos parece que todo es uno y lo mismo. Si bien el ojo humano es capaz de focalizar planos distintos así como el tacto nos permite distinguir diferentes texturas y relieves, recién venimos al mundo no somos capaces de segmentar la realidad; empezamos a segmentarla cuando aprendemos a nombrar: "casa", "hermano", "lámpara". Como nos dice Igartua:

> [...] una somera inspección del lenguaje cotidiano muestra que cuando hablamos de la realidad [...] recortamos un segmento y, luego, en la parcela retenida, posamos nuestra atención sobre alguna de sus notas. [Así] los humanos recortan la realidad de uno u otro modo y retienen como pertinentes tales o cuales de sus características.[56]

De la misma manera en que los humanos segmentan la realidad para construir un lenguaje, el derecho selecciona, a través de sus normas, algunas partes de esa realidad para calificarlas de acuerdo con el estatus que las mismas normas les asignan

[55] Perfecto Andrés Ibáñez, *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005, p. 12.
[56] Juan Igartua, *op. cit.*, p. 272.

(prohibido, obligatorio o permitido). Lo anterior fue visto y explicado por Hans Kelsen, quien sostuvo que las normas de derecho son las que atribuyen *significación jurídica* a los acontecimientos. En palabras de Kelsen: "[un acontecimiento] logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él en su contenido".[57] Así, los segmentos en que se divide la realidad cobran relevancia para el derecho desde el momento en que una norma jurídica se refiere a alguno de ellos para calificarlo como obligatorio, prohibido o permitido.

El método que utiliza el derecho con mayor frecuencia para dotar de significación jurídica a la realidad, consiste en comunicar pautas de conducta a través de lo que se conoce como *normas generales*. Para fines de lo que aquí nos interesa basta decir que normas generales son enunciados prescriptivos que se refieren a géneros y no a individuos o conductas específicas. El hecho de que las normas jurídicas contengan locuciones generales y abstractas no debe conducir al equívoco de pensar que aquéllas atribuyen derechos y obligaciones a entidades abstractas. Por el contrario, si las normas jurídicas se valen de abstracciones es precisamente porque sólo así se puede regular la conducta de individuos concretos.

Esto es así porque "en el mundo es posible distinguir *infinitos* individuos", por lo cual el lenguaje agrupa "los objetos individuales en conjuntos o *clases*", estableciendo que "un objeto pertenecerá a una clase determinada cuando reúna tales o cuales condiciones".[58] Dicho de otra forma, los *términos de clase* permiten "agrupar idealmente una multitud de objetos",[59] pero dicha agrupación no se lleva a cabo de forma arbitraria, sino que "siempre [debe haber] un criterio o regla [detrás] del uso del término". De esta manera, "[...] agrupamos distintos objetos y aludimos a ellos con una misma palabra porque ellos tienen ciertas propiedades en común. Y es la presencia de esas propiedades comunes lo que justifica el agrupamiento".[60]

En virtud de que el lenguaje permite hacer esta agrupación de objetos en *clases* —operación intelectual que recibe el nombre de *clasificación*—, las reglas de derecho se refieren a *términos de clase* y no a cada destinatario por separado. En caso contrario no serían normas sino ordenanzas dirigidas a personas específicas, como las que ilustra John Austin en su conocido ejemplo del asaltante.

---

[57] Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 17.

[58] Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani y Ricardo Guarinoni, *Introducción al conocimiento científico*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000, pp. 38-39.

[59] *Ibid.*

[60] Genara Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 27.

La forma en que mediante *términos de clase* el derecho regula conductas, personas y hechos específicos, es explicada por Hart en los siguientes términos:

> En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy conocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.[61]

De esta manera, con el fin de regular la conducta de sujetos en concreto, las normas jurídicas se valen de enunciados generales y abstractos, a la espera de que el intérprete enlace, a la luz de un caso concreto, los casos previstos de manera abstracta en la norma con la consecuencia que la misma establece, con el fin de determinar si los hechos que se someten a su consideración, resultan ser un ejemplo específico de los términos generales inscritos en una norma general.

Para ilustrar lo anterior veamos un ejemplo hipotético: una persona acude a las oficinas del comité que organiza un Certamen Internacional de Escultura, con el fin de inscribirse como participante. Uno de los requisitos de la convocatoria es ser ciudadano mexicano, para poder así representar al país en el certamen. Además de una credencial escolar, esta persona lleva consigo una carta de naturalización expedida por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, con la cual acredita la nacionalidad mexicana. Al comité le corresponde determinar si el solicitante es un ejemplo del término de clase *mexicanos*, en cuyo caso quedará inscrito en el certamen. Para efectuar esa determinación, los miembros del comité se remiten al texto del artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que la nacionalidad mexicana se adquiere por dos vías: nacimiento o naturalización, pues el precepto citado enlista los supuestos que dan lugar a la obtención de la nacionalidad en virtud del nacimiento y los que traen como resultado la adquisición de la misma por naturalización. En esa relación encuentran, específicamente en la fracción I del apartado B del artículo mencionado, que la obtención de la carta de naturalización surte a favor de la persona que la obtenga la nacionalidad mexicana, por lo cual arriban a la conclusión de que la persona que solicitó su inscripción es un ejemplo del término de clase *mexicanos*.

[61] Herbert Hart, *op. cit.*, p. 155.

En el ejemplo relatado el intérprete llevó a cabo una operación lógica conocida como *subsunción*, que consiste en "establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general [...], es decir, que un caso individual es una instancia de un caso genérico".[62] Esta operación ha sido caracterizada con una forma del silogismo lógico, que en los casos en que participa de las decisiones de los jueces se denomina *silogismo judicial*, compuesto por una premisa mayor que expresa una norma, una premisa menor que describe ciertos hechos y, en razón de que presenta una premisa de carácter normativo, la conclusión ha de ser necesariamente normativa, pues de lo que *debe ser* no puede derivarse lógicamente un ser, so pena de incurrir en la *falacia normativista*.

Ahora bien, como nos dice Francisco Javier Ezquiaga, caracterizar a través de un silogismo el proceso decisorio que llevan a cabo los jueces, "proporciona únicamente una justificación 'interna' de la decisión, es decir, de la relación de deducción entre las premisas y la conclusión pero no es apto para justificar la elaboración de las premisas".[63] El tema de los hechos en el derecho se manifiesta precisamente en el problema de cómo justificar la premisa menor del silogismo judicial, es decir, los hechos del caso.

La premisa menor del silogismo judicial se caracteriza así:

> [...] consiste en una afirmación acerca de la existencia de los hechos previstos en el supuesto de hecho de la norma jurídica considerada aplicable [...] Por tanto su fijación suele considerarse un problema de prueba, de comprobación de la existencia de los hechos alegados por las partes. Establecida ésta se trataría únicamente de comparar los hechos probados con los definidos en el supuesto de hecho.[64]

Si, según dijimos, las normas se refieren en abstracto a hechos que han sido seleccionados para ser calificados jurídicamente; de ello se desprende, como dice Igartua, que "sólo exigirían prueba los hechos pertinentes para el caso examinado, pues sería irracional ocuparse de hechos que carecen de importancia para la decisión judicial".[65] Los hechos empíricos seleccionados son los jurídicamente relevantes para integrar el supuesto de hecho, por lo cual, la norma escogida para su aplicación selecciona los hechos del caso. Pero que la selección de los hechos del caso se efectúe bajo criterios normativos (o sea, los que provee una norma jurídica) ello "no convierte a

[62] José Juan Moreso, "Guastini sobre la ponderación", en *Isonomía*, ITAM, México, núm. 17, octubre de 2002, p. 230.

[63] Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, *'Iura novit curia' y la aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 70.

[64] *Ibid.*, p. 78.

[65] Juan Igartua, *op. cit.*, p. 278.

los hechos empíricos en algo diferente a lo que eran antes de ser seleccionados", es decir, antes y después de la selección que se efectúa con base en la norma, los hechos siguen perteneciendo al mundo físico y, por ende, los problemas que implica la demostración de su verdad material se introducen al mundo del derecho.

La necesidad de verificar empíricamente los hechos que constituyen la premisa menor del silogismo judicial erige a la prueba en condición de posibilidad de la *construcción*[66] de los hechos del caso. La prueba es indispensable no sólo para constatar la existencia de los hechos que son ejemplos específicos del supuesto normativo previsto en una norma general, sino que también es un derecho de quienes acuden ante un tercero imparcial (un juez) a reclamar una pretensión o a desmentir las alegaciones vertidas por la contraparte. Los argumentos que formulan las partes en un litigio descansan en la afirmación de ciertos hechos, por lo cual las partes deben poder demostrar que esos hechos acaecieron efectivamente en un espacio y en un tiempo determinados.

Ahora bien, como las más de las veces el juez no puede atestiguar por sí mismo los hechos sobre los cuales debe proveer una solución jurídica, entonces debe allegarse pruebas para hacer la *construcción* del hecho y así *representarlo* (en el sentido literal de la expresión: *re presentar*, presentar de nuevo algo) para poder integrar un supuesto de hecho. En muchas ocasiones al juez corresponde, una vez que hace la *construcción* del hecho,[67] determinar cuál es el supuesto de hecho en el que se subsumen los hechos del caso. Esta situación se presenta cuando alguna de las partes invoca el principio *iura novit curia*, conocido entre los juristas como aquel que puede presentarse bajo cualquiera de los siguientes aforismos: "damos los hechos que yo te daré el derecho" o "el juez conoce el derecho". La parte en un litigio que invoca ese principio se limita a hacer un relato de los hechos que sirven de soporte a su pretensión, y el juez elige, dentro del universo de normas aplicables al caso, la que subsume los hechos de manera tal que proporciona una solución conforme a derecho.

Sin embargo, en el mayor número de ocasiones tanto los hechos como las normas a aplicar le son señalados al juez por las partes. Cuando esto ocurre el juez no puede alterar las peticiones formuladas por las partes, es decir, no puede modificar el objeto del litigio. A modo de ejemplo, digamos que el juez queda imposibilitado de calificar la conducta del demandado como daño moral si la pretensión del actor consistía solamente en que el juez declare que la contraparte incumplió

[66] Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2003.

[67] En este punto es importante distinguir la expresión *construcción de los hechos*, en el sentido que le da Michelle Taruffo dentro del ámbito de la teoría del derecho, de la locución *reconstrucción de los hechos*, que se utiliza con frecuencia en materia penal, en la que es común intentar una repetición más fiel posible de los hechos que son materia de un juicio o de averiguación.

un contrato. Cuando la función judicial se proyecta sobre este tipo de casos (que, según hemos dicho, son los más comunes), son las partes quienes ofrecen pruebas al juez y éste, con base en reglas que delimitan su margen de actuación, decidirá si las pruebas resultan admisibles y, en caso de que así sea, determinará el valor probatorio de éstas, es decir, su idoneidad para tener por demostrados los hechos que las partes señalan en sus respectivas alegaciones.

Cabe advertir que de los hechos que deben tenerse por ciertos para estudiar un caso, no todos deben ser probados, es decir, sólo algunos requieren pruebas que los acrediten. Por ejemplo, en un caso penal, la inocencia no debe probarse, sino que se presume, de la misma manera en que el estado civil de soltería tampoco es objeto de prueba, como sí lo es el de casado. Edna Ullman Margalit afirma que las *presunciones* en el derecho ofrecen razones de tipo inductivo-probabilístico que facilitan la actividad probatoria de las partes, dispensándolas de la obligación de probar hechos sumamente difíciles o de imposible acreditación, pero que son altamente probables o que, de plano, no pueden ser desmentidos por prueba en contrario.[68]

En este mismo sentido, es convención entre los juristas que los que se conocen como *hechos notorios* tampoco necesitan ser probados. Los hechos notorios pueden definirse como aquellos acontecimientos pretéritos que cualquier persona con un entendimiento e información medios no pude ignorar. En palabras de Juan Igartua: los hechos notorios son un "conjunto de nociones que pertenecen a la cultura media de un círculo de personas dado".[69] Ejemplo de hecho notorio es que el 11 de septiembre de 2001 las Torres Gemelas de Nueva York fueron derribadas.

Al igual que los *hechos notorios*, los que se denominan *hechos admitidos* tampoco requieren prueba que los verifique. Se les llama hechos admitidos porque la parte a la que pudiera perjudicar su acreditación dentro de un juicio no niega la veracidad de esos hechos, tampoco esgrime razones que impliquen su negación ni ofrece pruebas que desmientan la afirmación de la contraparte, en el sentido de que esos hechos efectivamente ocurrieron. A modo de ejemplo, podemos decir que el demandado *admite un hecho* cuando el actor sostiene en su demanda que las partes enfrentadas en el litigio celebraron un contrato de compraventa y, sin que se aporte documento alguno que haga constar la existencia del contrato, el demandado reconoce en la contestación a la demanda que, efectivamente, celebró un contrato con quien promueve la demanda.

[68] Edna Ullman Margalit, "On Presumption", en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXX, núm. 3, marzo de 1983, pp. 143-163.

[69] Juan Igartua, *op. cit.*, p. 279.

De esta manera, los hechos que en virtud de una *presunción* deben tomarse por ciertos; por otra parte, los que se consideran *notorios* y los que han sido *admitidos*, quedan exentos de prueba.

El derecho a la prueba y la relevancia de las pruebas

Dijimos que la prueba es un derecho de las partes para que se tengan por demostradas las afirmaciones de hechos que expresan en sus argumentos. El ejercicio de ese derecho se sujeta a ciertas reglas dirigidas tanto a las partes que las ofrecen en un litigio como a los jueces. Estas reglas pueden versar sobre "El entramado de reglas que rodea la actividad probatoria". Puede resumirse en dos exigencias que deben revestir las pruebas para ser tomadas en cuenta dentro de un juicio, a saber: 1) su *relevancia* y 2) su *valoración positiva*. En el presente apartado nos ocuparemos de manera exclusiva del examen de relevancia al que deben someterse las pruebas, pues la valoración de éstas es una tema que concierne más a otros saberes jurídicos (distintos de la teoría del derecho), como la dogmática jurídica (en específico a la dogmática procesal), a teorías empíricas del derecho (como la psicología jurídica) o a disciplinas técnicas como la criminalística.

Una prueba es *relevante* cuando es útil para la solución que el juez habrá de proveer, es decir, cuando contribuye a demostrar o demuestra con plenitud los hechos del caso. Puede decirse que la regla es la relevancia y la irrelevancia la excepción, pues para que el juez considere irrelevante una prueba y no la admita como un elemento para formar su juicio, ésta debe adolecer abiertamente de algún vicio que justifique por qué es inadmisible. Un supuesto en el que se rechazan pruebas por irrelevancia puede ser el siguiente: cuando el ofrecimiento de la prueba no aporta mayores elementos para apuntalar o desvirtuar el convencimiento que se ha alcanzado de los hechos por otras pruebas, de tal suerte que el único efecto de admitir una prueba semejante sería el de retrasar el dictado de la sentencia, situación que en muchos casos es deseada por alguna de las partes, como estrategia dentro del juicio.

Existen motivos que también dan lugar a la no admisión de una prueba en un juicio pero que, desde nuestro punto de vista, difícilmente pueden calificarse como motivos de irrelevancia. Estos motivos, más que llevar a la conclusión de que la prueba excluida del juicio sea irrelevante, nos dicen que si bien la prueba aporta elementos de importancia para llevar a cabo la construcción de los hechos del caso, no puede ser tomada en cuenta por estar viciada de origen. Estos motivos tienen lugar,

por ejemplo, en los siguientes supuestos: *a*) cuando existen razones de consideración que hagan pensar que la prueba aportará informaciones falsas, como sería el caso del testimonio de una persona de la cual se ha comprobado clínicamente que padece esquizofrenia; o *b*) cuando la obtención de la prueba se produjo gracias a la lesión de otros bienes jurídicos. Este último supuesto se presenta cuando se obtiene una confesión respecto de un hecho mediante tortura, una situación en que el valor *verdad* que persigue la actividad probatoria colisiona con lo derechos fundamentales protegidos por la norma que prevé el delito de tortura.

Las situaciones que encuadran de alguna manera en el supuesto que acabamos de relatar, son objeto de constante debate entre los juristas. Podemos decir que casi nadie estaría de acuerdo en que se tome por verdadera la confesión que una persona hace de un hecho propio, como la comisión de un homicidio, si esa confesión se obtuvo bajo tortura. Éste es un caso claro en que debe excluirse una prueba de un juicio. Sin embargo, hay casos dudosos en que existe la tentación de pensar que la obtención de una prueba mediante la lesión de algún derecho no justifica su inadmisión en la etapa probatoria de un juicio. Veamos un ejemplo que podemos construir a partir del derecho positivo: de conformidad con lo dispuesto en los párrafos primero, octavo y undécimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nadie puede ser molestado en su domicilio, salvo en aquellos casos en que medie mandamiento escrito, emitido por autoridad competente, que así lo establezca. Dicha previsión constitucional, por economía de lenguaje, recibe el nombre de garantía de *inviolabilidad del domicilio*.

Así las cosas, cuando no se actualizan los requisitos mencionados en el artículo 16 de la Constitución para que la autoridad pueda llevar a cabo actos de molestia dentro de un domicilio, bien puede afirmarse quedan inmunizadas frente a cualquier tentativa de intervención domiciliaria. Hasta aquí no se ve que existan mayores dudas. Sin embargo, cabe preguntarnos qué pasaría en un caso en el que sin colmar los requisitos prescritos en el artículo 16 de la Constitución, la autoridad ingresa a un domicilio a la búsqueda de mercancía que presumiblemente constituye contrabando y, al entrar en el domicilio, no sólo encuentran esa mercancía sino además algunas sustancias cuya tenencia implica la comisión de delitos contra la salud. Por el hecho de que el cateo practicado por la autoridad resulte ilegal, en virtud de que no se reunieron los requisitos establecidos en el artículo 16 constitucional, ¿ello impide que pueda llevarse a juicio a los responsables de cometer delitos contra la salud? ¿La obtención de una prueba al margen del derecho quita veracidad a los hechos que esa prueba contribuye a demostrar? ¿La ilicitud de la prueba implica siempre su exclusión de un procedimiento jurisdiccional y, por ende, la imposibilidad de su valoración por parte de un juez?

Resumen

En la primera parte de la presente unidad se ofrece una explicación de la forma en que operan los argumentos interpretativos a los que se acude con más frecuencia en el razonamiento jurídico cotidiano.

De cada uno de los argumentos se ofrece su definición y se resaltan las diferencias específicas, así como las similitudes que guarda con los demás argumentos. Con el propósito de clarificar, se muestran ejemplos de la manera en que se emplea cada argumento.

En la segunda parte de la unidad se explica el papel que desempeñan los hechos en el derecho. Mientras en las unidades precedentes el análisis se centró en el estudio de las normas, sus diferentes tipos y las distintas interpretaciones que admiten, en esta última parte del libro se describe cómo la manera en que opera el conocimiento y el lenguaje de los seres humanos determina la forma en que el derecho otorga significación jurídica a parcelas o segmentos de la realidad.

En el entendido de que el razonamiento subsuntivo, propio de quien lleva a cabo una labor aplicativa de normas, exige necesariamente una premisa de tipo fáctico, en la presente unidad se aborda de nuevo el problema de cómo justificar la premisa menor del silogismo judicial, es decir, los hechos del caso. En esa tesitura, se invita al alumno a que reflexione si los hechos preexisten a los casos y los configuran, o si las normas jurídicas determinan la relevancia de los hechos.

Cuestionario

1. "Trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero", es la definición del argumento:

   a) Pragmático
   b) *A fortiori*
   c) Analógico

2. "Todo lo que no está prohibido está permitido" es la formulación de la:

   a) Norma de clausura
   b) Norma consuetudinaria
   c) Regla de adjudicación

3. ¿*Norma* significa lo mismo que *artículo*?
4. Diga si es cierto o falso que la definición del argumento histórico es la siguiente: "Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquel significado que la haga más eficaz para lograr su finalidad".
5. ¿Por qué el argumento pragmático es un argumento consecuencialista?
6. "Si existe un seguro de desempleo, con mayor razón debe haberlo para personas con discapacidad". El anterior es un ejemplo de argumento:

   a) A contrario
   b) *A fortiori*
   c) Objetivo

7. ¿Cuál de los siguientes argumentos presupone que las normas jurídicas guardan entre sí relaciones de validez?

   a) El argumento sistemático
   b) El argumento *a contrario*
   c) Ninguno de los anteriores

8. Explique en qué consiste la operación de *clasificación* cuando hablamos de *términos de clase*.
9. Mencione un tipo de hechos que no exige prueba.
10. ¿En qué consiste la premisa menor del silogismo judicial?
11. ¿Qué designa el principio *iura novit curia*?
12. ¿Es verdad que los hechos notorios ofrecen razones de tipo inductivo-probabilístico?

Bibliografía

- Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005.
- Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.
- Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho,* trad. Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *'Iura novit curia' y la aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

  ———, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, 1996.
- Guibourg, Ricardo A., *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

  ———, Alejandro M. Ghigliani y Ricardo V. Guarinoni, *Introducción al conocimiento científico*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000.
- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- Igartua, Juan, "La prueba de los hechos", en Barrére Unzueta, María Ángeles *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986.
- Margalit, Edna Ullman, "On Presumption", en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXX, núm. 3, marzo de 1983, pp. 143-163.
- Mendonca, Daniel y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Moreso, Juan José, "Guastini sobre la ponderación", en *Isonomía*, ITAM, México, núm. 17, octubre de 2002.
- Rodríguez, Jorge Luis, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 22, Alicante, 1999.
- Taruffo, Michelle, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2003.
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998.

Bibliografía general

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

  ———, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005.
- Aquilino Fernández, Jesús, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez,* Universidad de Oviedo, 1991.
- Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.

  ——— y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del derecho,* Fontamara, México, 1993.

  ——— y Juan Ruiz Manero, *100 preguntas sobre conceptos básicos del derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 1996.

  ———, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

  ———, *Introducción al derecho,* Fontamara, México, 1998.

  ———, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

  ———, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.

  ———, "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, Fontamara, México, 2004.

  ———, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Atria, Bulygin *et al.*, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.
- Barrére Unzueta, Ma. Ángeles *et al., Lecciones de teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.

  ———, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

  ———, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1992.

  ———, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- Böhmer, Martín F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía,* Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2003.
- Bonnecase, Julien, *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, trad. José M. Cajica, Cajica, México, 1944.
- Bulygin, Eugenio, *Positivismo jurídico*, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005,* Fontamara, México, 2006.
- Bunge, Mario, *Epistemología*, Siglo XXI, México, 2000.
- Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990.

  ———, "Ciencia jurídica", en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 1999.
- Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho,* Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje,* 4a. ed., corregida y aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Coleman, Jules y Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law,* Oxford University Press, 2002.
- Cornejo Certucha, Francisco, voz "Abrogación", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2002.
- Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989.
- Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico,* ITAM/Porrúa, México, 2001.
- Courtis, Christian, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática" en Christian Courtis (comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.
- Cruz, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.
- De Lucas, Javier (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- De Páramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales,* tomo 3, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.

  ———, *Filosofía del derecho* (comp.), FCE, México, 1980.

———, "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", trad. Imer Flores, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, núm. 7, julio-diciembre 2002.

- Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral,* Civitas, Madrid, 2004.
- Esquivel, Javier, *Racionalidad jurídica, moral y política*, Fontamara, México, 1996.
- Ezquiaga, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.

———, *'Iura novit curia' y la aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

———, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

- Ferrajoli, Luigi, "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, 1996.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights,* Clarendon Press, Oxford, 1980. Fontamara, 2003.
- García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, Universidad Veracruzana, México, 1960.

———, *Filosofía del derecho,* Porrúa, México, 1974.

———, *Diálogos jurídicos,* Porrúa, México, 1978.

———, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo,* Fontamara, México, 1993.

- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.

———, "La filosofía del derecho en el siglo XX", texto inédito.

- Geneyro, Juan Carlos, *La democracia inquieta,* Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1991.
- González Lagier, Daniel, *G.H. von Wright y los conceptos básicos del derecho*, Fontamara, México, 2001.
- Guastini, Riccardo, "Proyecto para la voz 'Ordenamiento jurídico' de un diccionario", en *Doxa*, núm. 27, Alicante, 2004.
- Guibourg, Ricardo A., *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, capítulo III, "Las normas", La Ley, Buenos Aires, 2003.

———, Alejandro M. Ghigliani y Ricardo V. Guarinoni, *Introducción al conocimiento científico*, EUDEBA, Buenos Aires, 2000.

- Gutmann, Amy, *Democratic Education,* Princeton University Press, Nueva York, 1987.
- Hart, Herbert, "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review,* vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, pp. 593-629.

———, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

———, Post scriptum *a El concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.

Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea,* Tecnos, Madrid, 1989.

Hughes, John y Wes Sharrock, *La filosofía de la investigación social*, FCE, México, 1999.

Hurtado, Guillermo, "Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México", en: *Isonomía,* ITAM-Fontamara, México, núms. 15 y 16 octubre de 2001 y abril de 2002.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

———, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986.

Kennedy, Duncan, "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *Doxa,* núm. 11, Universidad de Alicante, 1992.

———, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System,* Afar, Cambridge, 1983.

Laporta, Francisco (ed.), *La enseñanza del derecho,* Universidad Autónoma de Madrid y

Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2004.

Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2000.

Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Macedo, Stephen, *Liberal Virtues,* Clarendon Press, Oxford, 1990.

Mardones, J.M. y Nicanor Ursua, *Filosofía de las ciencias humana y sociales*, Ediciones Coyoacán, México, 2003.

Margalit, Edna Ullman, "On Presumption", en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXX, núm. 3, marzo de 1983.

Mendonca, Daniel, *Introducción al análisis normativo*, Cuadernos y Debates, núm. 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

———, *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería, 1998.

———, "Sistemas normativos y sistematización de normas" en *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

——— y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Moreso, José Juan, "Guastini sobre la ponderación" en *Isonomía*, ITAM, México, núm. 17, octubre de 2002.

———, y Pablo E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas,* Fontamara, México, 1991.
- Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica,* UNAM, México, 1989.

  ———, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 9a. ed., 1999.

  ———, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Fontamara, México, 2003.
- Olivé, León y Ana Rosa Pérez Ransanz (comps.), *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI-UNAM, México, 1989.
- Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, México, 2005.
- Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento* Critical Legal Studies, Tecnos, Madrid, 1996.
- Pérez Ransanz, Ana Rosa, *Kuhn y el cambio científico*, FCE, México, 2000.
- Pereznieto, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2005.
- Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable',* FCE-UNAM, México.

  ———, *Pensamiento jurídico en el siglo XX,* Porrúa, México, 1963.
- Rodríguez, César, "Teoría jurídica y decisión judicial: en torno al debate Hart-Dworkin", en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- Rodríguez, Jorge Luis, "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 22, Alicante, 1999.

  ———, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994.
- Ruiz Miguel, Alonso, "Estudio preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1990.
- Sastre Ariza, Santiago, "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 24, Universidad de Alicante, Alicante, 2004.
- Scarpelli, Uberto, *Cos' è il positivismo giuridico,* Ediziones di Comunita, Milán, 1965.
- Schmill, Ulises, *Lógica y derecho*, México, Fontamara, 1997.

  ———, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, Themis, México, 1997.

  ———, *Teoría del derecho y del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho,* UNAM, México, 1984.
- Taruffo, Michelle, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2003.
- Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958, Universidad de Alicante, Alicante, 1992.
- Ursua, Nicanor *et al.*, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Historia, metodología y fundamentación científica*, Ediciones Coyoacán, México, 2004.
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo,* Gedisa, Barcelona, 1998.

——— (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001.

———, "Entre Cleón y Diódoto. Dos modelos de sanción y una alternativa", en *Filosofía jurídica. Ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, Porrúa-ITAM, México, 2005.

———, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, México, Porrúa-ITAM, 2005.

- Vernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Vigo, Rodolfo (comp.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy,* La Ley, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Von Wright, G.H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970.
- Walter, Robert, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, trad. Luis Villar Borda, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 13, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.

Índice onomástico

Alchourrón, Carlos, 67, 169
Alexy, Robert, 150, 219
Aquino, Tomás de, 24
Atienza, Manuel, 99, 130, 132-133, 144, 177, 188, 206, 209
Aubry, Charles, 139
Austin, John, 36, 98, 138
Ayer, Julius, 10

Bentham, Jeremy, 97, 138
Bobbio, Norberto, 14, 59, 83, 99, 128, 140, 166, 181
Böhmer, Martín, 181, 183
Bonnecase, Julien, 139
Bonorino, Pablo Raúl, 176
Bulygin, Eugenio, 25, 54, 67, 87, 169
Bunge, Mario, 123

Capella, Juan Ramón, 50
Caracciolo, Ricardo, 69
Carrió, Genaro, 7
Calsamiglia, Albert, 121, 131
Comte, Auguste, 125
Cossío, José Ramón, 181
Courtis, Christian, 135

Durkheim, Émile, 125
Duguit, León, 148
Dworkin, Ronald, 43, 175, 189

Ehrlich, Eugen, 146
Esquivel, Javier, 113
Ezquiaga, Francisco Javier, 88, 226, 256

Ferrajoli, Luigi, 189
Finnis, John, 22
Fiss, Owen, 179
Frank, Jerome, 142

García Máynez, Eduardo, 13, 16-17, 21-22
Garzón Valdés, Ernesto, 10, 24
Gény, Francois, 140
Gierke, Otto von, 141
Guastini, Riccardo, 79
Guibourg, Ricardo, 31
Gutmann, Amy, 190

Hart, Herbert, 8, 12, 15, 24, 39, 72, 76, 105, 163, 232
Heck, Philipp, 141
Hernández Marín, Rafael, 149
Hohfeld, W.N., 106
Holmes, Oliver Wendell, 140, 142
Hume, David, 125

Igartua, Juan, 252, 253, 258

Jhering, Rudolf von, 107, 137

Kantorowicz, Hermann, 3, 148
Kelsen, Hans, 10, 30, 57, 75, 97, 100, 158, 226, 240
Kennedy, Duncan, 185
Kuhn, Thomas S., 122, 131

Lakatos, Imre, 123
Laudan, Larry, 123
Llewellyn, Karl, 142

MacCormick, Neil, 42, 216
Macedo, Stephen, 191
Maihofer, Werner, 17
Marx, Karl, 145
Mendonca, Daniel, 35, 171

Navarro, Pablo, 55, 206
Nino, Carlos S., 9, 36, 60, 129, 134, 141, 210

Páramo, Juan Ramón de, 164
Parsons, Talcott, 127
Pashukanis, Evgeny, 144
Pérez Lledó, Juan Antonio, 185-186, 192
Pérez Ransanz, Ana Rosa, 123
Popper, Karl, 121
Pound, Roscoe, 147

Radbruch, Gustav, 17, 149
Rawls, John, 24
Raz, Joseph, 70
Recaséns Siches, Luis, 11, 17
Robbins, Lionel, 10
Rodríguez, César, 164
Ross, Alf, 11, 103, 161
Ruiz Manero, Juan, 144
Ruiz Miguel, Alfonso, 167

Sastre Ariza, Santiago, 133
Savigny, F.C. von, 136
Scarpelli, Uberto, 15
Schmill, Ulises, 54, 172
Stammler, Rudolf, 151

Tarello, Giovanni, 236
Toulmin, Stephen, 213
Treves, Renato, 140, 181, 184
Troplong, Raymond-Théodore, 139

Ullman Margalit, Edna, 258

Vernengo, Roberto J., 36, 217

Walter, Robert, 217
Weber, Max, 10, 127
Wright, G.H. von, 33

Zuleta, Hugo, 102

Índice analítico

Acciones de inconstitucionalidad, 252
Acto antijurídico o ilícito, 100
Alternativa interpretativa, 127
Antinomia(s), 80
  criterio de solución
    cronológico, 83
    de especialidad, 84
    jerárquico, 84
  e interpretación, 82
  incompatibilidad de, 85
  parcial-parcial, 82
  total-parcial, 81
  total-total, 81
Aplicación e interpretación, 202
Argumentación
  concepto, 208
  en política, 209
  dialéctica, 188
  formal, 188
  jurídica, 210
  material, 188
  teorías de la, 213, 216, 219
Argumento(s)
  a contrario, 238
  a fortiori, 236

analógico, 226, 234
explicación del, por analogía, 226
histórico, 250
interpretativos, 226
pragmático, 248
psicológico, 243
sedes materiae, 243
sistemático, 239
teleológico, 249

Calificación, problemas de, 217
Capacidad, 109
de ejercicio, 109
de goce, 109
Casos
difíciles, 189, 206, 217
fáciles, 189, 206, 216
trágicos, 189, 207
Ciencia(s)
fácticas o empíricas, 124
formales, 124
individualizadoras, 150
generalizadoras, 150
sociales, 124
jurídica, 129, 158
actividades de la, 171
objeto de la, 143, 160
Círculo de Viena, 121
Coherencia
narrativa, 217
normativa, 217-218
Cognoscitivismo ético, 59
Concepción
argumentativa y democrática, 188
crítico-realista, 184
formalista o positivista, 77, 181
sustancialista, 78
Conceptos jurídicos fundamentales, 96

Construcción de los hechos, 257*n*
Criterios de solución de antinomias
conflicto entre, 84-85
cronológico, 83
de especialidad, 84
jerárquico, 84
Critical Legal Studies, 184

Deber
jurídico, 104-105
Decisión judicial
coherencia, 217-218
consistencia, 217
Definición(es), 3
conceptuales, 3
convencionales, 4
estipulativa, 5
lexicográfica, 5
nominales, 3-4
reales, 3
requisitos metodológicos, 4
Derecho, 2-3, 150-151
a la prueba, 259
como integridad, 246
definición, 5, 15, 159, 161
enseñanza del, 192
lagunas en el, 227
lenguaje del, 5
libre, 148
tridimensionalidad del, 211
vigente, 162
Derecho subjetivo, 106-107
como acción procesal, 108
como correlato de una obligación
activa, 108
pasiva, 108
como equivalente
a no prohibido, 108
a una autorización, 108

en sentido político, 109
-deber, 107
Derogación
expresa, 83
tácita, 83
Dinámica jurídica, 172
Discusión, 244
Dogmática jurídica, 132-133
funciones, 177

Educación, 190
Eficacia
causal, 52
normativa, 49-50
Empirismo crítico, 121
Enfoque argumentativo, 178
Enseñanza del derecho, 179
Epistemología, 120
Escepticismo ético, 59
Escuela
de Baden, neokantismo de la, 149
de la Exégesis, 138
de la Jurisprudencia de Conceptos, 137
del Realismo Jurídico Norteamericano, 140, 142
Histórica del Derecho, 136
Estática jurídica, 172
Excepciones, 48
Expresiones ambiguas, 6

Facultad jurídica, 174
Fenómeno normativo, 32
Filosofía, 14, 120
de la ciencia, 120
Formalismo jurídico, 135
Fundamentación y motivación legal, 226*n*
Garantía del argumento, 215

Hecho(s)
admitidos, 258
del derecho, 253
notorios, 258
social, 125
reconstrucción de los, 257*n*

Idea jurídica, 21
Ignorancia relativa de los hechos, 232
Indeterminación de propósitos, 232
Interpretación
auténtica, 204
comprensiva, 127
concepto, 200-202, 217
doctrinal, 205
judicial, 205
jurídica, 200
oficial, 205
operativa, 251
problemas de, 217
y aplicación, 202
Investigación científica, 122

Juicio(s)
de eficacia, 58
de justicia, 59
Jurisprudencia
analítica, 138
de intereses, 141
sociológica, 147
Juristas y sociólogos, diferencias, 128
Jusnaturalismo, 17
deontológico, 22-23
ontológico, 18, 23

Lagunas
axiológicas, 87, 230
en el derecho, 227, 229

institucionales, 87
normativas, 86
solución de, 90
técnicas, 87, 231
Lenguaje(s)
del derecho, 5
formalizado, 5
naturales, 5
características, 6-9

Materialismo histórico, 125*n*
Marxismo jurídico, 144
Metafísica, 121
Método crítico, 151
Modelo(s) de ciencia
analítica, 163
argumentativa, 177
consecuencialista, 172
empírica, 161
estructural-funcional, 166
interpretativa, 175
jurídica y enseñanza del derecho, 179
pura, 158
sistemática, 169
Motivación
directa, 37-387
indirecta, 37-38
y fundamentación legal, 226*n*
Movimiento del Derecho Libre, 148

Neokantismo jurídico, 149
Norma(s)
ámbito de validez
espacial, 58
temporal, 58
aplicación, 45
consuetudinarias, 35
de clausura, 228

definitorias, 33
dependientes, 74
derogación, 45
eficacia, 49-50
fundante básica, 75
generales, 254
ideales, 35
identificación, 44
independientes, 74
jurídicas, 37
justa, 87*n*
morales, 37
origen, 42
prescriptivas, 36, 39
suprema, identidad de la, 77
técnicas, 34
validez, 53

Obligatoriedad moral. *Véase* Validez de la norma
Ordenamiento(s) jurídico(s), 66*n*
carácter coactivo de los, 70
clasificación, 67*n*
coherencia del, 79
como ordenamientos institucionalizados, 71
consistencia del, 79
criterios de identificación de los, 68, 72
jerarquía en los, 78
plenitud del, 86, 88
unidad del, 72
Órganos límite, 251
Originalismo, 246

Palabras vagas, 7
Persona jurídica, 111
como una construcción lógica, 112
morales, 113
Plenitud de los sistemas jurídicos, 86, 88
Ponderación, 46

Positivismo
jurídico, 12-16, 126, 181
teórico, 140
Pragmatismo, 178, 212
Prescripciones, 33
Pretensión, 214
Presunciones, 258
Principio(s)
de ley natural, 24
de verificación, 121
y reglas, diferencias, 44
Proceso educativo, 191
Propuestas de *lege ferenda*, 136
Programas de investigación científica, 123
Prueba
concepto, 259
de los hechos, 251
problemas de, 217

Razonamiento legal, 176
Razones
contributivas, 46
excluyentes, 46
Redefinición, 5
Reconstrucción de los hechos, 257*n*
Regla(s)
de adjudicación, 72, 164
de cambio, 164
de reconocimiento, 71, 76, 164
de razón, 219
de transacción, 219
fundamentales, 219
primarias, 40, 42, 164
secundarias, 40, 42, 164
última, 165
y principios, diferencias, 44
Regulación de acontecimientos por venir, 233
Relaciones
causales, 31
de imputación, 31

Relevancia
de las pruebas, 259
problemas de, 217
Responsabilidad jurídica, 102
como exigibilidad, 104
como sancionabilidad, 104
directa, 103
indirecta, 103
objetiva, 103
subjetiva, 103
Revuelta contra el formalismo, 140

Sanción(es)
carácter coactivo de la, 98
concepto, 97
institucionalizadas, 39
no institucionalizadas, 39
objeto de la, 99
positivas, 99-100
sentidos de la, 99
Silogismo judicial, 256
Sistema(s)
deductivos, 68
jurídico, 170
normativos, 69
Sociología del derecho, 146
Sociologismo empirista, 148
Sociólogos y juristas, diferencias, 128
Solución
de antinomias, criterio
cronológico, 83
de especialidad, 84
jerárquico, 84
de contradicciones, 47
de lagunas jurídicas, 90
Subsunción, 46, 256

Técnica jurídica, objeto de la, 143
Teoría(s)
de la argumentación, 213, 216, 219
de los argumentos interpretativos, 226
científica, 122
cognitiva de la interpretación, 203
contemporánea de la argumentación jurídica, 213
escéptica de la interpretación, 203
de Kelsen, 112
de la argumentación jurídica, 210
de la ficción, 112
de la interpretación jurídica, 202
de la justicia, 60
de la norma general inclusiva, 89
de los dos órdenes, 19
del espacio jurídico, 89
del ordenamiento, 66
deontológicas, 60
integradora de la argumentación, 216
intermedia de la interpretación, 204
negativas, 111
positivas, 112
teleológicas, 60
Teoría pura del derecho, 10, 30, 158, 240
Términos de clase, 254
Tesis
de la separación, 25
de la vinculación, 25
Tradiciones de investigación, 123

Validez de la norma, 53, 73-74
en el espacio, 58
en el tiempo, 58
Valores, 59
Virtudes
ejecutivas, 191*n*
judiciales, 191*n*
legislativas, 191*n*

Con base en el estudio de las doctrinas contemporáneas y las más actuales herramientas conceptuales y metodológicas, el presente libro desarrolla los contenidos fundamentales de la teoría del derecho: la noción de derecho y el problema de su definición, así como las nociones de norma, validez y eficacia, ordenamiento jurídico, conceptos jurídicos fundamentales —por ejemplo, sanción, obligación, responsabilidad—, el análisis del derecho como ciencia y la interpretación jurídica. En ese sentido, con rigor y claridad se introduce al lector en el conocimiento de los más destacados teóricos contemporáneos del derecho (Kelsen, Ross, Hart, García Máynez, Bobbio, Raz, Bulygin, Dworkin, Alexy, Schmill y Atienza, entre otros) y, desde la filosofía analítica, se le familiariza con el uso del lenguaje jurídico.

Otro aspecto relevante del libro es mostrar la estrecha interconexión entre la teoría y la metodología jurídicas; por ello, se analizan los conceptos de la materia, pero también se le ofrece al estudiante los elementos indispensables para que desarrolle una sólida teoría de la argumentación jurídica.

En el aspecto didáctico, se presentan objetivos por unidad para guiar al estudiante en los temas. Asimismo, para que el lector repase lo estudiado, al final de cada una de las unidades se ofrece un resumen de lo expuesto, así como un cuestionario.

Por su enfoque moderno y la amplitud de temas que aborda, el libro puede adaptarse a los programas de estudio de la materia que se imparte en las escuelas de derecho del país.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

derecho@oup.com
www.oup.com.mx

ISBN 978-970-613-921-4