

Filosofía

del derecho

Segunda edición

Perla Gómez Gallardo

Colección textos jurídicos



Filosofía del derecho

Perla Gómez Gallardo
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



Copyright © 2005 por **IURE editores**, S.A. de C.V. y
Perla Gómez Gallardo, respecto a la primera edición de la obra

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Av. Polanco núm. 75, Col. Chapultepec Polanco, C.P. 11580 México, D.F.
Tel. 5280-0358, fax 5280-5997.

ISBN 968-5409-71-4

Impreso en México - Printed in Mexico

Esta obra se terminó de imprimir en diciembre del 2004 en los talleres de

Impresos y Acabados Editoriales

Calle 2 de abril, esq. Gustavo Baz
Col. Ampliación Vista Hermosa,
CP 54400 Nicolás Romero, Edo. Méx.

Se imprimieron 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.

Dedico esta obra:

A mis sobrinas Perlita y Karlita, motivación y alegría en mi vida.

Como siempre y por siempre al maestro Ernesto Gutiérrez y González.

A la maestra María Elodia Robles Sotomayor.

*Con un agradecimiento especial por su confianza y apoyo al
Dr. Alfonso Bouzas Ortiz y al Dr. Jaime Cárdenas Gracia.*

*A mis alumnos y alumnas de la División de Estudios de Posgrado de la
UNAM y licenciatura de la Universidad Latina (Sur y Cuernavaca).*

Contenido

Prólogo xvii

Introducción xxi

Unidad 1. **Ubicación de la filosofía del derecho en la filosofía, así como establecimiento de sus relaciones con la ciencia jurídica 1**

- 1.1 Consideraciones previas 1
- 1.2 Explicación de las nociones: filosofía, ciencia, filosofía del derecho y ciencia jurídica 5
 - 1.2.1 Concepto de filosofía 6
 - 1.2.2 Concepto de ciencia 8
 - 1.2.3 Distinción entre filosofía y ciencia 11
 - 1.2.4 Concepto de filosofía del derecho 13
 - 1.2.5 Concepto de ciencia jurídica 14
- 1.3 Ramas de la filosofía y sus aplicaciones en la filosofía del derecho 18
 - 1.3.1 Metafísica 19
 - 1.3.2 Ontología 19

1.3.3	Lógica	20
1.3.4	Ética	21
1.3.5	Metodología	21
1.3.6	Gnoseología	22
1.3.7	Filosofía analítica	23
1.3.8	Semiología	24
1.3.9	Axiología	24
1.3.10	Teleología	25
1.3.11	Antropología filosófica	25
1.4	Temas clásicos (generalidades) de la filosofía del derecho	26
1.4.1	Su relación con la filosofía y la ciencia jurídica	27
1.4.2	Noción y posible definición del derecho	28
1.4.3	Categorías jurídicas o conceptos fundamentales	29
1.4.4	Valores y fines jurídicos (estimativa jurídica)	29
1.4.5	Problema de la aplicación del derecho y de la política jurídica	30
1.5	Filosofía del derecho, teoría del Estado y ciencia política	31
1.5.1	Concepto de Estado y de política	32
1.5.2	Sus relaciones entre sí y ante los problemas de la globalización en la nueva conceptualización del Estado moderno	34
1.5.3	Derecho y orden mundial	36
1.6	Nuevos temas de la filosofía del derecho	37
1.6.1	Informática jurídica	37
1.6.1.1	Internet, antecedentes y regulación	39
1.6.1.2	Internet en México	42
1.6.1.3	Posible regulación de Internet	42
1.6.2	Avances científicos	43
1.6.2.1	Bioética	44
1.6.2.2	Clonación	46
1.6.2.3	Genoma	48
1.6.3	Aspectos político-económicos en la concepción del derecho	52
1.6.3.1	Globalización	53
1.7	Análisis filosófico de la posible clasificación de la ciencia jurídica	53
1.7.1	Comportamiento humano y comportamiento normativo	55
1.7.2	Normas de conducta y leyes naturales	57
1.8	Diversos niveles de la ciencia jurídica. Carácter científico o ausencia de éste en la filosofía del derecho	58

1.8.1	Niveles del lenguaje en el derecho	59
1.8.2	Sistemática y técnica jurídica	60
1.8.3	Ciencia del derecho comparado	60
1.8.4	Teorías del derecho	61
1.8.5	Filosofía del derecho	63
1.8.6	Reflexiones finales en torno al poder y la construcción de la ciencia	63
<i>Autoevaluación</i>		67
Unidad 2. Principales corrientes de la filosofía y de la ciencia jurídica 69		
2.1	Consideraciones previas	69
2.2	Iusnaturalismo	71
2.2.1	Referencias históricas	72
2.3	Positivismo jurídico	73
2.3.1	Influencia de Hans Kelsen	75
2.3.2	Formalismo jurídico	78
2.4	Sociologismo jurídico	79
2.4.1	Teoría de los sistemas (Niklas Luhmann)	80
2.5	Jusmarxismo	82
2.5.1	Teoría de la acción comunicativa (Jünger Habermas)	83
2.6	Teoría de los tres círculos	85
2.7	Corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho	87
2.7.1	Filosofía analítica del derecho	88
2.7.2	Semiótica o semiología jurídica	90
2.7.3	Estructuralismo	92
2.7.4	Teorías de la argumentación	93
2.7.4.1	Paradigmas de la interpretación jurídica judicial	98
2.8	Algunos problemas actuales de la filosofía del derecho	100
<i>Autoevaluación</i>		102
Unidad 3. Definición del derecho 103		
3.1	Consideraciones previas	103
3.2	Conclusiones del tema anterior mediante la comparación de las diversas metodologías para definir el derecho	104
3.3	Problema de asumir una única postura sin tomar en cuenta las críticas propias a cada corriente, o un tridimensionalismo o integralismo	105
3.4	Análisis de los elementos de una definición del derecho	106

- 3.4.1 Tipos de definiciones de derecho 107
- 3.4.2 Lenguaje y derecho 110
- 3.5 Explicación y fundamento de una posible definición o concepción del derecho 112
 - 3.5.1 Definición de derecho del *Diccionario de la lengua española* 114
 - 3.5.2 Proverbios del derecho romano 115
 - 3.5.3 Algunas definiciones doctrinarias 116
 - 3.5.4 Conclusiones para llegar a una definición del derecho 121
 - 3.5.5 El derecho como palabra 122
 - 3.5.6 El derecho como argumentación 128
- Autoevaluación 129

Unidad 4. **Conceptos jurídicos fundamentales** 131

- 4.1 Tratamiento de estas categorías por las principales corrientes filosóficas 131
- 4.2 Conceptos y categorías 132
- 4.3 Conceptos y categorías jurídicas 135
- 4.4 Categorías jurídicas aplicables al derecho como un todo 136
 - 4.4.1 Sistema jurídico 136
 - 4.4.2 Norma 137
 - 4.4.3 Validez 139
 - 4.4.4 Eficacia 139
 - 4.4.5 Coercibilidad 140
 - 4.4.6 Coacción 140
 - 4.4.7 Sanción 140
 - 4.4.8 Persona jurídica 140
- 4.5 Conceptos jurídicos fundamentales 142
- 4.6 Conceptos jurídicos fundamentales que integran o estructuran la norma jurídica 145
 - 4.6.1 Supuesto jurídico 147
 - 4.6.2 Hecho jurídico 147
 - 4.6.3 Consecuencias de derecho 148
 - 4.6.4 Relación jurídica 148
 - 4.6.5 Objeto jurídico 148
 - 4.6.6 Disposición jurídica 148
- Autoevaluación 149

Unidad 5. **Estimativa jurídica** 151

- 5.1 Consideraciones previas 151
- 5.2 Ética y derecho (libertad y necesidad, determinismo e indeterminismo, bien y mal, etcétera), axiología (valores) y teleología (fines) como ramas de la filosofía 152
 - 5.2.1 Ética y conducta social 153
 - 5.2.2 Valores (axiología) y fines (teleología) 156
- 5.3 Hombre (antropología filosófica), cultura y valores 159
 - 5.3.1 Ser humano y valores 159
 - 5.3.2 Cultura y valores 160
- 5.4 Problemas inherentes a los valores 161
- 5.5 Derecho como manifestación cultural 162
- 5.6 Estimativa jurídica y proyección de los valores en el mundo de lo jurídico 164
- 5.7 Posible clasificación de los valores jurídicos: bien común, justicia y seguridad jurídica 165
 - 5.7.1 Bien común 165
 - 5.7.2 Justicia 166
 - 5.7.3 Seguridad jurídica 168
- 5.8 Otros valores que se derivan de la consecución de los anteriores 169
 - 5.8.1 Equidad 169
 - 5.8.2 Igualdad 170
 - 5.8.3 Libertad 171
- 5.9 Libre albedrío, responsabilidad jurídica, nexo de imputación y su diferencia con la imputabilidad (noción de derecho penal) 172
- 5.10 Fundamentación de los derechos humanos 174
- 5.11 Jusnaturalismo y iuspositivismo frente al problema de los derechos humanos 175
 - 5.11.1 Deberes fundamentales de los estados de derecho. Garantías individuales y sociales 175
 - 5.11.2 Declaración de los derechos humanos y su crítica con base en su falta de eficacia 179
- 5.12 Derechos humanos y su papel en el orden mundial 181
 - 5.12.1 Derechos del hombre y del ciudadano en los Estados de derecho (régimenes democráticos y su crítica) 181
 - 5.12.2 Clasificación de los derechos de la persona humana 182
- Autoevaluación 183

Unidad 6. Jurisprudencia técnica o sistemática y técnica jurídica 185

- 6.1 El gran problema de la ciencia jurídica como una ciencia de aspectos humanos: la falta de exactitud, predicción y precisión en la solución de los problemas jurídicos 185
- 6.2 Revisión filosófica de las diversas escuelas de interpretación jurídica estudiadas en el curso de teoría del derecho 187
- 6.3 Revisión filosófica de los problemas de la jurisprudencia técnica (sistemática y técnica jurídica) y de las operaciones lógicas o de otra índole para resolverlos 190
 - 6.3.1 Principios ontológicos y lógicos y el logos de lo razonable 191
 - 6.3.2 Consideraciones respecto a la sistemática jurídica 195
 - 6.3.3 Consideraciones respecto a la técnica jurídica 195
 - 6.3.4 Problemas que estudia la jurisprudencia técnica 196
 - 6.3.5 La importancia de la solución de antinomias 199
- 6.4 Dogmática jurídica: valoración sobre sus consecuencias prácticas 202
 - 6.4.1 Consideraciones previas 202
 - 6.4.2 Sistemas de derecho legislado de tradición escrita 203
 - 6.4.2.1 Conformación de los códigos modernos 204
 - 6.4.3 Regímenes consuetudinarios de tradición anglosajona 205
 - 6.4.3.1 Estados Unidos de Norteamérica 209
- 6.5 Fundamentos constitucionales de los Estados de derecho 210
 - 6.5.1 Directivas de la interpretación constitucional 213
 - 6.5.2 Del Estado legislativo al Estado constitucional 215

Autoevaluación 216

Unidad 7. Derecho en la posmodernidad 219

- 7.1 Modernidad y posmodernidad 219
 - 7.1.1 Consideraciones previas 220
 - 7.1.2 Jürgen Habermas 222
 - 7.1.3 Jean-Francois Lyotard 228
 - 7.1.4 Gianni Vattimo 235
- 7.2 Reflexiones en torno al tipo de derecho que debe prevalecer en la posmodernidad 241
 - 7.2.1 La "muerte de la ley" 241

- 7.2.2 Propuesta de renovación de la concepción del derecho en la posmodernidad 242
- 7.2.3 Derecho como arte 243
- 7.2.4 La verdad en el derecho 248
- 7.2.5 Reflexiones finales 252

Autoevaluación 256

Fuentes de consulta 257
Índice de materias 263

Prólogo

Para mí es realmente un gusto presentar el trabajo académico de la maestra Perla Gómez Gallardo, quien en todos los terrenos de su vida profesional y académica ha demostrado seriedad y conocimiento de las materias que trata. Este libro no es la excepción.

Embora buena por un excelente estudio que facilitará a los estudiantes de derecho la aproximación a las manifestaciones siempre actuales del pensamiento de la filosofía del derecho.

En la medida que se refiere a los principales temas de la filosofía del derecho según el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM de manera sencilla, amena y a la vez profunda, la autora logra establecer las relaciones y conexiones que existen entre la filosofía del derecho y la cultura jurídica y social. Fundamentalmente se abordan algunos de los aspectos más actualizados que influyen en la filosofía del derecho como la globalización, el multiculturalismo y el papel que las nuevas tecnologías de la información le otorgan al derecho.

Prólogo

Para mí es realmente un gusto presentar el trabajo académico de la maestra **Perla Gómez Gallardo**, quien en todos los terrenos de su vida profesional y académica ha demostrado seriedad y conocimiento de las materias que trata. Este libro no es la excepción.

Enhorabuena por tan excelente estudio que facilitará a los estudiantes de derecho la aproximación a las manifestaciones siempre difíciles pero apasionantes de la filosofía del derecho.

En esta obra se exponen los principales temas de la *Filosofía del derecho* según el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM. De manera sencilla, sintética y a la vez profunda, la autora desgrana el concepto de filosofía del derecho, sus elementos y las relaciones que esta disciplina tiene con otras de carácter jurídico y social. Puntualmente se abordan algunos de los aspectos de más actualidad que inquietan a la filosofía del derecho como la globalización, el tratamiento del genoma humano, la experimentación genética y el papel que las nuevas tecnologías de la información juegan en el derecho.

Las principales corrientes o concepciones de la filosofía del derecho son presentadas en la unidad 2, además del iusnaturalismo, el formalismo jurídico, las escuelas marxistas, la teoría de los sistemas, la teoría de la acción comunicativa, las visiones analíticas y semiológicas, así como el estructuralismo y las teorías de la argumentación. En pocas páginas se realiza una síntesis de las escuelas mencionadas y se exponen al lector los puntos sobresalientes de cada una junto con la bibliografía que en un futuro podría servirle de apoyo.

El tema de las definiciones del derecho ocupa una parte del libro; así se explican los enfoques tridimensionales que se basan en el lenguaje o los que rescatan las facetas argumentativas en el derecho. El propósito de la autora es obvio: proporcionar al lector un panorama de la gran complejidad que representa el derecho para quien intenta comprender su objeto desde diversos ángulos de análisis.

De manera tradicional pero pormenorizada se enumeran los conceptos jurídicos fundamentales: norma, validez, eficacia, coacción y persona jurídica. Estos conceptos se distinguen de los que estructuran a la norma jurídica, como el supuesto jurídico, el hecho jurídico, las consecuencias de derecho, la relación jurídica, el objeto jurídico y la disposición jurídica.

En un tiempo de crisis axiológica, la estimativa jurídica tiene un papel central en la obra. Entender el derecho desde el ser humano y como instrumento de su realización es también tarea de la filosofía del derecho. La autora lo hace y reflexiona acerca de los valores inherentes a lo jurídico: la equidad, la igualdad y la libertad; asimismo, los derechos humanos como fundamento y objeto del derecho son parte clave de este estudio. En el presente libro se genera un análisis del siempre debatido tema de las relaciones entre derecho y moral, que muestra con claridad las fronteras porosas del derecho.

Resulta interesante ver cómo se aborda el papel que tiene la jurisprudencia técnica en los actos jurídicos. Se empieza por debatir el carácter científico del derecho, los elementos de la jurisprudencia técnica y sus principales problemas, la función de la dogmática jurídica y la evolución del Estado de derecho hasta llegar al Estado constitucional.

En la última unidad se expone la visión del derecho desde la posmodernidad. Autores como **Lyotard**, **Vattimo** o **Habermas** son estudiados sin descuidar el fondo filosófico de las tendencias contemporáneas en la obra de **Nietzsche**. La autora muestra un importante optimismo filosófico frente al pesimismo de la posmodernidad y sus elementos disolventes.

El libro en su conjunto responde con creces a su propósito pedagógico, que es abarcar los temas del programa de filosofía del derecho en la licenciatura. Me parece que, además, da al lector las bases de una formación filosófico-jurídica que puede desarrollar a partir de la bibliografía recomendada.

Cabe decir que pocos manuales existen para el estudio de la filosofía del derecho como éste. Su mérito reside en la actualidad con que son tratados muchos de los aspectos más problemáticos de la filosofía jurídica. Los análisis aquí presentados constituyen una muestra de cómo está cambiando la cultura jurídica del país; se está dejando atrás, para bien, el formalismo jurídico que concebía al derecho como un conjunto de normas y poco a poco se están colocando como contenidos de la filosofía del derecho los principios, su carácter argumentativo y el necesario diálogo que la ciencia jurídica debe tener con las nuevas fronteras del conocimiento y la reflexión humana.

Hacer filosofía del derecho es tanto reconsiderar la conducta humana desde sus fines y sus fundamentos como proponer sistemas jurídicos que sirvan y se entiendan desde la conflictiva y compleja naturaleza humana. Parte de esa reflexión no puede ni debe dejar a un lado el análisis de los derechos humanos dentro de un Estado constitucional y democrático de derecho. La legalidad debe siempre estudiarse desde la Constitución y de los fines últimos de lo jurídico, cuyo contenido estará sujeto al debate que la sociedad de los intérpretes jurídicos y políticos realicen en el marco de condiciones procedimentales abiertas, transparentes y sin exclusiones.

Me alegro que en el contexto mexicano los estudiantes de derecho puedan contar con este tipo de obras. Eso significa que seguramente serán mejores juristas, más comprometidos con su sociedad y con su tiempo de lo que hasta el momento hemos sido nosotros, tan pasivos y poco críticos con el contexto que heredamos de nuestros padres.

JAIME CÁRDENAS GRACIA

Introducción

La filosofía, antes que un saber universal, es una forma de vida. En el aspecto informal o lírico, toda persona que desarrolla su intelecto y espiritualidad posee en mayor o menor grado una capacidad de abstracción que de manera intuitiva le permite entender qué es y cuánto valen las cosas y situaciones que le rodean.

En el aspecto académico, la filosofía adquiere especial relevancia al ser el saber al cual debe aspirar cualquier disciplina sin importar el área de conocimiento a que se aboque; así, el derecho, como uno de los aspectos de estudio de este conocimiento universal, debe elevarse en niveles de lenguaje que le permita construir categorías y conceptos cada vez más elaborados y coincidentes con los diversos matices que configuran los sistemas jurídicos contemporáneos.

Los planes y programas de estudio de la Facultad y la División de Estudios de Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y de las universidades incorporadas reconocen la necesidad de implementar la filosofía del derecho como un pilar en la formación de los estudiantes de licenciatura y posgrado. La filosofía del derecho favorece

integrar de manera sistemática todo el conocimiento jurídico, da a éste un cauce que sobresale del perfil regional y facilita la superación de los conocimientos dados en aras de la interpretación original y de la creación de nuevos conocimientos.

Ante la avasalladora gama de medios de comunicación cada vez más simplificados, el estudiante se manifiesta como un "analfabeto intelectual" al perder la capacidad de abstracción de la letra escrita y cambiarla por la imagen dada; así, la lectura se está convirtiendo en una tediosa labor que genera más de un dolor de cabeza. Quizá lo que motiva la reticencia del alumno(a) a estudiar este tipo de materias es la forma como se le presenta el empaque: con la sola mención de la palabra *filosofía*, el alumno se ve inmerso, leyendo cientos de páginas para entender una palabra como *epistemología* y aprendiendo de memoria una serie de conceptos que consideran ociosos o inoperantes.

La filosofía del derecho tiene plena vigencia, lo que hace falta es presentarla de esa manera como la "forma de vida del derecho", con una clara y definida presencia en el ejercicio de la profesión. Tal es su grado de importancia, de modo que, en su ausencia, el panorama resulta desolador.

Dicha disciplina reúne los aspectos más relevantes de las asignaturas: introducción al estudio del derecho, teoría del derecho, metodología y ética jurídica. De esta forma, en el curso se retoman las bases de las citadas materias, pero al mismo tiempo se les eleva a un nivel de universalidad y de entendimiento abstracto que debe ser reenviado a la práctica de donde toman su punto de partida.

El presente material toma la forma de libro de texto, ergo, veremos de manera sencilla y didáctica los temas que integran el nuevo y anterior plan de estudios de la Facultad de Derecho y analizaremos de modo integral ambas temáticas, rescatando temas del anterior e insertando los nuevos contenidos, lo cual permitirá a los alumnos(as) de ambos planes encontrar el desarrollo de sus respectivos contenidos.

La dinámica de presentación consiste en la redacción tradicional, la presentación de recuadros que destacan aspectos importantes y la inserción de tablas, cuadros sinópticos y esquemas que facilitarán al lector(a) representar gráficamente lo que en algún momento resulte demasiado abstracto. La forma de abordar los temas se simplifica, sin restarles profundidad, en aras de ser un paseo introductorio en el que al final del camino se encontrarán las fuentes de consulta que permitirán a futuro profundizar en todos los temas.

Partiendo de la hipótesis de que la filosofía es una forma de vida, el modo de abordar el derecho consistirá en presentarlo como un arte y producto vital inherente a la concepción del ser humano. Con ayuda de los métodos analítico, sintético, comparativo, histórico, etc, revisaremos los principales temas de este campo del conocimiento.

El cuerpo del trabajo lo integran siete unidades: la uno consta del marco introductorio, la dos se refiere a las principales corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho (incluidas las teorías de la argumentación), en la tres veremos la posible definición de derecho, en la cuatro revisaremos los conceptos jurídicos fundamentales, la cinco contendrá lo que se ha dado en denominar estimativa jurídica (axiología, ética y teleología), en la seis revisaremos jurisprudencia técnica (sistemática y técnica jurídica) y por último estudiaremos las nuevas corrientes filosóficas referentes a la posmodernidad; además, haremos un ejercicio de su aplicación al derecho.

Cabe destacar que como parte de las modificaciones al plan de estudio de la Facultad de Derecho se incluyen temas como la informática jurídica e Internet, los avances científicos en materia de clonación y genoma humano y en el aspecto político-económico la globalización, aspectos todos ellos de especial relevancia sobre todo en los contenidos y alcances éticos y axiológicos que ineludiblemente afectan el campo jurídico.

De esta manera, se invita al lector(a) a darse la oportunidad de reparar y explorar con otra óptica los contenidos que maneja, dando al campo filosófico la oportunidad de seducirlo y enriquecerlo como profesionalista y, mejor aún, como persona.

Agradezco la oportunidad que nos brinda Iure Editores, la cual da cabida a las nuevas generaciones de estudiosos del derecho, en especial a Antonio Figueredo Hurtado y Juan José Zamorano Román, quienes me ofrecieron su confianza.

LA AUTORA

Filosofía del derecho

Objetivo general del curso: Al concluir el curso, el alumno(a):

Mediante el conocimiento de la filosofía del derecho, será capaz de analizar los problemas fundamentales del derecho, a través de las diversas corrientes de pensamiento, así como de encontrar en los casos prácticos las posibles soluciones, con una reflexión crítica que diferencie la coincidencia o no de las legales y las justas que se puedan dar a cada uno de ellos, y se formará un criterio de jurista ante la posmodernidad.

UNIDAD 1

Ubicación de la filosofía del derecho en la filosofía, así como establecimiento de sus relaciones con la ciencia jurídica

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno(a):* Distinguirá entre el conocimiento filosófico y el conocimiento científico, además de la conducta regulada por el derecho de aquella que no lo está; asimismo, precisará los alcances y límites de la filosofía del derecho, su relación con la teoría del Estado y la ciencia política; los nuevos temas y sus problemas contemporáneos.

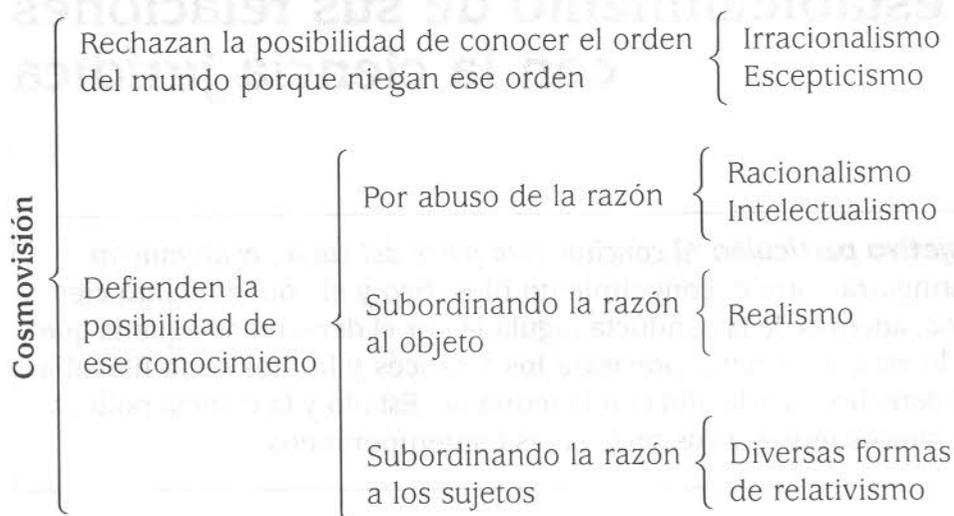
1.1 Consideraciones previas

Antes de examinar los diversos conceptos de filosofía y ciencia en general, para posteriormente analizar las definiciones de filosofía del derecho y ciencia jurídica, es menester iniciar con una reflexión: todo lo que se estudie de aquí hasta el final de la obra son las diversas visiones de los autores que se citarán en su oportunidad. Partimos del supuesto de que

no hay verdades absolutas ni conocimientos infalibles, sino que las diversas teorías son puntos de vista que logran un mayor o menor consenso según se adecuen a las bases establecidas por las comunidades de científicos o filósofos y, en el peor de los casos, de quienes detentan el poder económico o político.

Al encontrar las definiciones, no debe extrañar que algunas sean contradictorias respecto a otras, ya que, lejos de favorecer la incertidumbre, conocer las divergencias nos permitirá la reflexión y la libertad de adherirnos o criticarlas conforme a nuestra visión particular.

Veamos la exposición que hace **Miguel Villoro Toranzo** en lo referente a las cosmovisiones del mundo:¹ para este autor, la cosmovisión es una actitud psicológica conceptualizada en forma poética, religiosa o filosófica. Los sentimientos como la pasión, la antipatía y simpatía, la cosmovisión los organiza y los presenta en un sistema lo más coherente posible. Lo anterior lo esquematiza **Villoro** con dos visiones del mundo, de la forma siguiente:



Con lo descrito, las cosmovisiones pueden dividirse entre las que niegan la posibilidad de conocer y las que defienden esa posibilidad. Con las reservas de la validez de la primera postura, supongamos que el conocimiento es posible de alguna manera² y bajo este supuesto debemos pre-

¹ Véase **Miguel Villoro Toranzo**, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el Derecho*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, págs 5, 9, 235 y 236.

² Aseverar que el conocimiento no es posible es un conocimiento en sí mismo.

guntarnos: ¿cómo logramos aprehender³ ese conocimiento?, ¿qué pasos nos conducen a la certeza que encierra el conocimiento? Siguiendo con la exposición de **Villoro Toranzo**, este autor plantea lo siguiente:

Los *grados de certeza psicológicos son estados de ánimo* con los que nos adherimos a una afirmación. En ellos no se mide el fundamento científico de la afirmación, sino nuestra menor o mayor *credibilidad*. Así, podemos distinguir los siguientes grados de credibilidad o de adhesión psicológica a una afirmación:

- a) *Ignorancia*, que es el estado de ánimo en el cual reconocemos carecer de conocimientos respecto de la afirmación.
- b) *Duda*: aunque algo conozcamos acerca de la afirmación, preferimos suspender nuestro juicio sobre la verdad o falsedad de la afirmación; nuestra voluntad no interviene a favor ni en contra de lo afirmado, sino que permanece indecisa.
- c) En la *sospecha* se inclina la voluntad a favor de una de las contradictorias pero sin otorgarle el asentimiento.
- d) En la *opinión* hay un asentimiento de la voluntad, pero acompañado del temor a equivocarnos, porque vislumbramos que la contradictoria podría ser verdadera.
- e) En el estado de *certeza* damos un asentimiento firme y definitivo a un término de una contradicción, sin temor a que la opuesta pueda ser verdadera.

Esquematisando estos grados de certeza, vemos que ocurren escalonadamente, y de cierta forma se puede medir qué tan cerca estamos del asentimiento sin temor sobre algo:



³ Aquí la palabra *aprehender* se utiliza como captar, aprisionar, aferrarse a una parte del mundo, lograr la abstracción del objeto como forma de conocimiento.

Así, el grado de credibilidad no sólo depende del fundamento científico o de los argumentos que respaldan una afirmación, sino también está influido por diversos factores no científicos, como el medio ambiente, los deseos, las simpatías, las antipatías tanto conscientes como inconscientes, los prejuicios de nuestra formación cultural, y las ideas y actitudes propias de nuestra posición filosófica y religiosa. Es el modo como nos presentamos en nuestro entorno y la forma de ser que caracteriza a cada individuo y que determinará la situación del sujeto cognoscente (conocedor).

Recorrer los grados de certeza psicológica es la invitación que se hace a los lectores de la presente obra, ir aprehendiendo esta micro representación de la realidad que aquí se plasma para pasar de la ignorancia de los temas aquí tratados hasta la certeza de la visión de éstos. Sin embargo, al ser el estudio del derecho una formación profesional, no podemos permitirnos arbitrariedades ni incongruencias en el manejo de la información, por lo cual al analizar temas más específicos de la filosofía del derecho lo haremos con una visión científica, pese a la controversia siempre vigente de lo científico o no del derecho, que exige cierta rigurosidad en el tratamiento del contenido de los temas.

El *conocimiento científico parte del conocimiento vulgar y se esfuerza por depurarlo*, eliminando las falsas explicaciones y acercándose metódica y sistemáticamente a las causas reales y objetivas con el fin de tener mayor seriedad en lo aseverado y rigurosidad en los *métodos* con los que se pretende alcanzar los conocimientos *para elaborar un lenguaje adecuado a la ciencia* estudiada. Lo anterior se hace en fases progresivas que la mayoría de las veces se presentan de manera espontánea:

- a) *Ignorancia*, que aquí ya no es un estado de ánimo sino la simple comprobación de que no existe ninguna explicación del fenómeno estudiado.
- b) La *hipótesis* aventura una explicación pero sin la pretensión de ser verdadera: es una suposición que se hace con el fin de seguir investigando.
- c) La *teoría* es una hipótesis que la investigación ha demostrado que posee coherencia.
- d) Si la teoría pasa la prueba del enfrentamiento con la realidad, podremos hablar de *doctrina*, que es una afirmación que por su general aceptación se enseña en las escuelas. La doctrina se reserva para aquellas afirmaciones defendidas por una corriente de pensamiento.
- e) La *verdad* o afirmación científica es aquella afirmación que no sólo ha resistido las pruebas de la lógica y del enfrentamiento con la

realidad, sino que también ha sido demostrada como la única y firme explicación posible de un fenómeno.

Al aplicar los grados de certeza al conocimiento científico, tenemos el esquema siguiente:



Con lo antes expuesto podemos iniciar el recorrido por el vasto campo de la filosofía del derecho, a partir de la visión general de la filosofía y de la ciencia para llegar al ámbito jurídico. No olvidemos que es un recorrido por tren, valga la metáfora: si en el camino nos gusta algún paisaje, se recomienda volver a recorrerlo y caminar en compañía de algún autor (cuyos datos aparecen en la bibliografía) que lo haya recorrido y que podrá mostrar a profundidad los matices del camino.⁴

1.2 Explicación de las nociones: filosofía, ciencia, filosofía del derecho y ciencia jurídica

Wilhelm Sauer señala que la actividad filosófica general gravita irresistiblemente hacia concepciones totalitarias. La filosofía aspira a lograr universalidad, a diferencia de las ciencias especiales, que se aplican principalmente a lo particular. Finalmente, dicha disciplina aspira a lograr unidad sistemática y ausencia de toda contradicción interna, mientras que las ciencias particulares se conforman con conocimientos parciales, sin examinar si éstos coinciden con el todo. La finalidad de la filosofía es llegar a una concepción homogénea e incontradictoria del mundo y de la vida.⁵

⁴ En palabras de **Lyotard**, en *La posmodernidad (explicada a los niños)*, la lectura es filosófica sólo si resulta autodidacta. Es un ejercicio de escucha que exige paciencia, de modo que se debe llegar de una comprensión escolar (*Schulbegriff*) de la filosofía a una comprensión del mundo (*Weltbegriff*).

⁵ **Wilhelm Sauer**, *Filosofía jurídica y social*, trad **Luis Legaz Lacambra**, Labor, Madrid, 1933, pág 1.

Con este antecedente veremos primero las concepciones de la filosofía y la ciencia en general, así como haremos un cuadro de sus distinciones y posteriormente examinaremos el sector jurídico y la filosofía del derecho y la ciencia jurídica.

1.2.1 Concepto de filosofía

Debemos comenzar con la definición de filosofía que ofrece el *Diccionario de la lengua española*, no necesariamente de manera exhaustiva, cuya característica es la inserción de varias connotaciones, empezando con la gramatical y luego la filosófica:⁶

Filosofía:

Del gr. *φιλοσοφία*, a través del lat. *philosophía*.

1. f. *Ciencia que trata de la esencia*, las propiedades, las causas y los efectos de las cosas naturales.
2. [f.] *Conjunto de doctrinas* que con este nombre se aprende en los institutos, colegios y seminarios.

Como se observa, la Real Academia Española define a la filosofía como ciencia, lo cual es una imprecisión como se verá en el cuadro de distinción de ambos conceptos que se incluye en el apartado 1.1.3. Un principio general establece: "Quien puede lo más puede lo menos, pero quien puede lo menos no puede lo más". Si la filosofía es el saber universal, de las esencias, puede tener en su campo lo concreto, pero la ciencia, que es un saber particular, no puede lo más porque ése es campo de la filosofía.

Respecto a la segunda connotación, la filosofía es el conjunto de doctrinas que la han constituido, reformado y mutado con el transcurso del tiempo. Veamos, conforme a los filósofos más destacados, las definiciones de filosofía que han aportado:⁷

- La filosofía es un afán de saber libre y desinteresado: **Pitágoras**.
- La filosofía es preguntar por los principios ordenadores del cosmos: Presocráticos.
- La filosofía es la más alta ascensión de la personalidad y la sociedad humana por medio de la sabiduría: **Platón**.

⁶ *Diccionario de la lengua española*, edición en CD-ROM, 21a ed, Espasa-Calpe, Madrid, 2000.

⁷ **Leopoldo Zea**, *Introducción a la filosofía. La conciencia del hombre en la filosofía*, 9a ed, UNAM, México, 1983, pág 12.

- La filosofía es una ciencia universal, difícil, rigurosa, didáctica, preferible, principal y divina: **Aristóteles**.
- La filosofía es maestra de la vida, inventora de leyes y guía de la virtud: **Cicerón**.
- La filosofía es la teoría y el arte de la conducta recta: **Séneca**.
- La filosofía es un afán de Dios: **san Agustín**.
- La filosofía es la sierva de la teología: **santo Tomás**.
- La filosofía es el estudio de la sabiduría, tanto para conducir la vida como para la conservación de la salud y la invención de todas las artes: **Descartes**.
- La filosofía es una ciencia crítica que se pregunta por el alcance del conocimiento humano: **Kant**.

Al hacer la búsqueda de la filosofía en el *Diccionario filosófico* de **Ferrater Mora** encontramos lo siguiente:

La significación etimológica de filosofía es amor a la sabiduría, conocimiento a la vez teórico y práctico, propio del llamado sabio. Las definiciones de filosofía son variadas. Común a ellas sólo parece ser el hecho de que la filosofía es, en los diversos sistemas filosóficos, el primero de sus problemas. Así, cada sistema filosófico puede valer como una respuesta a la pregunta acerca de lo que es la filosofía y también acerca de lo que la actividad filosófica representa para la vida humana.⁸

Tal situación es evidente en las definiciones aportadas por los principales filósofos.

Para **Jean-Francois Lyotard**, uno de los mayores representantes de la corriente filosófica de la posmodernidad, la filosofía en el mundo está encargada de relacionar los conocimientos, con finalidades esenciales de la razón humana.⁹

Ya revisamos la definición del *Diccionario de la lengua española*, del *Diccionario filosófico* y de algunos célebres filósofos; ahora entremos a las definiciones aportadas por destacados juristas, que al abordar los temas propios de la filosofía del derecho tienen que precisar en primer lugar la definición de la filosofía en general:

⁸ **José Ferrater Mora**, *Diccionario de filosofía*, t II, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por **Joseph-Maria Terricabras** y supervisión de **Priscilla Cohn Ferrater Mora**. Ariel, Barcelona, 2001, págs 1271 y 1272.

⁹ **Jean-Francois Lyotard**, *La posmodernidad (explicada a los niños)*, trad **Agustín Izquierdo**, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pág 119.

Coincidiendo con varias de las definiciones de los filósofos clásicos¹⁰ citadas, **Alberto F. Senior** entiende por filosofía el afán de saber total; un intento de interpretación del mundo, pero, visto en su totalidad, la filosofía es una explicación global de la existencia. En la filosofía se trata de lograr una comprensión íntegra de la existencia.¹¹

Para **Preciado Hernández**:

Las múltiples definiciones de la filosofía parecen coincidir en considerarla una ciencia suprema que conoce, con la luz natural de la razón, la universalidad de las cosas por sus primeros principios, por las razones más elevadas, y realiza así una unificación total del conocimiento. Esto significa que sobre cada objeto o sector de la realidad es posible filosofar, es decir, elevarse a la consideración de los primeros principios o de las verdades más generales relacionadas con tal objeto.¹²

Efectivamente, de todo objeto o visión se puede abstraer el pensamiento a un nivel donde se busquen las causas últimas y las primeras, la esencia y el valor de las concepciones; así, filosofar no es una actividad reservada para los profesionales o los ermitaños, sino simplemente *una forma de vida, vivir es filosofar*. El temor a pensar muchas veces nos evade de la responsabilidad de asumir un grado en la certeza psicológica; por ello, no nos damos cuenta de lo fácil que es entrar al campo filosófico, pues simplemente tenemos que darnos cuenta de que ya estamos dentro y asumir responsablemente nuestra forma de pensar y actuar en consecuencia.

Para **Savigny**, todo sistema conduce a la filosofía. La exposición de un sistema puramente histórico conduce a una unidad o un ideal, en el que se funda, esto es filosofía. Vemos así una diversidad de vertientes cuya característica común, en la mayoría de los casos, es la definición de la filosofía como el conocimiento universal, elevado, general, exhaustivo, completo, etcétera.

1.2.2 Concepto de ciencia

Siguiendo la misma mecánica que en el estudio anterior, primero veremos la definición de ciencia en el *Diccionario de la lengua española*, posteriormente la de algunos filósofos y finalmente las definiciones aportadas por juristas:

¹⁰ Entiéndase clásico como todo aquello digno de imitarse.

¹¹ **Alberto F. Senior**, *Filosofía del derecho*, edición particular, México, 1999, págs 1 y 2.

¹² **Rafael Preciado Hernández**, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a ed, UNAM, México, 1997, págs 9 y 10.

Ciencia:

Del lat. *scientia*.

1. f. *Conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas.*
2. [f.] *Cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano.*

Continuando la misma técnica que en la definición de filosofía, el *Diccionario de la lengua española* primero define a la ciencia como el conocimiento de las cosas por sus principios y causas, lo cual implica un conocimiento parcelario; la segunda definición la presenta como la doctrina que se forma metódicamente de ese conocimiento.¹³

Conforme a **Abbagnano**,¹⁴ en su *Diccionario de filosofía* tenemos que: “La ciencia es un conocimiento que incluye, en cualquier modo o medida, una garantía de la propia validez”. Damos aquí la limitación expresada con las palabras en cualquier modo o medida a fin de hacer aplicable la definición a la ciencia moderna, que no tiene pretensiones de ser absoluta.

Las diferentes concepciones de la ciencia se pueden distinguir conforme a la garantía de validez que se le reconozca, la cual puede consistir en:

1. La demostración.
2. La descripción.
3. La corregibilidad.

La definición más conocida de ciencia la ofrece **Mario Bunge** al decir que es:

- El conocimiento racional
- Sistemático
- Exacto
- Verificable y, por consiguiente,
- Falible.

Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta.¹⁵ Los elementos estructurales de la ciencia son: objeto, método y teoría.

¹³ Para **Lyotard**, la ciencia será un medio de revelar la razón, y ésta seguirá siendo la razón de ser de la ciencia.

¹⁴ **Nicola Abbagnano**, *Diccionario de filosofía*, trad **Alfredo N. Galletti**, FCE, México, 2000, pág 163.

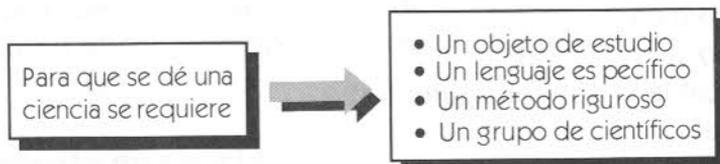
¹⁵ **Mario Bunge**, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1984, pág 9.

Conforme a las visiones de los juristas tenemos la de **Francesco Carnelutti**, quien en su obra *Metodología del derecho* establece: “Cuando la ciencia ha colocado los fenómenos en su lugar, revela el orden de la naturaleza; no de otro modo ocurre cuando se descubren las leyes. Construidos los conceptos y, por ello, ordenados los fenómenos, se advierten las relaciones entre ellos. La estabilidad de las relaciones, forma la regla. Y cuando han descubierto la regla, los hombres se saben regular a sí mismos”.¹⁶ Así, el ser humano “construye” su seguridad al asignarle un nombre a las cosas (como decía **Nietzsche**), se cree su amo y cree que él las construyó al designarlas; de este modo, los conceptos, clasificaciones y juicios (enunciados) van configurando un conocimiento cada vez más elaborado del mundo, de tal forma que el “orden” calma los temores de la incertidumbre.

Para **Rolando Tamayo y Salmorán**, la expresión ciencia indica normalmente cualquiera de las situaciones siguientes o todas ellas:¹⁷

- a) Que existen ciertos hombres, comúnmente denominados *científicos*, que estudian, investigan, experimentan, analizan o describen algo.
- b) Que hay un conjunto de principios (axiomas, definiciones y postulados) y enunciados, resultado de la labor de los científicos, cuyos enunciados versan sobre algo.
- c) Que el conjunto de enunciados mencionados en el inciso b) sea resultado de la actividad mencionada en el inciso a).

Si nos preguntaran ¿cómo se construye una ciencia?, la respuesta la representaríamos así:



El conocimiento científico es conocimiento probado. Las teorías científicas se derivan, de algún modo riguroso, de los hechos de la experiencia adquiridos mediante la observación y la experimentación. La ciencia se basa en lo que podemos ver, oír, tocar, etc. Las opiniones y preferen-

¹⁶ **Francesco Carnelutti**, *Metodología del derecho*, trad **Ángel Osorio**, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1940, pág 91.

¹⁷ **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica), 2a ed, Editorial Themis, México, 2001, págs 231 y 235.

cias personales y las imaginaciones especulativas no tienen cabida en la ciencia, que es objetiva. El conocimiento científico es conocimiento fiable porque es conocimiento objetivamente probado.¹⁸

Se establece así la forma como al aprehender un objeto debemos utilizar un lenguaje especial y acercarnos a él con un método riguroso que apliquemos como científicos. Esto se ve más claro, por ejemplo, con ciencias como la informática y todo lo relacionado con la computación; el objeto de estudio es particular para esa ciencia. Tales ciencias surgieron gracias a los avances tecnológicos y el lenguaje utilizado en su mayoría son connotaciones en inglés, ya que en Estados Unidos se ha desarrollado más por los grupos de científicos que han sabido aprehender ese objeto por medio de un método científico riguroso que les da resultados verificables.

1.2.3 Distinción entre filosofía y ciencia

Conforme a lo expuesto por **Eduardo García Máynez** en su libro *Introducción al estudio del derecho*, elaboramos un cuadro que detalla las principales diferencias entre el conocimiento filosófico y el científico:¹⁹

<i>Filosofía</i>	<i>Ciencia</i>
Pretende dar una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana	Son ensayos de explicación parcial de lo existente
Busca la verdad completa, el conocimiento último y definitivo y la síntesis de todas las verdades	Busca verdades aisladas en relación con aspectos especiales de lo real
Es explicativa y normativa. La filosofía se pregunta por lo que es y por lo que debe ser	Es explicativa. Investigan exclusivamente lo que es
Los conocimientos filosóficos se formulan enunciativamente y otras veces en forma imperativa	Los conocimientos científicos se enuncian en indicativo
Estudia la esencia irreductible de las cosas	Estudia únicamente fenómenos y relaciones

¹⁸ Alan F. Chalmers, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad Eulalia Pérez Sedeño y Pilar López Máynez, Siglo XXI, México, 1999, pág 11.

¹⁹ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 115 y 117.

Para concluir la explicación de los conceptos de filosofía y ciencia, cuyo interés central son las ciencias humanas y sociales en las que se sitúa la ciencia jurídica, existen tres grandes bloques en la forma de explicarlas y comprenderlas, con sus respectivos representantes:²⁰

- a) *Postura empírico-analítica*, desarrollada por **Auguste Comte**, **Emile Durkheim**, **Karl R. Popper**, **Jean Piaget** y **T.S. Khun**, entre otros.
- b) *Postura fenomenológica, hermenéutica y lingüística*, que cuenta entre sus seguidores a **Max Weber**, **Alfred Schütz**, **H.G. Gadamer**, **Peter Winch**, **G. Henrik von Wright** y **Wittgenstein**, entre otros.
- c) *Postura dialéctica o crítico hermenéutica*, cuyos principales exponentes son **Theodore W. Adorno**, **Jürgen Habermas**, **K.O. Apel**, **Lucien Golmann**, etcétera.

A lo largo de la historia se ha tenido una polémica constante que se puede resumir en seis momentos:

- El método científico conforme a la base aristotélica y galileana.
- La ciencia como explicación teleológica (**Aristóteles**).
- La ciencia como explicación causal (**Galileo**).
- El positivismo decimonónico frente a la hermenéutica.
- El racionalismo crítico frente a la teoría crítica.
- La intención frente a la explicación o los diversos juegos del lenguaje frente al modelo nomológico-deductivo.

Si la filosofía está en crisis, al igual la ciencia se encuentra en una "crisis de principios", relativa propiamente a la universalidad de éstos. La crisis se debe fundamentalmente a la carencia de un acuerdo tanto sobre el concepto universal de ciencia como sobre la universalidad de sus principios.²¹

Fruto de la posmodernidad es la falta de confianza y certeza en los principios que habían cimentado la visión del mundo de la especie humana. Fruto de esa falta de creatividad filosófica, la ciencia también paga su cuota por la falta de creación y excesiva tecnología pragmática y consu-

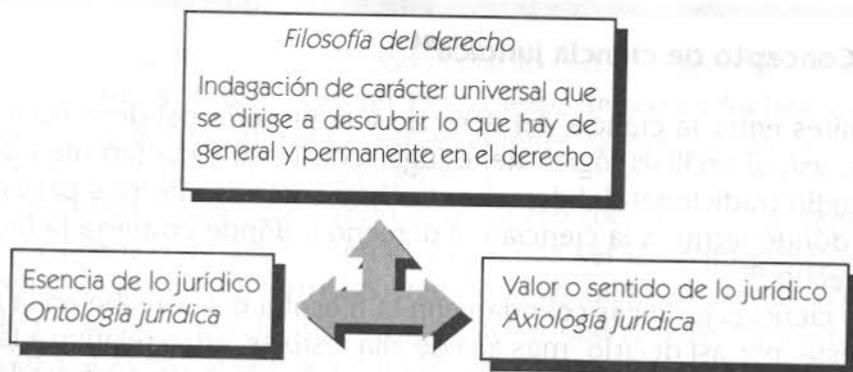
²⁰ Para profundizar en el tema véase **J.M. Mardones** y **N. Ursúa**, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Ediciones Coyoacán, México, 2000.

²¹ **Imer B. Flores**, "El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho", en *La ciencia del derecho durante el siglo xx*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, pág 1002.

mista, de la cual no se ha teorizado en cuanto al *ontos* (ser) y el *axios* (valor) de ellas, lo que lleva a una explosión tecnológica carente de todo significado "humanista".

1.2.4 Concepto de filosofía del derecho

Llegamos a la definición de filosofía del derecho; como se infiere del nombre, es el estudio filosófico del campo de conocimiento jurídico. Conforme lo expone **Senior**: "La filosofía del derecho es simplemente un referir, un trasladar la reflexión filosófica con sus propias características de universalidad y totalidad, de pretender explicar la esencia de las cosas y lo que valen las mismas, a la zona de los fenómenos jurídicos; en otras palabras, la filosofía del derecho es sólo un campo, una parte donde la reflexión filosófica se aplica con sus propias características".



La finalidad de la filosofía del derecho es llegar a una concepción homogénea, in contradictoria y completa del derecho. Tal disciplina ha tenido tres enfoques tradicionales: analítico, ético e histórico-sociológico.

Para **Del Vecchio**, "la filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón".²²

Para **Héctor González Uribe**:²³ "La filosofía del derecho es la disciplina que resulta de aplicar el saber filosófico al estudio del derecho. Es una

²² Citado por **Rafael Preciado Hernández**, ob cit, pág 20.

²³ Véase **Héctor González Uribe**, *Manual de filosofía social y ciencias sociales*, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pág 22.

de las disciplinas más antiguas en la historia de la filosofía y se remonta casi a los albores mismos de la especulación filosófica de la humanidad... Podríamos decir, sin exageración, que no hay filósofo importante que no haya tratado los temas de la ley, el derecho y la justicia”.

Los filósofos del derecho parten de los datos que les proporcionan los legisladores, jueces, litigantes y los estudiosos de la ciencia del derecho, pero no se detienen en la mera normatividad positiva, sino que penetran hasta las motivaciones internas de los juristas, sus fines y valores; además, tratan de hacer un juicio crítico acerca de la validez y legitimidad de las leyes, las sentencias, las ordenaciones y otros negocios jurídicos.

Coincidentes en que la filosofía del derecho es una parte de la filosofía general que se ocupa del fenómeno jurídico, busca qué es el derecho (ontología jurídica), cuánto vale el derecho (axiología jurídica), y qué fines tiene el derecho (teleología jurídica) con una reflexión profunda y en un nivel más elevado que el científico y el teórico.

1.2.5 Concepto de ciencia jurídica²⁴

Los límites entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho no son rígidos; así, el análisis lógico tiene lugar con frecuencia también dentro del estudio tradicional del derecho. No hay criterios internos para determinar dónde termina la ciencia del derecho y dónde empieza la filosofía del derecho.²⁵

Las ciencias jurídicas colindan con la filosofía del derecho en la razón a que está, por así decirlo, más acá de ella (esto es, en lo relativo a la aclaración de sus supuestos). Hay temas que sólo pueden ser contestados por la filosofía jurídica.²⁶

Senior afirma que al hacer la revisión de la ciencia del derecho, tenemos que estudiar en sus aspectos particulares los derechos vigentes, es decir, los derechos en un lugar y época determinados, así como los órdenes jurídicos positivos. Así, la ciencia jurídica buscará el estudio del conocimiento particular de manera descriptiva, cuyo objeto es la norma vigente y positiva.

²⁴ En la sección 1.7 haremos la reflexión en torno al derecho como ciencia, controversia que ha persistido con el transcurso del tiempo con sólidos argumentos tanto a favor como en contra de dicho elemento.

²⁵ **Alf Ross**, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a ed, Ediciones Universitarias de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, pág 50.

²⁶ **Luis Recaséns Siches**, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 13.

Situando la investigación en el campo del derecho, debemos tomar en cuenta lo que expone **Leoncio Lara Sáenz**²⁷ en cuanto a los tipos de objeto en el derecho y en su ciencia:

<i>Objeto del derecho</i>	<i>Objeto de la ciencia del derecho</i>
La norma	La descripción de las normas jurídicas
La conducta individual y exterior que regula la norma	El carácter verdadero o falso de los enunciados jurídicos
El contenido de carácter social, económico o político de las conductas reguladas por la norma	El accionamiento del agente que puede describir, enunciar y enjuiciar lo jurídico
El valor que tiende a alcanzar la norma jurídica	El enunciado jurídico como juicio hipotético que constituye una verdad relativamente generalizada

El contenido del cuadro citado lo aclaran con sus diversas visiones autores como **Hans Kelsen**, **Leonel Pereznieto**, **Recaséns Siches** y **Rolando Tamayo y Salmorán**, entre otros, quienes se ocupan de describir el posible objeto y fin de la ciencia jurídica.

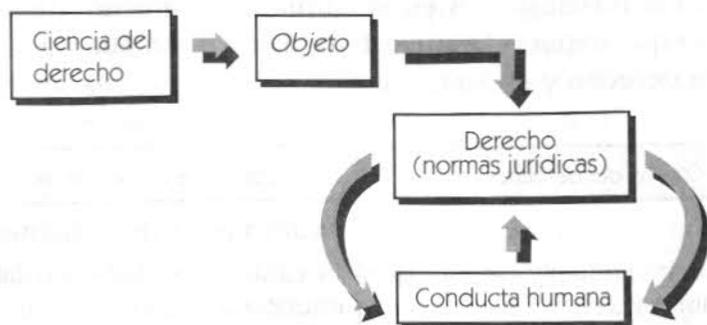
Para **Kelsen**, como el derecho es un orden coercitivo en el sentido de que está provisto de actos coercitivos, puede ser descrito por la ciencia del derecho mediante fórmulas que señalen que, en ciertas condiciones determinadas por la ley, algunos actos coercitivos, también determinados por la ley, deben tener lugar. Las fórmulas por las que la ciencia del derecho describe el derecho son juicios hipotéticos (enunciados de deber ser).²⁸

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho se encuentra incluida la afirmación de que tal objeto lo constituyen las normas jurídicas y la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en dichas normas como condición o efecto, en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.²⁹

²⁷ Citado por **Sandra Luz Hernández Estévez**, y **Rosalío López Durán**, *Técnicas de investigación jurídica*, 2a ed, Oxford University Press, México, 2000, pág 36.

²⁸ **Hans Kelsen**, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002, pág 31.

²⁹ **Hans Kelsen**, *Teoría pura del derecho*, 12a ed, trad **Roberto J. Vernengo**, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 83.



Pereznieto coincide con lo expresado por **Kelsen** y sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el comportamiento humano imputativamente vinculado y no el comportamiento simple o natural de la persona en tanto realidad psicobiológica. La ciencia jurídica estudia el comportamiento humano en la medida en que está contenido en normas jurídicas.³⁰

La ciencia jurídica estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que puede ser considerado en estado de reposo, como un sistema establecido, o en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado.³¹

Para **Kelsen**, lo estático se refiere a todo el aspecto coercitivo de la norma, que para él es sinónimo de derecho; así, hace la distinción entre sanción, obligación, deber, responsabilidad y derecho subjetivo. En cuanto a la parte dinámica, se refiere al proceso de creación y aplicación del derecho con base en una norma fundante esencial.

Sólo la autoridad competente puede preceptuar u ordenar, de modo que la ciencia del derecho sólo puede describir lo que aquélla establezca. La diferencia fundamental entre la función de la autoridad legal y la función de la ciencia jurídica es la diferencia que existe entre un código penal y un tratado científico de derecho penal y la que se expresa en esta diferenciación terminológica. Así, en la ciencia jurídica sólo se describe lo que realiza la autoridad legal al crear o aplicar la norma jurídica; en cambio, la autoridad facultada por la norma puede preceptuar y ordenar conforme a lo establecido por la norma jurídica.

Como lo detallaba **Tamayo y Salmorán** al exponer la expresión ciencia,³² de la misma forma la expresión ciencia del derecho indica:³³

³⁰ **Leonel Pereznieto Castro**, *Introducción al estudio del derecho*, 4a ed. Oxford University Press, México, 2002, pág 124.

³¹ **Hans Kelsen**, *Teoría...*, cit, pág 34.

³² Véase del cuadro de cómo se construye una ciencia (pág 10).

³³ **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Elementos...*, cit, págs 254 y 279.

- a) Que existen ciertos hombres, denominados *juristas* o *jurisconsultos*, que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo denominado *derecho*.
- b) Que existe un conjunto de enunciados, resultado de la labor de los juristas, cuyos enunciados versan sobre algo designado con la palabra *derecho*.

El término *jurisprudencia* designa la actividad que realizan los juristas cuando “describen” el derecho sin cuestionar su validez. Esta actividad normalmente se denomina ciencia del derecho, doctrina, dogmática jurídica, etc. Literalmente la palabra significa conocimiento del derecho.

Cuando el derecho se estudia como ciencia tenemos la *sistemática jurídica*, que es el estudio ordenado y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en un lugar y tiempos determinados.

A la pregunta ¿cómo se construye una ciencia del derecho?, analizando lo plasmado por **Tamayo y Salmorán**, la respuesta podemos representarla de la manera siguiente:

Para que se dé la ciencia del derecho se requiere



- Un objeto llamado derecho
- Un lenguaje específico
- Un método jurídico
- Un grupo de científicos llamados juristas

Método jurídico: cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, además de la técnica de interpretación del derecho.³⁴

³⁴ Véase **Jorge Witker Velásquez** y **Rogelio Larios Velasco**, *Metodología jurídica*, 2a ed, McGraw-Hill Interamericana, México, 2002, pág 11.

1.3 Ramas de la filosofía y sus aplicaciones en la filosofía del derecho

Veamos los conceptos de varios autores y la forma como se han ocupado de las ramas de la filosofía. De acuerdo con Höffding,³⁵ las cuestiones filosóficas fundamentales son cuatro:

- El problema del conocimiento, estudiado por la lógica y la teoría del conocimiento.
- El problema de la existencia, analizado por la cosmología.
- El problema de la estimación de valores, estudiado por la ética, la estética y la filosofía de la religión.
- El problema de la conciencia, analizado por la psicología.

Conforme a Alfonso Caso:

Problemas de la ciencia	{	Epistemología Teoría del conocimiento Metodológica	
Problemas de la existencia	{	Teoría de la libertad Teorías de las relaciones del espíritu y del cuerpo Teoría del sustratum espiritual	} Psicología racional
		Explicación sistemática del ser: Cosmología	
Problemas del valor de la existencia	{	Teoría de la religión: filosofía de la religión Teoría del arte: estética Teoría de la conducta: ética	

Disciplinas axiológicas:

- Teoría de la conducta: ética.
- Teoría del arte: estética o teoría filosófica de la belleza.
- Teoría de la religión: filosofía de la religión.
- Teoría sobre la esencia y valores propios de lo jurídico: filosofía del derecho.

³⁵ Citado por Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio...*, cit, pág 117.

En la mayoría de los temas citados se puede encontrar una vertiente de lo jurídico. **Óscar Correas** menciona como disciplinas jurídicas las siguientes:³⁶

- Jurisprudencia normativa o dogmática jurídica.
- Teoría general del derecho.
- Filosofía del derecho.
- Lógica jurídica.
- Política del derecho.
- Sociología jurídica.
- Historia del derecho.
- Semiología jurídica, etcétera.

Revisemos someramente, con el apoyo del *Diccionario de la lengua española* y los diccionarios filosóficos de **Ferrater** y **Abbagnano**,³⁷ los principales conceptos que integran las ramas de la filosofía enfocados posteriormente al aspecto jurídico.

1.3.1 Metafísica

La metafísica es la ciencia primera, esto es, aquella que tiene como objeto propio el objeto común de las demás y como principio propio el que condiciona la validez de los demás. La metafísica implica una enciclopedia de las ciencias, esto es, un prospecto completo y exhaustivo de todas las ciencias en sus relaciones de coordinación y subordinación, así como en sus tareas y límites asignadas a cada una.

La metafísica se ha presentado en tres formas fundamentales *a*) como teología; *b*) como ontología, y *c*) como gnoseología, todas ellas con aplicaciones en el campo jurídico, como teología jurídica (derecho canónico, musulmán, etc), ontología y gnoseología jurídica, que veremos a continuación.

1.3.2 Ontología

1. f. Parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales.

³⁶ **Óscar Correas**, *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1998, págs 21 y 22.

³⁷ Para mayor información acerca de estos autores véase las fuentes de consulta.

La ontología o doctrina estudia los caracteres fundamentales que todo ser tiene y que no puede dejar de tener.

Las proposiciones principales de la metafísica ontológica son las siguientes:

- a) Existen determinaciones necesarias del ser, esto es, determinaciones que ninguna forma o modo de ser puede dejar de tener.
- b) Tales determinaciones se hallan en todas las formas y en todos los modos de ser específicos.
- c) Algunas ciencias tienen por objeto un modo de ser particular, aislado en virtud de principios adecuados.
- d) Debe existir una ciencia que tenga por objeto las determinaciones necesarias del ser, también reconocibles en virtud de un principio adecuado.
- e) Esta ciencia precede a las demás y es, por tanto, ciencia primera en cuanto que su objeto está implícito en los objetos de las demás ciencias.

En la ontología jurídica se estudia el ser del derecho. Aquí es necesario analizar lo que se entiende por ese concepto, llamado derecho, que veremos en la Unidad 3.

1.3.3 Lógica

f. Ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico natural.

1. Disposición natural para discurrir con acierto sin el auxilio de la ciencia.

La palabra *lógica* proviene de *logos*: tratado, pensamiento, idea, espíritu y razón. La lógica es la ciencia de los pensamientos y de la razón (definición nominal); asimismo, es la ciencia que estudia los pensamientos en cuanto a sus formas mentales para facilitar el raciocinio correcto y verdadero. Entre los problemas que trata de resolver tenemos lo siguiente:

- a) ¿Cuántos y cuáles son los tipos de pensamiento que podemos elaborar?
- b) ¿Cómo podemos inferir válidamente un pensamiento a partir de otro?
- c) ¿Cuáles son las condiciones de un conocimiento auténticamente científico?

- d) ¿Cómo debe ser el método apropiado en cada ciencia?
- e) ¿Cuáles son las causas del error y cómo se pueden evitar?

La lógica jurídica se ocupa de aplicar la lógica al campo del derecho, con sus peculiares características y principios esenciales. La forma de pensamiento occidental se basa en los principios lógicos dictados desde la antigüedad, principalmente por **Aristóteles**; por ello, la lógica como forma de organización correcta y verdadera del pensamiento es un medio útil en el análisis y revisión de las definiciones y discurso jurídico propio del derecho. Lamentablemente se ha llegado a un abuso, en el aspecto formal, de los lineamientos de esta disciplina, lo cual no es motivo para erradicarla, sino para equilibrarla en las necesidades propias de la ciencia jurídica.

1.3.4 Ética

1. f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

En general, la ética es la ciencia de la conducta. Existen dos concepciones fundamentales: *a*) la que la considera ciencia del fin al que debe dirigirse la conducta de los seres humanos y de los medios para lograr tal fin y derivar tanto el fin como los medios de la naturaleza del ser humano, y *b*) la que la considera la ciencia del impulso de la conducta humana e intenta determinarlo con vistas a dirigir o disciplinar la conducta.

La ética jurídica adquiere especial relevancia ante los problemas de corrupción y falta de consenso en los discursos actuales, aunque no está en crisis, como el sistema empeñado en desdeñar las enseñanzas que aporta esta disciplina en retomar y elevar nuevamente el análisis de las bases de esta materia, que coadyuvará en gran medida a su revitalización y a mejorar su mal entendida función en el mundo contemporáneo.³⁸

1.3.5 Metodología

1. f. Ciencia del método.
2. [f.] Conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal.

³⁸ Para una innovadora propuesta de la ética jurídica como "redeterminación" con base en el pensamiento de **Hegel**, véase **Arturo Berumen Campos**, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.

Con este término se significan cuatro definiciones: a) parte de la lógica que estudia los métodos; b) la lógica trascendental aplicada; c) el conjunto de procedimientos metódicos de una ciencia o de varias ciencias, y d) el análisis filosófico de tales procedimientos.

La metodología jurídica es para la ciencia del derecho lo que la metodología general para las disciplinas científicas. La metodología jurídica es una reflexión de segundo orden, parte de la filosofía jurídica que se ocupa en describir los métodos aceptados de la jurisprudencia (dogmática jurídica). Es una disciplina preponderantemente descriptiva, la cual no se ocupa de evaluar o criticar los rendimientos de la jurisprudencia.³⁹

1.3.6 Gnoseología

1. f. Fil. Teoría del conocimiento. A veces sinónimo de epistemología.

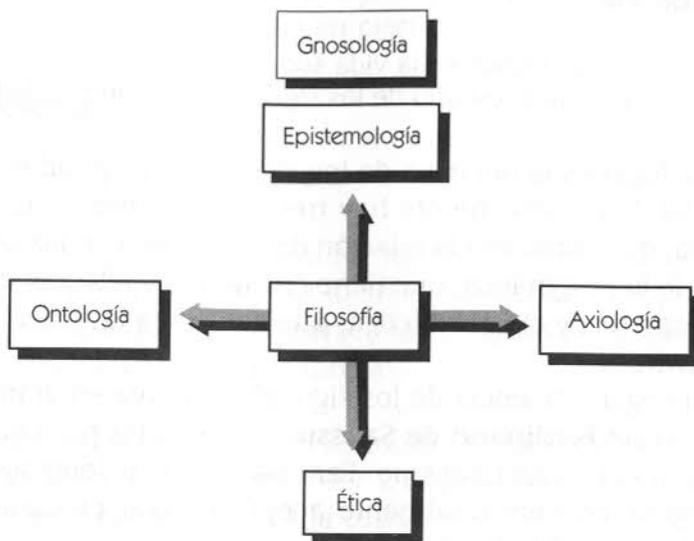
El término *gnoseología* proviene de *gnoseos* (saber), o sea, es el área que revisa por qué construimos y por qué predicamos el saber científico según ciertos caminos. A su vez, el vocablo *epistemología* se deriva de *episteme* (estructura subyacente), según el cual se exige un método científico para establecer la verdad de un conocimiento que corresponda a un objeto.⁴⁰

En la gnoseología jurídica se estudia la forma de conocer el derecho sin el rigor científico, mientras que en la epistemología jurídica se observa la forma estructurada con método riguroso del conocimiento jurídico, y en la teoría del conocimiento jurídico se observarán los diversos puntos de vista que explican cómo se conoce el derecho desde una perspectiva más limitada que la gnoseología.

La epistemología es el conocimiento riguroso de algo, la ontología (de *ontos*: ser) busca definir el ser de algo, la axiología (de *axios*) es el valor que busca el significado de éste (¿qué vale algo?) y la ética, en su concepción gramatical, deriva de la costumbre, que trata de la virtud y lo bueno con sus respectivos vicios. Todas ellas quedan incluidas en la gnoseología, que conlleva cómo conocemos (incluida la filosofía). Lo anterior podemos esquematizarlo de la forma siguiente:

³⁹ Véase Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos...*, cit, págs 278 y 279.

⁴⁰ De la gnoseología, epistemología y teoría del conocimiento (en ese orden) se hace uso indiscriminado y en la mayoría de los diccionarios filosóficos se les considera sinónimas cuando jerárquicamente y con base en la amplitud del campo de estudio, primero se presenta la gnoseología, después la epistemología y por último la teoría del conocimiento.



1.3.7 Filosofía analítica

La filosofía tiene entre sus procedimientos o métodos las ramas siguientes: *a)* sintéticas o creadoras, que producen conceptualmente su objeto, sin reconocer límites o condiciones a este trabajo de construcción, y *b)* analíticas, que reconocen la existencia de datos y describen o analizan estos datos.

El carácter propio de las filosofías analíticas es la limitación con que se consideran sometidas al dato, cualquiera que sea la forma de entender posteriormente su naturaleza.

Los filósofos analíticos creen que la tarea principal o única de la filosofía es analizar conceptos y que la filosofía no debe ser sintética, o sólo puede intentarlo condicionadamente, es decir, haciendo planteamientos sobre la naturaleza de la realidad.

Aunque la lógica, el lenguaje, la epistemología y la filosofía de las ciencias habían parecido áreas centrales, desde los años cincuenta los filósofos analíticos han estado trabajando en ámbitos como los siguientes: estética (**Sibley** y **Wollheim**), ética (**Stevenson**, **Hare** y **Foot**), filosofía de la educación (**Hirst** y **Peters**), filosofía de la historia (**Dray**), filosofía del derecho (**Dworkin** y **Hart**), filosofía de la religión (**Alston**, **Michell** y **Swinbure**), filosofía de las ciencias sociales (**Winch**) y filosofía política (**G.A. Cohen**).⁴¹

⁴¹ **Stuart, Brown** y otros, *Cien filósofos del siglo xx*, trad **Juan José Utrilla**, Editorial Diana, México, 2001, págs 266 y 267. El tema se retomará en la unidad siguiente.

1.3.8 Semiología

1. f. Estudio de los signos en la vida social.
2. [f.] Med. semiótica, estudio de los signos de las enfermedades.

La semiología es la doctrina de los signos, correspondiente a la lógica tradicional. Tradicionalmente hay tres dimensiones de la *semiosis*: a) la semántica, que considera la relación de los signos con los objetos a que se refieren; b) la pragmática, que tiene en cuenta la relación de los signos con los intérpretes, y c) la sintáctica, que considera la relación formal de los signos entre sí.

La semiología o “ciencia de los signos” se deriva en gran parte de la obra del lingüista **Ferdinand de Saussure**, una de las principales fuentes de inspiración del estructuralismo. Para este autor, el lenguaje era un sistema de signos convencionalmente aceptados que producían una respuesta predecible del individuo.⁴²

1.3.9 Axiología

La axiología es reconocida como la teoría de los valores. Una de las tareas de una teoría del valor es la evaluación reflexiva de objetos de valor. No sólo sentimos el valor de los objetos, sino también los evaluamos y, últimamente, los propios sentimientos de valor. Si nuestro problema fuese determinar la validez de objetos y procesos de conocimiento, lo mejor sería describirla como un problema lógico o epistemológico. Pero el término *epistemología* es demasiado estrecho para incluir el problema de evaluar los valores. Por analogía con el término *epistemología* se ha forjado el vocablo *axiología*.⁴³

La axiología jurídica, también llamada deontología o estimativa jurídica, tiene por objeto indagar el valor de lo jurídico. En la axiología se investiga qué vale el derecho, qué valor le da justificación y sentido, qué persigue y qué justificación tiene lo jurídico.

Deontología. Significa lo obligatorio, lo justo, lo adecuado. La deontología es la ciencia de los deberes. Desde **Bentham**, ha sido común no considerar la deontología como una disciplina estrictamente normativa,

⁴² *Ibidem*, pág 292. El tema se retomará en las corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho de la siguiente unidad.

⁴³ Para mayor información véase el diccionario de **Ferrater Mora** citado en las fuentes de consulta.

sino como una disciplina descriptiva y empírica, cuyo fin es determinar los deberes que han de cumplirse en ciertas circunstancias.

1.3.10 Teleología

f. Fil. Doctrina de las causas finales.

La teleología es parte de la filosofía natural que explica los fines de las cosas, pero el término es nuevo. La idea de una explicación por medio de fines es antigua. Aunque no es unívoca la categoría del pensar teleológico, conviene distinguir entre tres formas:

- a) Las teleologías de los procesos, como se manifiesta en **Aristóteles**. Tal teleología intenta responder a la pregunta ¿para qué? interno, que se supone pertenece a la esencia.
- b) La teleología de las formas estima que hay jerarquías de formas y que unas son superiores a otras.
- c) La teleología del todo, la cual concibe el mundo como un absoluto, como una unidad informante, creadora; en suma, como un principio de todo movimiento.

En la teleología del derecho lo que está en el centro del debate son los fines que persigue el derecho, cuya respuesta dependerá del punto de vista en que nos situemos, esto es, cada vertiente jurídica tiene su particular y fundada forma de contestar el aspecto teleológico.

1.3.11 Antropología filosófica

1. f. Ciencia que trata de los aspectos biológicos del hombre y de su comportamiento como miembro de una sociedad.

La antropología es la exposición sistemática de los conocimientos que se tienen acerca del hombre. En este sentido general, la antropología es y ha sido una parte de toda la filosofía.

La antropología filosófica tiene como tema indagar en qué consiste la esencia de lo humano, sus modalidades y sus manifestaciones.

Como datos antropológicos, en el derecho hay un hecho básico, consistente en la conciencia que el hombre tiene de ser sujeto que ha de tomar decisiones, eligiendo entre el repertorio de posibilidades y poten-

cialidades que le depara el mundo, en el cual y con el cual está en cada momento de su vida.⁴⁴

1.4 Temas clásicos (generalidades) de la filosofía del derecho

Para **Alf Ross**, el objeto de la filosofía del derecho no es el derecho ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está jerárquicamente arriba de la ciencia del derecho y la mira desde ahí. Debemos tomar con cautela este criterio, ya que la ciencia comprende el estudio del sistema vigente, pero también está el aspecto axiológico de la norma, situación que del mismo modo revisa la filosofía del derecho.

Para **Rafael Preciado**, el objeto material propio de la filosofía del derecho es todo el derecho, lo mismo el positivo que el natural, el estatal y el social, considerados en las grandes ramas que comprenden y en sus diversas manifestaciones: la total realidad de lo jurídico constituye el objeto material de la filosofía del derecho. Y su objeto formal, el ángulo desde el cual contempla lo jurídico, es la investigación de las causas últimas, de las razones más elevadas, de los primeros principios del derecho. Al hacer notar el aspecto de las últimas causas, no debemos olvidar la parte teleológica ni la axiológica.

Los temas de la filosofía del derecho comprenden el estudio de los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez. De esta forma, se debe tratar de no descuidar ambos aspectos para evitar regionalismos que debiliten la visión de lo jurídico.

Los temas que comprende la filosofía del derecho los define **Eduardo García Máynez** como los temas capitales:

- a) Determinación del concepto del derecho y los conceptos jurídicos esenciales (teoría del derecho).
- b) Referente a los valores que el orden jurídico positivo debe realizar (axiología jurídica).

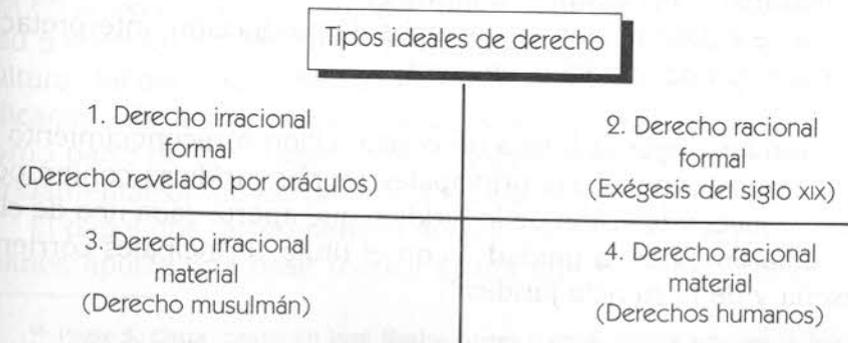
⁴⁴ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 54.



1.4.1 Su relación con la filosofía y la ciencia jurídica

Una vez revisadas las disciplinas propias de la filosofía y su repercusión en el campo de lo jurídico, así como lo referente a la ciencia y su distinción entre ambas, se analizará en lo que resta de este libro la forma de aplicación de estas disciplinas en el derecho. Baste señalar por el momento que tanto la ciencia jurídica como la filosofía del derecho forman parte de la filosofía y la ciencia en general, por lo cual se rigen por los mismos principios con sus necesarias adecuaciones al apartado del derecho.

Como ejemplo veamos el esquema que obtenemos de la revisión que hace **Max Weber** acerca de los tipos ideales de derecho. Esta forma de visualizarlo puede ser estudiada con ayuda de la filosofía y la ciencia jurídica, con una diversidad de matices que aportan las diversas vertientes epistemológicas y la teoría del conocimiento jurídico que enriquecen los estudiosos del derecho.



La división referida incluye cuatro de los aspectos que han regido y siguen rigiendo la visión del derecho. Lo interesante es que no hay "fal-

so” o “verdadero”, ni necesidad de que se excluyan entre sí; al contrario, por ser el derecho un fenómeno cultural, es difícil que se presente un reductible tipo ideal de él, que caería entre las tentaciones de un régimen fascista como en su tiempo fuera el de **Adolf Hitler**.

Los temas clásicos de la filosofía en general, que son el aspecto ontológico y axiológico, se plasman en el derecho por medio de la ontología y la axiología jurídica. Ambas situaciones las estudiaremos en la unidad 3, donde buscaremos el “ser” del derecho y en la unidad 5 la estimativa jurídica.

1.4.2 Noción y posible definición del derecho

En la unidad 3 centraremos la atención en este tema y en la 4 revisaremos los conceptos jurídicos fundamentales que integran el derecho; por el momento, veamos un ejemplo de cómo se puede estudiar dicha unidad.

Por concepción del derecho, **Atienza** entiende un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho, a saber:⁴⁵

- a) Cuáles son sus componentes básicos.
- b) Qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho.
- c) Qué relación guarda el derecho con la moral y el poder.
- d) Qué funciones cumple el derecho y qué objetivos y valores deben alcanzarse con él.
- e) Cómo puede conocerse el derecho, o sea, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico.
- f) Cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho, etcétera.

Para entender mejor la forma de construcción o reconocimiento del derecho debemos conocer las principales teorías jurídicas contemporáneas que enriquecen la visión de lo jurídico que aporta cada una de ellas. Esto lo estudiaremos en la unidad 2 con el título “Principales corrientes de la filosofía y de la ciencia jurídica”.

⁴⁵ Véase **Manuel Atienza**, *El derecho como argumentación*, cátedra de **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2004, págs 78 y 79.

1.4.3 Categorías jurídicas o conceptos fundamentales

El derecho, como objeto de reflexión filosófica, no se puede reducir a una mera técnica de organización social, sino que es una manera de mirar y reflexionar acerca del ser humano. El derecho puede definirse en sentido amplio como la específica actividad práctica que garantiza, mediante la regulación objetiva de los comportamientos interindividuales, la convivencia social. El derecho es una de las formas de la coexistencialidad; concretamente, la “forma coexistencial integrativo-incluyente” que, a través del principio constitutivo de la regla, aplicable universalmente, permite reglamentar las relaciones interpersonales.⁴⁶

Debemos revisar la forma como esta “actividad práctica” se estructura lógicamente y gramaticalmente en categorías y conceptos. Esto lo analizaremos a profundidad en la unidad 4, donde revisaremos la distinción entre categoría y concepto para adecuarlo al aspecto jurídico, haremos una revisión doctrinaria de los autores y los conceptos que consideran fundamentales en oposición a lo que son contingentes y estudiaremos la estructura de uno de los conceptos torales del derecho: la norma jurídica.

1.4.4 Valores y fines jurídicos (estimativa jurídica)

Desde la antigüedad, la palabra *valor* se ha usado para indicar la utilidad o el precio de los bienes materiales y la dignidad o el mérito de las personas. El uso filosófico de dicha palabra comienza sólo cuando su significado se generaliza para indicar cualquier objeto de preferencia o de selección.⁴⁷

El valor tiene un papel fundamental en la visión del derecho y se analiza en la axiología jurídica con el nombre de estimativa jurídica; en la unidad 5 veremos el papel de la ética, la axiología y la teleología. En la base cultural del derecho, la importancia del libre albedrío, la revisión de la clasificación de los principales valores jurídicos y de manera prioritaria como parte de la vertiente actual del papel de la estimativa veremos la fundamentación de los derechos humanos y sus problemas actuales.

El papel que desempeña la ética jurídica en materia de derechos humanos aporta una base teórica sólida que permite criticar y proponer

⁴⁶ Véase S. Cotta, citado en José Kuthy Porter y otros, *Temas actuales de bioética*, Editorial Porrúa-Universidad Anáhuac, México, 1999, pág. 24.

⁴⁷ Para mayor información véase Nicola Abbagnano, ob. cit., pág. 1173, citado en las fuentes de consulta.

desde diversos ángulos las líneas rectoras que no se deben soslayar en esta materia. La distinción entre “reconocer” y “otorgar” abre un debate ancestral, de fondo, entre la visión positivista y naturalista del derecho, del cual nuestro país no ha estado exento.

1.4.5 Problema de la aplicación del derecho y de la política jurídica

La técnica jurídica se ocupa de la aplicación y la interpretación del derecho. En la unidad 6 abordaremos los principales problemas a que se enfrenta el jurista al actualizar la norma aplicándola al caso concreto. La operación dista mucho de ser mecánica o “lógica” en 100%, pues influyen diversos factores que analizaremos en su oportunidad.

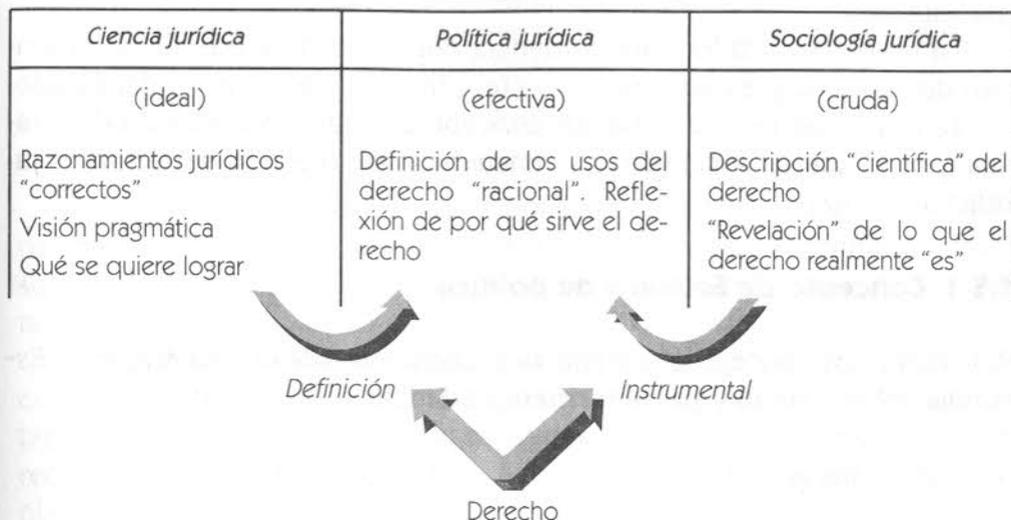
Enunciaremos someramente las principales escuelas de Interpretación que se analizaron en el curso de teoría del derecho, revisaremos los problemas que enfrenta la técnica jurídica y pondremos especial énfasis en la importancia de la solución de antinomias no sólo legislativas sino también constitucionales.

Revisaremos las principales familias jurídicas con especial hincapié en la neorromanista y anglosajona, y luego estudiaremos la fundamentación constitucional de los estados de derecho a partir de un Estado legislativo a un Estado constitucional, tema que toma especial relevancia al abordar la política jurídica que podemos esquematizar de la forma siguiente:

<i>Política jurídica</i>	Efectividad. ¿qué tiene que hacer el derecho?
<i>Ciencia jurídica</i>	Deber de cumplir. Dicta la metodología que se debe seguir.
<i>Sociología jurídica</i>	Instrumentos para medir el cumplimiento. Muestra de los factores.

Con el análisis científico y sociológico del derecho podemos allegarnos de elementos para corregir, impulsar o regular las constantes situaciones que van a la vanguardia del derecho; así podremos responder a la interrogante ¿por qué sirve el derecho?

Tres campos del derecho



La retroalimentación de estas tres vertientes no se debe interrumpir, de modo que omitir la revisión de los elementos que aportan devienen en legislaciones anacrónicas carentes de todo sentido y, por ende, de legitimación en la que debiera ser su cumplimiento espontáneo.

Formas de abordar el derecho



1.5 Filosofía del derecho, teoría del Estado y ciencia política

Para apreciar la importancia de las consideraciones jurídicas en el tratamiento del Estado, debemos tener presente que la teoría política y la teoría del Estado son, tanto en su origen como en su forma, jurisprudencia

dogmática. La jurisprudencia medieval fue no sólo la ciencia de la aplicación e interpretación del derecho, sino también la única teoría coherente del Estado.⁴⁸

La teoría política fue jurisprudencia dogmática que trascendió el ámbito del derecho y evolucionó como una filosofía del derecho del Estado.

La teoría del Estado tomó sus conceptos de la jurisprudencia dogmática, por lo que su vocabulario se encuentra impregnado de términos jurídicos.

1.5.1 Concepto de Estado y de política

Revisemos los conceptos que aporta el *Diccionario de la Real Academia Española* sobre Estado y posteriormente política:

Del lat. *status*.

1. m. Situación en que está una persona o cosa, y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa sujeta a cambios que influyen en su condición.
2. [m.] Cada uno de los *estamentos en que se dividía el cuerpo social*; como el eclesiástico, el de nobles, el de plebeyos, etc.
3. [m.] Clase o condición a la cual está sujeta la vida de cada uno.
5. [m.] *Conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano*.
6. [m.] Territorio de cada país independiente.
7. [m.] País o dominio de un príncipe o señor feudal.
8. [m.] En el *régimen federativo*, porción de territorio cuyos habitantes se rigen por leyes propias, aunque sometidos en ciertos asuntos a las decisiones del gobierno general.

Destacan las connotaciones en las cuales se le identifica como un conjunto de órganos, estamentos y régimen. Para concebir el Estado, tenemos que verlo a la luz de la política, que en dicho diccionario se define así:

Del lat. *politice*.

1. f. *Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los estados*.
2. [f.] Actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos.

⁴⁸ Para profundizar en estos antecedentes véase **Rolando Tamayo y Salmorán**, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, UNAM, México, 1989.

3. [f.] *Actividad del ciudadano cuando interviene en los asuntos públicos* con su opinión, con su voto, o de cualquier otro modo.
4. [f.] Cortesía y buen modo de portarse.
5. [f.] Por ext., arte o traza con que se conduce un asunto o se *emplean los medios para alcanzar un fin determinado*.
6. [f.] *Orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona* o entidad en un asunto o campo determinado.

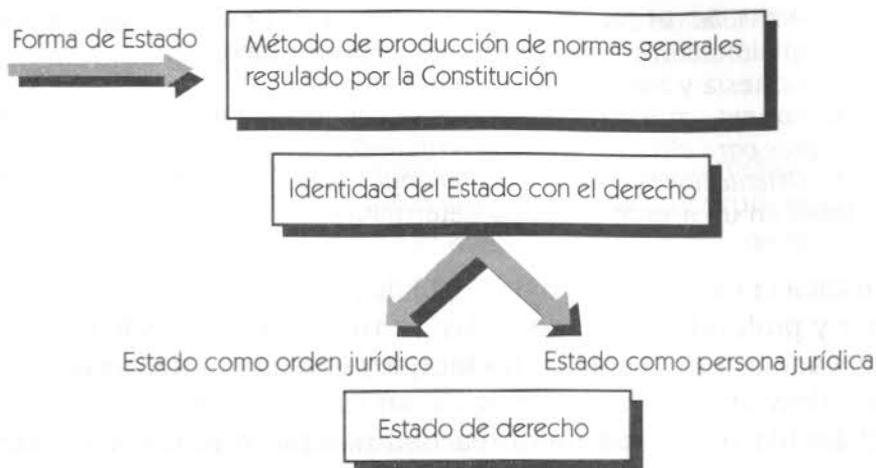
Destaca la categorización de la política como arte, visión que se debe retomar y profundizar en su análisis. La *vox populi* ha desdeñado e incluso empleado este concepto en un sentido peyorativo, carente de toda sustancia y desviando la esencia original en su definición.

El Estado no es una mera realidad natural, sino que constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política. El Estado crea el derecho y aplica una constitución, además de ser titular de derechos y obligaciones.

Para **Kelsen**, la construcción escalonada del orden jurídico capta el derecho en su movimiento, en el proceso permanentemente renovado de su autoproducción. Se trata de una teoría dinámica del derecho, a diferencia de una teoría estática, que busca concebirlo sin tomar en cuenta su producción. En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción del derecho o por las formas del derecho.⁴⁹

Se pueden distinguir dos tipos de normas jurídicas que estatuyen obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa y aquellas que aparece sin su participación. El principio en que se basa esta distinción es el de la libertad, en el sentido de autodeterminación. Se trata de la distinción entre autonomía y heteronomía y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el ámbito de los derechos estatales. Así, aparece como una diferencia entre democracia y autocracia o entre república y monarquía, permitiendo la división común de las formas del Estado. Lo que se concibe como forma del Estado es un caso especial de la forma del derecho en general, es decir, del método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la Constitución.

⁴⁹ Hans Kelsen, *Teoría...*, cit. pág 285.



Para el maestro **Ernesto Gutiérrez y González**, el Estado es una ficción jurídica.⁵⁰ El Estado no existe físicamente ni tiene corporeidad que permita captarlo por medio de los sentidos, por el Estado a través del derecho, obra humana, crea una ficción jurídica y hace que llegue a tener, como la persona física, una corporeidad jurídica no tangible, pero sí existencia al fin y al cabo.⁵¹

1.5.2 Sus relaciones entre sí y ante los problemas de la globalización en la nueva conceptualización del Estado moderno

Al analizar lo que aporta **Gustavo Zagrebelsky**⁵² vemos que, desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas por medio de sus órganos.

⁵⁰ Ficción jurídica que define como un procedimiento de la técnica jurídica, en virtud del cual se atribuye a algo una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de derecho que de otra manera no podrían alcanzarse.

⁵¹ **Ernesto Gutiérrez y González**, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2003, pág 157.

⁵² **Gustavo Zagrebelsky**, *El derecho dúctil*, 5a ed, trad **Marina Gascón**, Trotta, España, 2003, págs 11 y 12.

La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc, de las que la “persona” estatal era una representación, una pantalla o una máscara.⁵³ Pero, desde el punto de vista jurídico, esta concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, operando como sus órganos, de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político.

La visión tradicional, desde fines del siglo pasado, enfrenta los cambios siguientes:

- Pluralismo político y social interno, que se opone a la idea de soberanía y sujeción.
- La formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso.
- La progresiva institucionalización de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales.
- La atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.

Lo anterior es resultado de un fenómeno que debe su vertiginoso desarrollo al avance económico y a su relación con las telecomunicaciones. Según el Fondo Monetario Internacional (FMI): “La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de tecnología”.⁵⁴

La Real Academia de la Lengua define la globalización como “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

La globalización es un fenómeno mundial, pues nadie está exento de sus consecuencias y aun los “globalifóbicos” (como burdamente se les

⁵³ El “monstruo frío del Estado”, como lo llamaba **Nietzsche**.

⁵⁴ www.globalizate.org/2004

designó) entran en esta dinámica. Los avances en materia de telecomunicaciones han facilitado la transferencia de fondos, los “capitales golondrinos” en cuestión de segundos pueden hundir en crisis a los países que los albergan,⁵⁵ la comunicación está a la orden del día,⁵⁶ cada vez será más difícil esconder lo evidente, las imágenes no necesitan ser interpretadas y el mensaje se transmite con otro tipo de código.

No obstante, la globalización aún dista mucho de alcanzar su meta. El ejemplo actual es la Unión Europea, que en sus elecciones más recientes ha alcanzado un nivel de abstencionismo preocupante y, sobre todo, cada vez se alzan voces que pugnan por echar vuelta atrás a la integración de Europa. Queda sólo la mención somera de un aspecto toral para la presente y futura visión del derecho que cada vez se desvincula del Estado (como concepto tradicional) para encontrarse ante un mosaico de posibilidades que dista de centrarse en un retroceso.

1.5.3 Derecho y orden mundial

En la globalización y antes de ella destacan los principios que rigen el derecho internacional; ante este tipo de ordenamiento, que se extrapola más allá de las naciones, se debe tomar en cuenta lo que **Nietzsche** dijera en su aforismo 26 de su obra *El caminante y su sombra*:⁵⁷

Las condiciones legales como medio. *El derecho, que se basa en tratados entre iguales, persiste tanto que el poder de quienes se han entendido sigue siendo el mismo; la razón creó el derecho para poner fin a las actividades y a las disipaciones inútiles entre fuerzas iguales. Pero esta razón de conveniencia cesa definitivamente cuando una de las partes se ha hecho, sensiblemente, más débil que la otra; entonces la sumisión reemplaza el derecho que deja de existir, pero el éxito es el mismo que el que se alcanzaba hasta aquí gracias al dere-*

⁵⁵ Recuérdese el llamado “error de diciembre” de 1994, cuyas consecuencias aún no se pueden dimensionar.

⁵⁶ Hace menos de una década quién imaginaria que podríamos ver en vivo las imágenes de la guerra y las cruentas ejecuciones de secuestrados en Iraq. Por otro lado, en la España de **Franco**, ante la censura de un dictador fascista se buscó la información en los periódicos extranjeros; ahora, con el 11-M, como se ha dado en llamarlo, la censura que impuso el gobierno de **Aznar** a los medios de comunicación fue rebasada por los mensajes escritos vía celular y sobre todo a Internet, que dio como resultado el voto de castigo a un gobierno que pensó que la sociedad civil aún estaba en pañales; sin embargo, ante tan recientes hechos debemos tener mesura y seriedad en el tipo de análisis frente a esta clase de fenómenos.

⁵⁷ **Friedrich Nietzsche**, *El caminante y su sombra*, trad **Carlos Vergara**, Biblioteca EDAF, Madrid, 1999, págs 164 y 165.

cho. Pues, desde ese momento, es la razón de quien se impone la que aconseja economizar la fuerza del sometido y no gastarla inútilmente; y muchas veces la condición del sometido es mucho más favorable que su antigua igualdad. *Las condiciones legales son, pues, medios pasajeros que aconseja la razón: no son fines.*

El derecho es necesario entre iguales en cuanto una de las partes que interviene en la relación jurídica se da cuenta de que puede someter al otro sin recurrir a las instituciones creadas por ellos e incluso opta por usar la fuerza. Desafortunadamente, la fuerza ha sido disfrazada por el lenguaje que de manera grotesca ha venido a cubrir con tintes racionales algo que ya no lo es y que tampoco resulta intuitivo. Se da la carencia no sólo de lo dionisiaco (intuición), sino también de lo apolíneo (razón) en el derecho.⁵⁸

1.6 Nuevos temas de la filosofía del derecho

Ante los avances científicos y tecnológicos, la filosofía en general y la del derecho en particular deben ser el marco de referencia obligado para fincar los debates que en torno a los resultados de dichos avances se suscitan en la comunidad mundial. En seguida estudiaremos los aspectos concernientes a la tecnología, como la informática e Internet, con sus respectivas controversias en cuanto a la forma y fondo en que se han presentado. Por otra parte, respecto a los descubrimientos científicos estudiaremos la clonación y el genoma humano con ayuda de la perspectiva bioética.

1.6.1 Informática jurídica

El *Diccionario de la Real Academia* define la informática jurídica como el conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores. Las matemáticas, en su máxima expresión, han generado una de las maravillas de fin del siglo xx, mientras que las computadoras u ordenadores han

⁵⁸ Después de la caída del muro de Berlín y la consolidación de Estados Unidos como imperio sin contraparte ha habido una serie de situaciones que preocupan a la opinión mundial. Al calor de los acontecimientos debemos cuidar las expresiones y calificativos que se le pueden atribuir. Baste recordar que: "las malas acciones prevalecen cuando las buenas conciencias permanecen calladas".

logrado compactar en microespacios un cúmulo de información que puede estar al alcance de otro usuario en segundos.

La informática jurídica es la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de la información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación.⁵⁹

El debate no se ha hecho esperar; veamos a manera de ejemplo las *Memorias del foro de consulta sobre derecho e informática* realizada por el Poder Legislativo federal. Uno de los temas fue el elaborado por la Asociación Latinoamericana de Profesionales en Seguridad Informática, A.C.,⁶⁰ en el que destacamos algunos puntos:

Condiciones para la prestación de servicios telemáticos, públicos y privados y condiciones de acceso universales a la información y la infraestructura tecnológica

Condiciones para la prestación de servicios públicos y privados ***Condiciones de conexión***

1. Derecho al conocimiento de conexión.
Política: debe usted conocer y aceptar las condiciones de conexión al servicio para hacer uso de él, como también debe usted leer las condiciones y estar de acuerdo con ellas antes de seguir utilizando el servicio.
2. Derecho de terminación de conexión.
3. Mal uso de los servicios para propósitos ilícitos.
4. Privilegio de derecho a usuarios nuevos para el uso de los servicios.
5. Responsabilidades del uso de los servicios prestados.
6. Servicios que conforme al acuerdo sean correspondientes a la descripción presentada.
7. Prestación de los servicios sólo a los usuarios.
8. Costo de conexión.
9. Servicios de tarificación y pago.
10. Responsabilidades del pago, así como del cumplimiento de las responsabilidades del contrato.
11. Responsabilidades de actividades que se realicen en el sistema.

⁵⁹ Julio Téllez citado por Juan José Ríos Estavillo, *Derecho e informática en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997. Para mayor información véase esta fuente y sigase la "huella del hombre".

⁶⁰ www.cddhcu.gob.mx/2004

12. Importes correspondientes al alta y finanzas en el servicio.
13. Limitaciones del servicio.
14. Restricciones del servicio.
15. Derecho de bloqueo al acceso del usuario del servicio.
16. Gestión y calidad del servicio.
17. Actividades y aspectos que se deben de cubrir.

Los puntos señalados son un referente sustancial con los cuales se puede empezar a teorizar para hacer óptima la legislación en esta materia; el ámbito académico no se queda atrás, a saber:⁶¹

El Segundo Congreso Iberoamericano de Seguridad Informática (CIBSI'03) constituye la segunda edición del esfuerzo iniciado por las instituciones organizadoras: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto Politécnico Nacional (IPN) y Universidad Politécnica de Madrid (UPM), para integrar los trabajos que en las áreas de la seguridad informática se realizan en Iberoamérica.

La primera edición se llevó a cabo en febrero de 2002 en Morelia, Mich., y fue un éxito en cuanto a organización y asistencia, al contar con la participación de más de 800 personas de diversos países. Los objetivos de este congreso son, entre otros: integrar proyectos, sumar esfuerzos, intercambiar ideas, evaluar avances, contar con puntos de reunión e intercambiar conocimiento entre especialistas, instituciones, empresas y público en general interesado en las diferentes áreas que incluyen la seguridad informática.

1.6.1.1 Internet, antecedentes y regulación

La red Internet se creó en 1969 en Estados Unidos cuando la Agencia para Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de este país contrató a la empresa Bolt, Baranek and Newman para diseñar y desarrollar la red Arpanet, que en su nombre lleva las iniciales del organismo que la ordenó.

El objetivo de ese sistema era conectar a unas cuantas instituciones: el Instituto de Investigación de Stanford, la Universidad de Utah y las de California, en Los Ángeles y Santa Bárbara. Estas instituciones realizan proyectos de desarrollo de armamento y sistemas de seguridad nacional para la defensa estadounidense. La red tenía que estar diseñada para que en caso de ataque nuclear nunca se interrumpiera la comunicación entre el Pentágono y los científicos que trabajan en proyectos de defensa.

⁶¹ www.unam.mx/2004

La confiabilidad de la red radicaba en que si algunos de los enlaces eran interrumpidos por un ataque militar, el tráfico de información se desviaba automáticamente a otro nodo.

Con el tiempo, la red se fue desarrollando y se convirtió en un importante medio de comunicación para las universidades y centros de investigación que intercambiaban información por medio de ella. Esto propició interés de más universidades e instituciones relacionadas con la ciencia y las actividades académicas.

Para ello, se desarrolló la parte técnica de transmisión de información denominado Protocolo Internet (IP), el cual no sólo mantenía la comunicación entre las redes, sino también dirigía el tráfico de una a otra conforme fuera necesario, además de lograr la comunicación entre los equipos sin importar las diferencias técnicas de éstos. Además de expandirse la red, iba cambiando la forma de utilizarla. Ya no era un medio de intercambio de datos de investigación, sino que ahora los usuarios se comunicaban entre ellos por medio de buzones privados de correo electrónico.

A partir de 1980, la computación en las universidades aumentó de un número pequeño de máquinas compartidas, cada una de ellas con cientos de usuarios simultáneos, a una gran cantidad de pequeñas estaciones de trabajo para escritorio, pero deseando tener las ventajas que se obtenían en los sistemas compartidos.

En 1983, Arpanet se dividió en dos redes: la red militar Milnet y en una red pública más pequeña Arpanet, el término Internet se utilizó para conocer el conjunto de los dos sistemas.

En 1984, la National Science Foundation (Agencia Nacional para la Ciencia) fundó la red NSFNET, la cual había creado cinco centros de supercomputadoras con el fin de que sus servicios pudieran ser accesibles para cualquier institución educativa. Esto permitió al área académica acceso a los sistemas informáticos más veloces en todo el orbe. Más tarde, la fundación estableció un puñado de redes para conectar a los usuarios de cada zona del país tanto estatales como regionales.

Sin embargo, los centros de supercomputadoras que soportaba NSFNET no fueron exitosos: algunas de las costosas máquinas no funcionaban y las que servían eran tan caras que la mayoría de los usuarios empezaron a buscar equipos más sencillos, pero con alta capacidad de desempeño.

Esto favoreció el desarrollo tecnológico que llevó al crecimiento y popularidad de Internet, la cual se limitó a la conexión de redes pequeñas entre sí.

En 1991 se incorporó el popular sistema de búsqueda Gopher y WAIS. La NFSNET se convirtió en la "espinas dorsal" (*backbone*) de Internet y el punto de partida del crecimiento de la hoy llamada "supercarretera" de la información. Actualmente, el núcleo de Internet se encuentra en Estados Unidos y funciona desde 1992, año en que se fundó la Sociedad Internet (ISOC) y un navegador WWW Line Mode Browser v1.1 fue puesto a disposición de los usuarios; además, la Universidad de Nevada diseñó *Veronica*, una herramienta de búsqueda en Gopher.

En 1993 se crearon tanto Winsock 1.1, el cual permitió hacer aplicaciones basadas en Windows y aprovechar TCP/IP, como Mosaic para X-Windows, Macintosh y Windows. Existen alrededor de 500 servidores HTTP (Hyper Text Transport Protocol).

En 1994, la NFSNET adquirió características tipo ATM (Modo de Transferencia Asíncronico) de 155 Mbps. En 1995, el número de host superó los 4 millones. En 1996, el número de host llegó a los 9 millones y el backbone de MCI alcanzó los 622 Mbps.

Bill Clinton, ex presidente de Estados Unidos, dio a conocer la ley de telecomunicaciones del país, la cual incluía un apartado llamado *Ley de la Decencia de las Comunicaciones* (Communication Decency Act) en contra de la información "nociva" difundida en Internet. La ley provocó protestas de los usuarios de la red, quienes invitaron a la campaña del moño azul a favor de la libertad de expresión. La ley fue considerada inconstitucional en 1997.⁶²

⁶² La preocupación por posibles persecuciones a la expresión libre fue externada, entre otros, por un grupo de bibliotecarios, académicos y expertos en computadoras reunidos en el grupo Profesionales de la Computación para la Responsabilidad Social que presentaron en Washington, D.C., una protesta contra la ley reciente: "Todos queremos proteger a nuestros niños de los materiales ofensivos o indecentes que pueda haber en línea, pero debemos ser cuidadosos para que esa protección no sea más dañina que buena".

Rivkah Sass, titular de Desarrollo Bibliotecario del Departamento de Educación de Maryland, fue más enfática; "Internet es como una enorme biblioteca y centro comunitario, donde la información y las ideas son libremente intercambiadas. Nunca antes nuestra nación había tenido un acceso tan instantáneo y barato a tanto conocimiento. Esta *Acta para la Decencia* es como un *bulldozer* del gobierno que puede echar abajo toda la biblioteca digital y dejar solamente la sección de los niños. Ésa es la manera incorrecta de proteger a las familias en nuestra nación".

1.6.1.2 Internet en México

En 1992 se creó la red Mexnet, constituida por enlaces que comunican a los nodos del Instituto Politécnico Nacional en el D.F., la Universidad de las Américas en Puebla, la Universidad de Guadalajara en Jalisco y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Por otra parte, la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) se conecta a Internet a través de una conexión directa con la red regional del sureste de Estados Unidos.

La historia de la UNAM en la red empezó en 1989 cuando entró a la red Bitnet, que funcionaba en la red de la Fundación Nacional para la Ciencia de Estados Unidos. Esto permitió que para 1990 empezara a funcionar Internet en México, con lo cual lo primero que se habilitó fue el correo electrónico, las listas de discusión y los FTP.

En 1994 se creó la Red Tecnológica Nacional (RTN), en México, que se asoció con la red Mexnet para incrementar el ancho de banda de 64 Kbps a 2 Mbps. Para 1998, se calculó que había 1.2 millones de usuarios de Internet en la República Mexicana. La ubicación de consumo es como sigue: Distrito Federal, 40%; Monterrey, 20%; Guadalajara, 15%; Guanajuato, 7%, y para el resto del país 18 por ciento.

1.6.1.3 Posible regulación de Internet

En la actualidad, si observamos el proceso de crecimiento de la red, ocurre en forma similar al de nuestras sociedades: de ser una pequeña comunidad aislada ha pasado a ser un conglomerado de grandes grupos muy disímiles entre sí, con un perfil diferente (e intereses diversos) en cada caso. Al igual que en los tiempos de inicio de la humanidad, la red ha desarrollado reglas muy simples de convivencia que se conocen como Netiquette (o reglas de etiqueta para la red), basadas en usos y costumbres que han tratado de prevalecer entre algunos usuarios de Internet.⁶³

En resumen, no se trata de establecer la censura en la red, como en su momento se pretendió con el *Act of Decency* impulsada por el gobierno norteamericano, sino de garantizar por medio de un cuerpo normativo bien estructurado que en una sociedad en proceso de maduración como es Internet, los individuos puedan convivir en un ambiente donde se conozcan las reglas y las sanciones que pueden sufrir quienes violen estas normas. A la fecha, con todos los defectos que pueda tener, no se

⁶³ Juan Carlos Cisneros Ruiz, "Internet y su regulación." www.etcetera.com.mx/2004

ha conocido mejor forma de solucionar problemas en sociedad que apearse al marco jurídico.

El tema está sobre la mesa y dependerá mucho de las posibles modificaciones a la *Ley de Telecomunicaciones* y ordenamientos como el *Código de Comercio* y la *Ley Federal de Propiedad Industrial*, entre otros, que cada vez se verán inmersas en estos nuevos temas. Hasta aquí este somero análisis de lo más relevante en tecnología; ahora veamos los principales temas resultantes de los avances científicos.

1.6.2 Avances científicos

Los avances del progreso científico y tecnológico en biomedicina suscitan las interrogantes que siguen:⁶⁴

- ¿Coincide la posibilidad técnica con la licitud ética y jurídica?
- ¿Todo lo válido técnicamente es también ética y jurídicamente lícito?
- ¿Hasta qué punto es lícito utilizar las nuevas posibilidades de intervención abiertas por los recientes descubrimientos científicos y por las innovaciones tecnológicas en biología y medicina?

La rigurosa articulación de una respuesta a estas interrogantes concierne ineludiblemente a la bioética, que busca la justificación racional de entre qué límites es lícita la intervención artificial del hombre en la vida humana y no humana.⁶⁵

⁶⁴ Entre los primeros intentos por establecer una serie de principios y valores a seguir por los profesionales médicos, **Hipócrates** estableció que se deben cumplir los deberes siguientes:

- El médico debe seleccionar el mejor de los recursos a su alcance y ejecutarlo recta y bellamente.
- El médico debe ser asiduo en sus visitas al enfermo.
- El médico debe respetar el decoro del paciente al explorarlo y curarlo.
- El médico habrá de guardar silencio.
- El médico habrá de abstenerse de realizar prácticas innecesarias en casos de enfermedades mortales e incurables.

Los honorarios se fijarán:

- Tomando en cuenta la situación económica del paciente.
- Posteriormente con base en lo realizado.
- De tal modo que sean plenamente justificados con su práctica.
- Por prestar sus servicios gratuitamente en recuerdo de un favor recibido, por gozar de buena fama o por amor al hombre.

⁶⁵ Coincidiendo plenamente con los autores aquí citados estudiaremos los temas planteados en la obra a que se refieren **José Kuthy Porter** y otros, ob cit, pág 23.

1.6.2.1 Bioética⁶⁶

En un sentido literal del término *bioética* o *ética* (*ethos*) de la vida (*bios*), parece que sólo los moralistas (ya sean filósofos o teólogos) podrían ser los interlocutores de los científicos. El jurista y el filósofo del derecho quedarían al margen de la bioética, pero existe la tesis de que la filosofía del derecho ha asumido un papel indispensable e ineludible en las cuestiones bioéticas.

Si definimos a la filosofía del derecho como la reflexión sobre el porqué último de la experiencia jurídica, hacer filosofía del derecho significa no detenerse en una investigación extrínseca del fenómeno jurídica, sino realizar una investigación de su causa originaria y su fin último. El derecho se configura en esta perspectiva como categoría estructural de la praxis intersubjetiva: la juridicidad es una forma de coexistencia que responde a la exigencia ontológica racional del hombre.⁶⁷

Si partimos del análisis fenomenológico-estructural del derecho, se abre una perspectiva filosófica sobre el ser humano: el derecho es una exigencia propia del ser humano, quien es la explicación del porqué radical del derecho en cuanto fin y causa originante de este último. Por un lado, el derecho garantiza el ser y actuar del ser humano en la coexistencialidad (el ser humano como fin del derecho); por otro, el ser humano es la condición del derecho como posibilidad de ser pensado (el ser humano como causa última del derecho). En una palabra: si no hay ser humano, no habrá derecho.

El deber ser no se agota en un acto de voluntad, sino que se puede reducir a una ley de la razón arraigada objetivamente (no arbitrariamente) en la naturaleza del ser del individuo. En esta perspectiva, el derecho

⁶⁶ Laura Palazzani, *Bioética y filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, págs 23 a 34.

⁶⁷ A partir de los juicios de Nuremberg motivados por los experimentos sádicos realizados por médicos nazis con prisioneros en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, tienen vigencia los conceptos de respeto a la dignidad del hombre, a la autonomía del paciente y el del consentimiento informado.

Durante 1980, México fue sede de la reunión internacional organizada por el Consejo Internacional de Organizaciones Médicas. El resultado fue la publicación de "Las guías éticas internacionales para la experimentación biomédica que utiliza el hombre". Los conceptos contenidos en estas guías se incluyeron de una forma u otra en la reglamentación de cada nación respecto a los conceptos éticos que deben respetarse en todos los países donde se hace la investigación biomédica que utiliza el ser humano.

no se reduce, formalista y legalmente, al derecho positivo sino que, aun si reconocemos la validez del derecho positivo, lo confronta con la dimensión "natural" que justifica su sentido. Lo que cuenta en el derecho no es la forma o la estructura, sino el contenido y el sentido.

La imparable e irreversible carrera del progreso científico y tecnológico plantea de inmediato nuevos cuestionamientos que exigen una respuesta inmediata en el plano de la práctica, pero a lo inmediato de las preguntas no corresponde una velocidad semejante en las respuestas. La moral, primera en ser cuestionada cuando se trata de bioética, no parece cumplimentar exhaustivamente la laboriosa tarea que en principio se echó a cuestras: el pluralismo ético no permite un diálogo fácil entre los diversos puntos de vista.

En ese contexto, el derecho asume un papel relevante: es cada vez más frecuente el uso del neologismo *bioderecho* (utilizado por **D'Gracia**), que parece reivindicar la importancia del papel que tiene la experiencia jurídica en las cuestiones relativas a la vida. La filosofía del derecho adopta un papel significativo en la bioética mediante la justificación de los principios generales que fundamentan las normas positivas con referencia a las nuevas cuestiones suscitadas por el progreso técnico científico.

La filosofía del derecho desempeña la función mediadora entre bioética y derecho, distinguiendo entre las situaciones que necesitan nuevas formas positivas y aquellas en las que basta aplicar las normas existentes.

En el caso de situaciones sólo aparentemente nuevas, no se trata de elaborar normas positivas, sino de aplicar normas existentes. Aun cuando se habla a menudo de vacío jurídico en materia de bioética, cabe decir que existen referencias normativas a nivel internacional, sobre todo respecto a la fecundación artificial y la ingeniería genética, así como existen normas del ordenamiento jurídico nacional extensible a situaciones análogas. Se trata, en tal caso, de uniformar la normatividad nacional a las indicaciones supranacionales o de aplicar normas existentes a situaciones análogas. Esto evitará una excesiva producción legislativa que, por lo demás, corre el riesgo de volverse pronto obsoleta.

1.6.2.2 Clonación

La clonación es la repetición idéntica de un ser. Un clon es una población de células o de organismos pluricelulares genéticamente idénticos que proceden de una célula o de un individuo precursor.

La clonación se practica desde hace siglos con los implantes vegetales y en el laboratorio se han obtenido clones de animales. La clonación se puede realizar de tres formas:⁶⁸

- a) Por partición de un embrión en los primeros estadios, lo cual da lugar a embriones genéticamente idénticos, como ocurre de forma espontánea con los gemelos monocigóticos.
- b) Por trasplante de células embrionarias a un ovocito, con la sustitución del núcleo del ovocito por el de células embrionarias, lo que permite obtener nuevos embriones idénticos genéticamente aunque con diferencias de ADN mitocondrial.
- c) Mediante trasplante nuclear de células somáticas de un adulto a un ovocito por el núcleo de una célula de adulto, lo cual genera embriones genéticamente idénticos al adulto, es decir, un gemelo de un padre. La oveja Dolly fue el primer clon de mamífero adulto conseguido por esta técnica.

Incrementar el conocimiento puede aportar avances en la humanidad, aunque la palabra *progreso* no significa necesariamente una connotación positiva en cuanto a la consecución de los fines últimos del ser humano. Por ello, nunca antes un logro técnico había producido tanta polémica en todos los ámbitos, incluido el mundo científico. Si ya se ha obtenido un clon de un mamífero adulto, ¿se podrá clonar algún día un ser humano? Realmente bastaría un simple análisis de sangre a un individuo adulto para que, a partir de las células de la sangre y de embriones de mujer a los que se les ha quitado su núcleo, se pudiera copiar ese individuo tantas veces como se quisiera.

⁶⁸ Martha Tarasco Michel, Francisco Javier Marcó Bach y Luis Miguel Pastor García, *La clonación*, Editorial Porrúa, México 2003, págs 180 a 184.

Ya se ha realizado la clonación de embriones humanos por división de un embrión en sus primeros estadios. Los resultados de esto fueron publicados en 1993 y alarmaron tanto a la opinión pública como al mundo científico, que se preocupa por las manipulaciones genéticas abusivas que se pueden efectuar con los avances de la ingeniería genética.

La primera clonación de embriones humanos por división de un embrión fue llevada a cabo en el Centro Médico de la Universidad George Washington por **Jerry Hall** y **Robert Stillman**, doctores expertos en fecundación *in vitro* que obtuvieron un clon con dos embriones genéticamente iguales. Repitieron el experimento con otros 17 embriones polispérmicos y consiguieron 48 clones, casi tres por embrión, que eran inviables.

Los resultados de la primera clonación de seres humanos se comunicaron en el Congreso Anual de la Asociación Americana de Fertilidad, celebrado en Montreal, Canadá, en octubre de 1993. **Hall** y **Stillman** rompieron un viejo pacto científico, no escrito, pero respetado en todo el mundo que trabaja en FIV, surgido de reuniones científicas en las cuales se acordó que ningún investigador iba a realizar este tipo de experimentos en humanos, por ser una barbaridad sin sentido. Dichos investigadores no habían efectuado estrictamente nada aberrante, porque habían partido de embriones inviables y no los transfirieron a una mujer. Ante el rechazo científico y público generalizado, dijeron, para justificarse, que “era cuestión de tiempo que alguien lo hiciera” y “si no lo hubiésemos realizado nosotros, otros lo habrían hecho más tarde”. Buscaron ser los primeros en la historia, pero entraron por la puerta falsa. Incluso se justificaron al decir que querían provocar un debate público, pero esto no parece una excusa, pues se puede hacer un debate con discusiones teóricas sobre el tema sin tener que pasar a la acción.

La mejor manera de evitar que algún día se intente obtener un clon humano es, en primer lugar, la reflexión ética de la finalidad y de los medios que esta técnica conlleva. Realmente ¿es necesaria la clonación?, ¿qué se perdería con ella?, ¿qué consecuencias tiene para el hombre?, ¿por qué se ha hecho? Una vez que se hayan contestado estas preguntas, será necesario que exista un flujo de información adecuado entre la sociedad, los investigadores y la reflexión bioética. En segundo lugar, la sociedad debe exigir responsabilidad al científico, quien ha de infor-

mar veraz y permanentemente sobre sus investigaciones, pero en especial el objetivo, los riesgos e implicaciones de éstas.

La conclusión generalizada del mundo científico y de la bioética es que la clonación en seres humanos resulta aberrante. Cualquier acto humano (es decir, libre) debe tener dos características: el conocimiento y la voluntad; por ende, el acto humano tiene un peso ético, el cual se analiza desde la finalidad y desde los medios. Sin desaprobar la investigación y el perfeccionamiento de las técnicas de clonación, cabe señalar que su estudio debe ser observado a la luz del siguiente razonamiento que la ética propone:

- ¿Cuál es su finalidad?
- ¿Va de acuerdo esa finalidad con la dignidad de la persona humana?
- ¿Cómo se lograría su finalidad?
- ¿Respetan esos medios a la persona?

Estamos en un momento crítico en el que podemos hacer muchas cosas cuyas consecuencias somos incapaces de prever. La biogenética se ha convertido en una especie de juguete incontrolable que puede estallar en las manos a la humanidad, ya que todo o casi todo es técnicamente posible.

El planteamiento de la biotecnología es que no sólo interviene en la naturaleza inanimada, sino que también lo hace en nuestra identidad, hasta tener la posibilidad de hacernos objetos, neutralizando metafísicamente a la persona.

1.6.2.3 Genoma

La genética es el estudio de los genes, los constituyentes básicos de toda materia viva. Los genes hechos de moléculas de ADN son nuestra fuerza directriz; por ellos nos reproducimos y nos propagamos.

Durante décadas, la genética ha servido para mejorar la resistencia de los cultivos a las plagas virales e insectos; también se viene utilizando cada vez más en medicina para combatir enfermedades hereditarias. El Proyecto Genoma Humano, una extensa investigación con un presupuesto multimillonario en dólares, intenta describir y analizar el mapa genético completo del ser humano. Este conocimiento resultaría de enorme utilidad en el tratamiento de algunas enfermedades con causa genética.⁶⁹

⁶⁹ Richard Appignanesi. *Posmodernismo para principiantes*, trad Guillermo Sabanes, Era Naciente, Buenos Aires, 2002. pág 112.

La Organización Mundial de la Salud ha apoyado el Proyecto Genoma Humano porque siempre es parte de la naturaleza humana y, por consiguiente, de su autorrealización, del conocimiento de la realidad y del dominio de la naturaleza; además, es un proyecto lícito y bueno para el ser humano.⁷⁰

En el cálculo menos optimista, el Proyecto Genoma Humano tendrá consecuencias directas para quienes buscan atención médica o planificación familiar, así como para los inversores en fondos de retiro, las compañías de seguros y los patrones que deseen estimar la salud y capacidad de sus trabajadores. Los críticos a este proyecto sostienen que la reducción del ser humano a la expresión biológica del programa de instrucciones codificado por su ADN tendrá consecuencias morales serias en la forma de vernos nosotros mismos.⁷¹

Revisemos lo que se discutió en el Senado para el decreto que adiciona una fracción V bis al art 5 y un art 7 bis al capítulo I del título segundo de la *Ley de los Institutos Nacionales de Salud*.⁷²

La medicina genómica es una parte de la medicina que permitirá identificar secuencias de riesgo, protección o pronóstico a enfermedades de alto impacto en la salud pública.

La medicina genómica permite la aplicación del genoma humano al estudio de enfermedades comunes, como enfermedades cardiovasculares, obesidad, diabetes, asma, osteoporosis, cáncer, diferentes infecciones, etcétera.

Los senadores integrantes de las comisiones unidas coinciden en que la medicina genómica no tiene que ver con la clonación humana, con la manipulación

⁷⁰ José Kuthy Porter y otros, ob cit, pág 195.

⁷¹ Richard Appignanesi, ob cit, págs 112 y 113.

⁷² *Gaceta Parlamentaria* núm 49, 27 de abril de 2004, primer año de ejercicio, segundo periodo ordinario, www.senadodelarepublica.gob.mx. De las Comisiones Unidas de Salud y Seguridad Social, de Ciencia y Tecnología y de Estudios Legislativos, el que contiene proyecto de decreto que adiciona una fracc V bis al art 5, y un art 7 bis al capítulo I del título segundo de la *Ley de los Institutos Nacionales de Salud*. Fue aprobado en lo general por 100 votos. El art 7 bis del proyecto de decreto fue aprobado por 60 votos a favor y 39 en contra.

de embriones, ni con la manipulación de células madre, ni con la reproducción asistida.

- III. Los senadores de las comisiones unidas coinciden en que la investigación y *el desarrollo de nuevos campos de aplicación de la ciencia genómica y de la medicina genómica plantean nuevos retos éticos, legales y sociales fundamentales*, y el respeto al derecho de cada individuo de saber si quiere o no conocer las características propias de sus genes. De las tareas pendientes del Poder Legislativo está el generar un marco jurídico que permita el respeto a los individuos a decidir conocer o no su propia información genómica, así como también la confidencialidad de esta información, ya que su mal uso puede dar lugar a problemas importantes, como la discriminación o la estigmatización dentro de la sociedad.

Así también, *el consentimiento informado y la consulta comunitaria sobre estudios genómicos resulta fundamental en la consolidación de un marco jurídico* que asegure el aprovechamiento de los beneficios de la medicina genómica y evite esos riesgos.

- IV. *Que la medicina genómica va más allá del cuidado de la salud tiene una implicación sociopolítica estratégica para el desarrollo nacional*. La medicina genómica tiene grandes implicaciones sociales y económicas. El desarrollo de la medicina genómica en países industrializados muy probablemente no se ocupará de los problemas de países en desarrollo. El conocimiento de las características genómicas de la población plantea probables riesgos en puntos muy sensibles, como la salud y otros, que pueden atentar contra la soberanía nacional.
- V. Los senadores consideran que *la medicina genómica resulta una inversión estratégica* y contiene con enfermedades comunes crónicas e incapacitantes de alto costo social y financiero, por lo que acarreará ahorros considerables, en la atención de la salud.
- VI. Los senadores coinciden en que una de las principales tareas que debe de tener *el Inmegen es aspirar a una medicina que contribuya a una práctica médica más predictiva, preventiva e individualizada*, es decir, que desarrolle el conocimiento científico y tecnológico y que lo impulse decididamente.
- VII. *El desarrollo de la farmacogenómica y la terapia génica permitirá ahorros en los costos de atención a la salud* e impulsará la producción de bienes y servicios, elementos clave en la tarea que un instituto de esta naturaleza deberá realizar, siempre cuidando un marco ético y legal adecuado para su desarrollo y, asimismo, deberá divulgar la información precisa y confiable a toda la población porque es fundamental que en general se conozca la importancia que tiene.
- VIII. Los senadores integrantes consideran que el Instituto Nacional de Medicina Genómica se vislumbra como un instrumento de desarrollo que permita de forma concertada la promoción de la medicina genómica

a lo largo y ancho del país, encargada así de la formación de recursos humanos y de la innovación científica y tecnológica. Los modelos para el desarrollo del trabajo cotidiano deben de estar a la vanguardia que a nivel mundial se están desarrollando. Ante esto es fundamental que se busquen modelos de investigación que permitan la interrelación con los demás centros de estudios, que los recursos económicos no sean dispersados y que disminuyan la capacidad de investigación e innovación tecnológica.

... Tercero. Una vez constituida la junta de gobierno del Instituto Nacional de Medicina Genómica, *en la cual se incluirá un legislador de la Comisión de Salud*, expedirá su estatuto orgánico en un plazo de sesenta días, contados a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

Artículo único. Se modifica la minuta con proyecto de decreto que adiciona una fracción V bis al art 5, y un art 7 bis al Capítulo I del Título Segundo, de la *Ley de los Institutos Nacionales de Salud*, para quedar como sigue:

Artículo 7 bis. *El Instituto Nacional de Medicina Genómica tendrá las siguientes atribuciones:*

Realizar estudios e investigaciones clínicas, epidemiológicas, experimentales, de desarrollo tecnológico y básicas en las áreas de su especialidad, para la comprensión, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, rehabilitación de los afectados, así como para promover medidas de salud;

Impulsar en forma decidida la vinculación con instituciones nacionales para conformar una red de investigación y desarrollo en el campo de la medicina genómica y disciplinas afines, con la participación de instituciones internacionales, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley;

Fomentar la realización de proyectos de desarrollo de tecnología especializada, obteniendo con ello protocolos de innovación tecnológica en cuanto a la elaboración de medios de diagnóstico, farmacogenómica y terapia génica, y

Ser el centro nacional de referencia para asuntos relacionados con estudios sobre el genoma humano y sus aplicaciones.

Transitorios

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Salud, así como el Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología realizarán lo necesario para otorgar las provisiones de recursos necesarias para el establecimiento, desarrollo y operación del Instituto Nacional de Medicina Genómica.

Tercero. Una vez constituida la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Medicina Genómica, expedirá su estatuto orgánico en un plazo de sesenta días, contados a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

Así, nuestro país cumple con los compromisos internacionales en materia de genoma humano al poner en marcha las medidas necesarias para su regulación y ejecución como área estratégica con previsiones a futuro.

Resulta interesante e innovadora la forma como el reconocido maestro **Ernesto Gutiérrez y González**, en su más reciente publicación: *Derecho civil para la familia*,⁷³ trata los temas relacionados con la inseminación artificial en seres humanos, la fecundación *in vitro* y, sobre todo, la reproducción clónica. Su propuesta es valiente al aventurarse con la redacción de la posible legislación en torno a esta materia; con la honestidad intelectual que lo caracteriza, deja abierta la invitación a los oportunos comentarios que pudieran hacerle sus lectores. Baste dejar abierta la recomendación a esta obra que contribuye al necesario debate académico.

1.6.3 Aspectos político-económicos en la concepción del derecho

El poder político es el factor que da no sólo validez formal, sino también realidad efectiva y vigencia al orden jurídico. El poder político proporciona realidad al derecho positivo y habitualmente no equivale a fuerza física o a simple violencia material, sino que es la resultante de un consenso social, de un asentimiento por parte de los obligados.⁷⁴

El poder social predominante (o sea, el poder político) es algo muy distinto de la fuerza física. El poder político, por el hecho de serlo real y efectivamente y por mandar jurídicamente, dispone de toda su fuerza para imponer sus normas a los rebeldes.

La raíz de la vigencia de un sistema jurídico no puede consistir en una mera relación de fuerza bruta, sino en una resultante de las voluntades que forman la textura social. La más profunda raíz del mando jurídico no es la fuerza material, sino sobre un apoyo de la opinión pública; por eso tiene a su disposición el aparato coercitivo.

⁷³ Véase las fuentes de consulta.

⁷⁴ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción...*, cit, págs 65 a 71.

1.6.3.1 Globalización⁷⁵

Así como el “huevo y la gallina”, el derecho y la economía no acaban de situarse en un orden de prelación que resulta innecesario, pues ambas formas de organización son pilares en cualquier estructura social. Las nuevas vertientes económicas, en especial el neoliberalismo, han determinado el tipo de Estado y control legal de la forma de manifestación de estas vertientes; hoy por hoy, los avances científicos y tecnológicos han revolucionado las economías mundiales y, lamentablemente, lo que va a la postre es el derecho.

Retomando el concepto señalado por el Fondo Monetario Internacional (FMI): “La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de tecnología”.

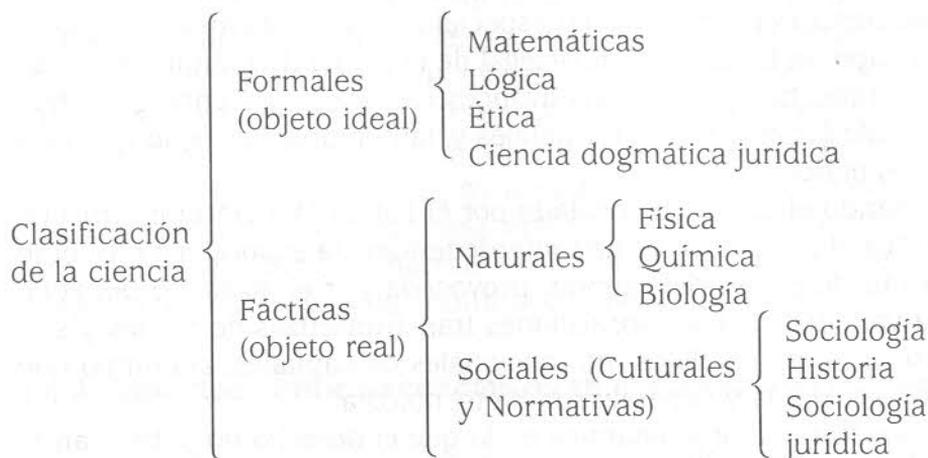
Estamos frente a una dinámica en la que el derecho no debe mantenerse aislado; así, la visión contemporánea de la política-económica obliga a “abrir las ciencias sociales” a otro tipo de materias, en especial la ética y la sociología. Estamos en el momento preciso de teorizar y elevar los niveles del discurso a consideraciones no sólo pragmáticas; por ello, hay que dar al derecho el rango de arte que ha perdido ante la embestida económica y tecnológica, de forma que no debe quedar como mera técnica instrumental, pues ése será efectivamente el indicio que nos hará presumir su inminente declive ante la visión posmoderna.

1.7 Análisis filosófico de la posible clasificación de la ciencia jurídica

Continuando con el desarrollo de la presente unidad, en seguida estudiamos la clasificación de la ciencia que, como el derecho, es indivisible, pues sus elementos se rigen por los mismos principios estructurales que se vieron en el apartado 1.1.2. Hagamos este ejercicio como una cuestión didáctica que nos permite estudiar, al diferenciar aspectos específicos, unos elementos de otros. Así, **Abbagnano** dice en su *Diccionario de filosofía*: “Una clasificación de la ciencia tiene solamente la intención más

⁷⁵ <http://www.globalizate.org/ques.html/2004>

modesta de dividir las en dos o más grupos según la afinidad de sus objetos o de sus instrumentos de investigación".⁷⁶ La distinción entre ciencias formales y factuales es la más destacada por los diversos autores que tratan el tema, a saber:



En la ciencia jurídica (esto es, la sistemática jurídica), al ser el estudio ordenado y coherente de los preceptos jurídicos en vigor en un sistema jurídico, el derecho es único e indivisible y todas sus ramas tienen una íntima relación entre sí. Al explicar en la materia introducción al estudio del derecho la clasificación de éste, se hace con fines pedagógicos en aras de una mejor comprensión del tema.

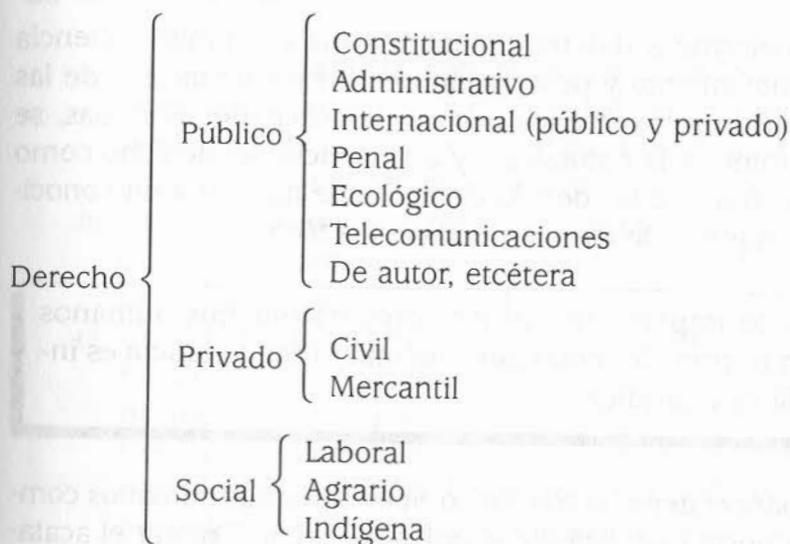
La clasificación tradicional parte de la diferenciación de tres conceptos, de los cuales los dos primeros, en cuanto a su definición, no han cambiado sustancialmente desde Roma y el último obedece a reivindicaciones sociales de inicio del siglo xx, como fueron la Revolución mexicana y la rusa:

- a) *Derecho público*: conjunto de normas que rigen la organización del Estado y la actividad de éste directamente encaminada al cumplimiento de las atribuciones que a él le corresponden.
- b) *Derecho privado*: conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y es aplicable a aquellos en los que el Estado interviene cuando la actividad de éste no afecta inmediatamente la satisfacción que le está encomendada de las necesidades generales.

⁷⁶ Para mayor referencia véase fuentes de consulta, *Diccionario de filosofía*, pág. 168.

- c) *Derecho social*: conjunto de normas jurídicas que protegen a grupos vulnerables previamente definidos en sus relaciones de desigualdad en atención a sus características peculiares en afán de respetar el principio de igualdad: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

De esta manera tenemos los parámetros de diferenciación de las vertientes para proceder a su clasificación. Al especializarse por las necesidades propias de la rama no habrá mayor problema en canalizarlo en alguna de las tres vertientes, como la reciente inserción del derecho indígena:⁷⁷



1.7.1 Comportamiento humano y comportamiento normativo

Para entender la diferencia entre comportamiento humano y comportamiento normativo debemos revisar lo expuesto por **Kelsen**,⁷⁸ donde el significado específico de la afirmación de que algo debe ser o debe ser realizado, sólo puede explicarse en referencia a la diferencia que existe entre esta afirmación y la aseveración de que algo es o es realizado. De la diferencia entre ser y deber ser nos percatamos directa e inmediatamente. El dualismo lógico entre ser y deber ser presenta la imposibilidad

⁷⁷ Para profundizar en el tema véase los libros de introducción al estudio del derecho referidos en las fuentes de consulta.

⁷⁸ Véase las fuentes de consulta.

de inferir de la afirmación que de algo es o es realizado la afirmación de que algo deberá ser o deberá realizarse y a la inversa. Nos percatamos especialmente del deber ser como algo diferente al del ser.

Algo es realizado
ser

Algo debe ser realizado
deber ser

Es importante distinguir claramente entre la descripción del acto cuyo significado es una norma y la descripción de una norma que da el significado del acto: uno es un enunciado del ser, y el otro un enunciado del deber ser.

En cuanto se determina al derecho como norma y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que constituyen entre los hechos determinados por ellas, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho como ciencia normativa, frente a las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos.

Para el derecho, lo importante son los comportamientos humanos contenidos en la norma, de modo que cualquier otra conducta es intrascendente a la vida jurídica.

Lo relevante para el derecho son los comportamientos humanos comprendidos en una norma jurídica. En el universo jurídico, omitir el acatamiento de lo prescrito en una disposición jurídica conlleva consecuencias que la norma contempla, de forma que cualquier otra conducta es irrelevante para ese universo. Así, para los particulares prevalece el principio: *todo lo que no está expresamente prohibido está permitido*, mientras que para la autoridad el principio que prevalece es: *sólo lo expresamente permitido es lo que se puede ejercer*.

Al hablar de deberes entramos al campo de la *deontología*,⁷⁹ concepto forjado por **Jeremy Bentham**. La deontología es la ciencia de los deberes que deben cumplirse para alcanzar el ideal utilitario del mayor placer posible para el mayor número factible de individuos. Desde este punto de vista, la deontología es una ciencia de normas que sirven como medios

⁷⁹ Para profundizar en el tema consúltense los diccionarios de filosofía que aparecen en las fuentes de consulta.

para alcanzar normas que consideran fines. Para **Abbagnano** es una moral fundada en la tendencia a perseguir el placer y huir del dolor. La tarea del deontólogo, según **Bentham**, es enseñar al hombre la manera de dirigir sus emociones de tal modo que queden subordinadas, en cuanto es posible, a su propio bienestar.

1.7.2 Normas de conducta y leyes naturales

Cabe hacer una acotación para diferenciar las normas de conducta (jurídicas o no) de las leyes que enuncian fenómenos naturales. Para **Eduardo García Máñez**:⁸⁰

- a) La finalidad de la ley natural es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos; el fin de las normas, provocar un comportamiento. Los principios científicos tienen un fin teórico; el de los juicios normativos es de orden práctico.
- b) Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos. El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga.
- c) Una ley natural es válida cuando es verdadera, o sea, cuando las relaciones a que su enunciado se refiere ocurren realmente, en la misma forma en que éste indica. Para que las leyes físicas tengan validez es indispensable que los hechos las confirmen. En un sentido filosófico estricto, las normas son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser si lo que postula como debido es valioso.

Coincidiendo con **Máñez, Senior** hace la diferencia, ahora específica, entre ley jurídica y ley natural como sigue:

1. *Desde el punto de vista de su finalidad.* La ley natural es teórica porque su enunciado no provoca ninguna consecuencia y ninguna ley natural hace que los fenómenos ocurran como ella enuncia. La ley jurídica es una norma obligatoria de conducta de carácter general, permanente e impuesta y sancionada por el Estado, por lo cual es práctica.

2. *Por los supuestos que implican.* Supuesto es el requisito previo para que algo pueda existir. El supuesto de la ley natural es la forzosidad o ne-

⁸⁰ Eduardo García Máñez, *Introducción al estudio...*, cit. págs 5 y 6.

cesidad del acontecer de los fenómenos, o sea, la ley natural requiere que los fenómenos que explica ocurran siempre de la misma manera, pues, en caso contrario, la ley caería por su propio peso. El supuesto de la ley jurídica es la libertad de los sujetos a quienes se dirige; esto es, una norma jurídica adquiere sentido sólo en cuanto a que el sujeto a quien se dirige tiene la posibilidad de actuar en un sentido o en otro, o de hacer lo que la ley dice o lo contrario.

3. *Desde el punto de vista de su validez.* La validez de la ley natural consiste en que su enunciado coincida o corresponda con la realidad que explica. Una ley natural o científica es verdadera o cierta cuando lo que expone concuerda con la realidad; en cambio, las normas jurídicas dependen de que la conducta que impone resulte intrínsecamente obligatoria, o sea, la ley jurídica es válida cuando el comportamiento que exige es por sí mismo exigible, aunque la ley no lo exigiera.

<i>Ley natural</i>	<i>Ley jurídica</i>
Es teórica y su enunciado no provoca ninguna consecuencia	Es práctica y una norma obligatoria de conducta
Se rige bajo el supuesto de la forzosidad	Se rige bajo el supuesto de la libertad de los sujetos
Es verdadera cuando lo que expone concuerda con la realidad	Depende de que la conducta que impone sea por sí misma exigible

1.8 Diversos niveles de la ciencia jurídica. Carácter científico o ausencia de éste en la filosofía del derecho

En este apartado estudiaremos en primer término los niveles del lenguaje en el derecho como forma introductoria, la sistemática y técnica jurídica, la ciencia del derecho comparado, las teorías del derecho, la filosofía del derecho y finalizaremos la presente unidad con una serie de reflexiones en torno al poder y la construcción de la ciencia.

El carácter científico o su ausencia en la filosofía del derecho, como demostramos en su oportunidad, es un contrasentido, pues quien puede lo más puede lo menos y quien puede lo menos no puede lo más. Esto implica que es aberrante dar un carácter científico a la filosofía; de igual

manera, buscar la cientificidad en la filosofía del derecho lo bajaría al primer nivel del conocimiento cuando la filosofía del derecho es el saber universal del derecho que busca qué es y qué vale el derecho; por ende, es ocioso pretender limitar lo que no debe ser limitado.

Lo que sí se puede hacer es bajar a través de los peldaños del conocimiento las abstracciones filosóficas para el enriquecimiento teórico y científico, respetando, claro está, los principios rectores y metodológicos a que debemos sujetarnos según el nivel en el que estemos situados.

1.8.1 Niveles del lenguaje en el derecho

Si se aplican los niveles del lenguaje al campo del derecho, se presenta la forma como lo explica **Tamayo y Salmorán**: la descripción del derecho hecha por el jurista mediante enunciados jurídicos constituye un meta-lenguaje respecto al lenguaje por medio del cual es formulado el derecho. Consecuentemente, la explicación del derecho se encuentra colocada en otro nivel más alto en referencia al derecho.

La dogmática jurídica o jurisprudencia dogmática posee el mejor título para reivindicar el nombre de *ciencia jurídica*. La dogmática jurídica, normalmente conocida como *doctrina*, constituye la ciencia secular del derecho y designa la actividad realizada por los juristas cuando escriben el derecho positivo.

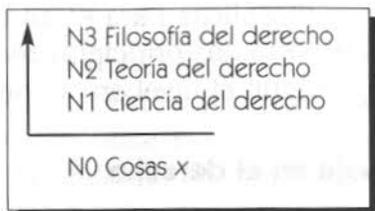
Con la expresión *filosofía del derecho* normalmente se entiende una actividad intelectual que reflexiona sobre las cuestiones fundamentales de la explicación jurídica. Existe una concepción según la cual la filosofía consiste en formular principios universales y finales para todas las cosas. Otra concepción, más técnica y rigurosa, es aquella en la que el objeto específico de la filosofía del derecho lo constituye la dogmática jurídica.⁸¹ Lo anterior puede exponerse gráficamente como sigue:

Nivel	Disciplina	Objetivo
N2	Filosofía del derecho	Análisis y prueba de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica
N1	Ciencia jurídica	Descripción o explicación del derecho positivo
N0		Derecho positivo

(N2, N1 y N0 corresponden a discursos o lenguajes jurídicos diferentes)

⁸¹ Véase Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos...*, cit, págs 271 a 277.

El estudio inicia desde el conocimiento más elemental de las cosas *x*, continúa con construcciones por medio de métodos rigurosos de la ciencia y el enriquecimiento de contenidos científicos a través de las teorías que son puntos de vista o perspectivas, hasta llegar al nivel más elevado que es la filosofía.



1.8.2 Sistemática y técnica jurídica

El tema aquí esbozado se referirá acuciosamente en la unidad 6, que lleva su nombre. Aquí enunciamos simplemente los tipos de sistemas en los que se pueden colocar los diversos tipos de derecho existentes, y agregamos la explicación de **Manuel Atienza**.⁸²

Existen cuatro tipos de sistemas jurídicos:

- Cerrados y que rechazan la innovación: el derecho judío clásico, el derecho musulmán o el *common law* de la época clásica.
- Cerrados y que admiten la innovación: el *common law* desde el siglo XIX o los derechos codificados de tipo continental-europeo.
- Abiertos, pero que no aceptan la innovación: derechos consuetudinarios.
- Abiertos y que aceptan la innovación: sistema de legalidad revolucionaria o derecho del Estado social.

1.8.3 Ciencia del derecho comparado

El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado.⁸³

⁸² Manuel Atienza, *El derecho...*, cit, págs 82 y 83.

⁸³ Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 1.

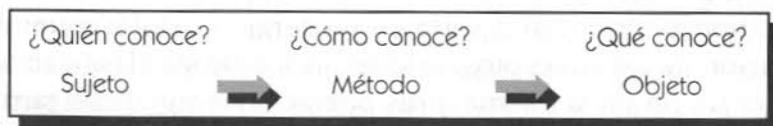
Más que derecho comparado debiera ser la comparación de derechos, pues simplemente es aprender de los aciertos y errores para enmendar el camino o anticipar posibles fallas, por desgracia, este enfoque no se ha cumplido a cabalidad, ya que, como se dice popularmente, “tropezamos de nuevo y con la misma piedra”. Nunca deberemos perder de vista el aspecto cultural cuando pretendamos lograr soluciones funcionales en otras latitudes, porque sólo así seremos fieles a nuestro producto de identidad que se refleja en el derecho nacional.

1.8.4 Teorías del derecho

En la filosofía del derecho de manera más específica se pueden mencionar diversas orientaciones respecto a determinados problemas filosófico-jurídicos. Uno de los más relevantes ha sido el problema de la naturaleza del razonamiento jurídico, especialmente desde que se ha puesto de relieve que este razonamiento no es, o no es sólo, de carácter lógico-deductivo:

La teoría es el conocimiento especulativo puramente racional. Para **Popper**,⁸⁴ las teorías son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos *mundo*, para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo y tratamos de que aquella malla sea cada vez más fina.

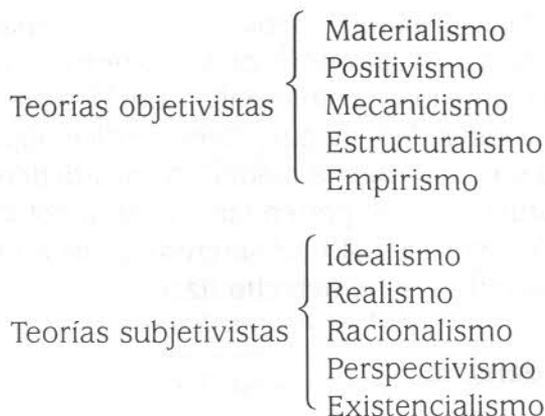
Recordemos las principales teorías objetivistas y subjetivistas que fueron estudiadas en el curso de teoría jurídica. Los elementos del proceso de conocimiento son tres:



Dependerá de la preeminencia que se dé al sujeto o al objeto del conocimiento lo que diferenciará el tipo de teoría:⁸⁵

⁸⁴ Citado en **Gloria Moreno Navarro**, *Teoría del derecho*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pág 21.

⁸⁵ Para un análisis de estas teorías consúltese la obra *Metodología jurídica* de **Rosalío López Durán**, referida en las fuentes de consulta.



En materia jurídica, las principales teorías antagónicas (en principio) han sido históricamente el positivismo y el naturalismo. Para los positivistas, el razonamiento jurídico o legal consiste en un sistema más o menos “mecánico” de reglas, mientras que otros reaccionan contra la postura anterior mediante doctrinas de tipo voluntaristas. Se ha propuesto una base naturalista, o una historicista o una pragmatista. Algunos señalan el carácter convencional del razonamiento jurídico y otros lo equiparan a una forma retórica, desarrollándose, también la teoría hermenéutica del razonamiento jurídico

Atienza responde a la pregunta: ¿qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? o, más general: ¿qué puede hacer la teoría o la filosofía del derecho por la práctica jurídica? La respuesta, en términos generales, es lo que puede contribuir a aclarar las cosas (los conceptos) y a sugerir cursos de acción.

La teoría del derecho no puede ser prescriptiva en este sentido fuerte, pero tampoco renunciar a serlo en un sentido débil o mínimo: como la clarificación de los conceptos, la formulación de las clasificaciones, etc, no debe ser un fin en sí misma, esas operaciones significan también, en cierta medida, prescribir.⁸⁶ Así, podemos identificar plenamente los niveles en que nos desarrollamos y las aportaciones, a partir de sus puntos de vista plurales, que aportan los diversos teóricos y doctrinarios que se aventuran a descubrir nuevas teorías o a interpretar originalmente los preceptos existentes.

⁸⁶ Manuel Atienza, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, pág 9.

1.8.5 Filosofía del derecho

El estudio de la definición del derecho, de su origen, fundamento y desarrollo es el tema de la filosofía del derecho, la cual es concebida a veces como una de las ramas de la filosofía y otras como la parte básica de una ciencia autónoma del derecho.

La filosofía del derecho como disciplina autónoma se ha ido constituyendo progresivamente en el transcurso de la época moderna, especialmente gracias a las aportaciones de Vitoria, Suárez, Grocio y Pufendorf, entre otros autores.

El primer filósofo que, con todo, parece haber tenido la idea de una filosofía del derecho como disciplina relativamente autónoma fue Hegel. El reconocimiento hegeliano del carácter objetivo-espiritual del derecho ha ejercido gran influencia en las filosofías del derecho de los siglos XIX y XX en el sentido de que ha contribuido a delimitar el ámbito del derecho respecto a otros ámbitos de las creaciones espirituales humanas. Pero junto a la coincidencia que se había dado a tal delimitación se han producido en los últimos cien años múltiples filosofías del derecho.⁸⁷

1.8.6 Reflexiones finales en torno al poder y la construcción de la ciencia

Para finalizar analizaremos los conceptos de filosofía como saber exhaustivo de la verdad, de ciencia como saber parcial, de filosofía del derecho como saber ontológico y axiológico del derecho, y de ciencia del derecho como sistemática jurídica, que es el estudio ordenado y coherente de los ordenamientos positivos, la distinción entre el comportamiento humano como ser y el comportamiento normativo como deber ser, la diferencia entre ley jurídica y ley natural, las ramas y temas de la filosofía del derecho y, por último, los diversos niveles de la ciencia jurídica. Hagamos una reflexión crítica en torno a la relación que tiene el poder en la construcción del saber científico.

⁸⁷ Véase los conceptos de Ferrater Mora en el apartado correspondiente, en especial las páginas 817 y 818.

Jean-Francois Lyotard sostiene:

Los objetos y los pensamientos salidos del conocimiento científico y de la economía capitalista pregonan y propagan con ellos una de las reglas a las que está sometida su posibilidad de ser, la regla según la cual no hay realidad si no es atestiguada por un consenso entre socios acerca de conocimientos y compromisos. La modernidad, cualquiera que sea la época de su origen, no existe jamás sin la ruptura de la creencia y sin el descubrimiento de lo poco de realidad que tiene la realidad, descubrimiento asociado a la invención de otras realidades. La realidad ocurre en función del consenso de socios y compromisos.

En cambio, para **Kelsen**:

Si por *ideología* no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su descripción, sino una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como *naturaleza* no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto de conocimiento, incluido, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo como realidad jurídica, entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra).

La teoría pura del derecho de **Kelsen** muestra una expresa tendencia antiideológica y mantiene la exposición del derecho positivo libre de toda mezcla con un derecho *ideal* o *justo*. En este sentido, es una teoría propia del positivismo jurídico, pero ¿realmente se puede elaborar un conocimiento científico con base en la descripción del comportamiento normativo libre de ideología?

En otro argumento expresado por **Kelsen**, como ciencia no se considera obligada sino a considerar conceptualmente el derecho según su esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Sobre todo rehúsa ponerse al servicio de cualquier interés político; por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica. ¿Efectivamente se puede ser tan formalista que ningún otro aspecto nuble la visión que tenemos como realidad de la ciencia jurídica?

Ya sentencia **Oscar Correas**: "El estudio de las ideologías, sea en el discurso del derecho, sea en el discurso jurídico, presenta problemas importantes que no parecen aún resueltos adecuadamente, muy posiblemente porque hay pocos estudios acerca de esta cuestión, y sólo en el estudio concreto se van perfeccionando los métodos científicos".

Para **Berumen**, en cuanto a la redeterminación ético-jurídica de la ideología del discurso del derecho, podemos concluir que la superación del contenido ideológico de aquél debe llevarse a cabo tomando en cuenta el contenido deóntico que debe conservarse, por constituir beneficios o logros jurídicos de la mayoría dominada en formación social; o, a la inversa, la conservación del contenido deóntico ético del discurso del derecho debe llevarse a cabo sin justificar las ideologías que, por no ser éticas, deben ser superadas.⁸⁸

En la actualidad ocurren tres hechos notables:

- a) La fusión de las técnicas y de las ciencias en un enorme aparato tecnocientífico.
- b) La revisión en todas las ciencias no sólo de las hipótesis (incluso de los paradigmas), sino también de los modos de razonamiento, de lógicas consideradas naturales e imprescriptibles: las paradojas abundan en la teoría matemática, física, astrofísica, biológica.
- c) La transformación cualitativa aportada por las nuevas tecnologías.⁸⁹

Con estos antecedentes no podemos ser ingenuos al revisar no sólo las formas sino el contenido de los sistemas jurídicos; por ello, debemos obrar con cautela y no permitir que de “manera lógica” ocurra la justificación técnica de la mayoría de las atrocidades. Hoy más que nunca se requiere abrir las ciencias sociales⁹⁰ y en particular el derecho a la gama de disciplinas que pueden servir como referente para criticarlo y enriquecerlo.

Una oportunidad la ofrece el pensamiento filosófico contemporáneo, que ha sabido exponer alguno de los problemas que cimientan la crisis de la mayoría de las disciplinas, por ejemplo: las reflexiones de **Michel Foucault**⁹¹ son una interesante relación entre poder y saber:

Antes ser intelectual era, en cierto modo, ser la conciencia de todos. Hace bastantes años que no se pide al intelectual que desempeñe este papel. Los intelectuales se han habituado a trabajar no en lo universal, en lo ejemplar,

⁸⁸ **Arturo Berumen Campos**, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, pág. 130.

⁸⁹ **Jean-Francois Lyotard** hace ésa y otras reflexiones en sus libros citados en la bibliografía.

⁹⁰ Para abundar sobre el tema véase **Immanuel Wallerstein** (coord), *Abrir las ciencias sociales*, trad **Stella Mastrángelo**. Siglo XXI-UNAM, México, 2001.

⁹¹ **Michel Foucault**, *Estrategias de poder*, vol II, trad **Julia Varela** y **Fernando Álvarez-Uria**, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999, págs. 41 a 55.

en lo justo-y-lo-verdadero-para-todos, sino en sectores específicos, en puntos precisos en que los situaban sus condiciones de trabajo o de vida. El intelectual de antes era el escritor por excelencia: una conciencia universal, un sujeto libre que se oponía a aquellos que únicamente eran competentes al servicio del Estado o del capital. Ahora el intelectual específico deriva de otra figura, no del jurista-notable, sino del científico-experto. Este intelectual ya no es el rápsoda de la eternidad, sino el estratega de la vida y de la muerte. Actualmente presenciamos la desaparición del gran escritor.

La verdad no está fuera del poder ni carece de poder. La verdad es de este mundo; es producida gracias a múltiples imposiciones y genera efectos reglados de poder. Cada sociedad posee su régimen de verdad, su "política general de la verdad": es decir, define los tipos de discursos que acoge y hace funcionar como verdaderos. La verdad se centra en la forma del discurso científico y en las instituciones que lo producen, a la vez que está sometida a una constante incitación económica y política.

La verdad está ligada circularmente tanto a los sistemas de poder que la producen y la mantienen, como a los efectos de poder que induce y que la acompaña, al régimen de verdad. El problema político del intelectual consiste en saber si es posible constituir una nueva política de la verdad. En suma, la cuestión política no es el error, la ilusión, la conciencia alienada o la ideología, sino la verdad misma.

Así, al reconocer una realidad más compleja y nada ingenua, es menester esclarecer esos juegos de poder que determinan y limitan el saber científico y a la par exigir la fuerza de la debida argumentación para la implementación de cualquier postura en cualquier medio, con reglas claras sin encubrimientos. Sólo de ese modo el resurgir del pensamiento no encontrará zanjas a su paso y podrá florecer en un aire quizá viciado pero no por eso irreparable.

Finalizamos el estudio de esta unidad con la atinada aseveración que hace **Giorgio Colli**:

A los científicos modernos todavía no se les ha ocurrido algo que para los antiguos era obvio: *es preciso silenciar los conocimientos destinados a los pocos*, las fórmulas y las formulaciones abstractas peligrosas, capaces de evaluaciones fatales, nefastas en sus aplicaciones, deben ser valoradas anticipadamente y en todo su alcance por quien las ha descubierto y, en

consecuencia, ser celosamente escondidas, sustraídas a la publicidad... *Con el silencio, la ciencia asusta al Estado y es respetada*. El Estado sólo puede vivir, luchar y fortalecerse con los medios ofrecidos por la cultura: es algo que sabe perfectamente. *El jefe de la tribu depende visceralmente del hechicero*.⁹²

Con la revisión realizada contamos con el campo de acción del ulterior análisis: en las unidades 2, 3 y 4 estudiaremos la primera parte de la filosofía del derecho: la ontología jurídica, así como la definición del derecho, las principales corrientes de la filosofía y la ciencia jurídica y los conceptos jurídicos fundamentales.

La axiología jurídica la veremos en las unidades 5, 6 y 7 referentes a los valores jurídicos, la axiología jurídica y los derechos humanos. Luego estudiaremos la ciencia jurídica y en la última unidad analizaremos la sistemática jurídica.

Autoevaluación

1. De las definiciones de filosofía escoja el lector al autor con el que más se identifique y justifique el porqué de su elección. _____

2. Elabore un concepto de ciencia con por lo menos tres autores mencionados. _____

3. Encuentre otra distinción entre filosofía y ciencia no citada en el cuadro. _____

4. Mencione las ramas de la filosofía y explique tres de la filosofía del derecho. _____

5. Dé tres ejemplos de norma de conducta y ley natural. _____

⁹² Giorgio Colli, *Después de Nietzsche*, 2a ed, trad Carmen Artal, Anagrama, Madrid, 1998, pág 39.

6. Explique el objeto de la filosofía del derecho. _____

7. Fije su punto de vista en relación con la propuesta de regular el contenido de Internet. _____

8. Redacte un artículo que regule la clonación. _____

9. Relacione, en tres párrafos, críticamente el poder con la construcción de la ciencia. _____

10. Fundamente el porqué se debe estudiar la filosofía del derecho como materia obligada. _____

UNIDAD 2

Principales corrientes de la filosofía y de la ciencia jurídica

Objetivo particular: Al concluir esta parte del curso, el alumno(a):
Explicará la metodología distintiva de cada una de las corrientes (tradicionales y contemporáneas) que estudian el derecho, con sus respectivas críticas, empleando la terminología adecuada.

2.1 Consideraciones previas

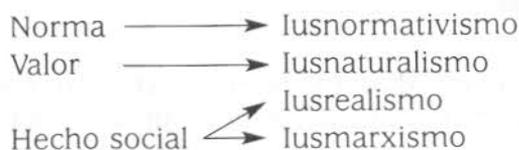
La filosofía del derecho se ocupa de estudiar qué es el derecho y qué vale el derecho. En la unidad 1 analizamos la ubicación de la filosofía del derecho dentro de la filosofía en general e hicimos la distinción entre el campo del saber filosófico y científico. La ontología jurídica la revisaremos en la unidad 3 al examinar la posible definición del derecho, ahora debemos señalar las principales corrientes de la filosofía y de la ciencia jurídica, ya que de la visión de lo jurídico partiremos para dar las distintas definiciones de derecho.

Las definiciones del concepto de derecho pueden ser agrupadas en tres tipos: axiológicas, normativas y sociológicas. Asimismo, cada una da lugar a sendas concepciones del derecho, como iusnaturalismo, iusformalismo y iusrealismo. De igual forma, a la luz de las distintas metodologías, cada una da prioridad a una perspectiva: el iusnaturalismo, al valor natural o justo; el iusformalismo, a la norma vigente o formal, y el iusrealismo, al hecho eficaz o real.¹ Con base en esta clasificación estudiaremos las principales corrientes, como iusnaturalismo, positivismo jurídico, sociologismo jurídico y iusmarxismo.

La definición de derecho que da **Luis Recaséns Siches** es como sigue: es el conjunto de normas jurídicas que tienen como propósito regular la vida del ser humano en sociedad y que cumple valores. Según dicho autor, en el derecho hay tres dimensiones: hecho, norma y valor. El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social, obra producida bajo forma normativa, y que en su función para satisfacer esas necesidades intenta hacerlo de acuerdo con la realización de valores específicos.² Así tenemos lo siguiente:

<i>Derecho como</i>	
Hecho	Sociologismo jurídico
Norma	Ciencia jurídica
Valor	Política jurídica

De esta definición, el maestro **Rosalío López Durán** explica la existencia de las diversas metodologías y precisa que dicha elaboración ocurre con fines didácticos.³



¹ **Héctor González Uribe**, *La ciencia del derecho durante el siglo xx*, UNAM, México, 1998, pág. 1025.

² **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed., Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 40.

³ **Rosalío López Durán**, *Metodología jurídica*, Iure Editores, México, 2002, pág. 186.

Así, al revisar las diversas concepciones del derecho podemos precisar la esencia de su definición, lo cual depende de la visión particular que cada uno aporte. Coincidiendo con **Wroblewski**, el derecho se entiende como el conjunto de prescripciones que satisfacen las condiciones precisas en una teoría del derecho determinada.⁴

En la filosofía, como forma de vida, contamos con una variedad de cosmovisiones que determinan la forma de construir o reconocer la realidad; de manera similar se concibe el derecho. Según la forma de configuración de lo jurídico partimos para dar la definición del derecho, que contendrá los elementos distintivos de cada vertiente.

2.2 Iusnaturalismo

El naturalismo tiene muchos significados y no sólo diferentes tipos —por ejemplo, el ético, el epistemológico y el estético—, sino una gran variedad.⁵

De acuerdo con **Nino**, citado por **Witker** y **Rogelio Larios**, el iusnaturalismo sostiene que existen principios morales y de justicia universalmente válidos que conforman el derecho natural.⁶

Para **Recaséns**, derecho natural quiere decir los principios ideales intrínsecamente válidos, según los cuales debe ser fabricado el derecho humano, el derecho positivo. Se entiende que tales principios constituyen aquello que la razón, referida a la esencia del hombre, a la llamada naturaleza humana, requiere respecto de las relaciones entre humanos y respecto a las estructuras de la colectividad. Se entiende que esos primeros principios ideales normativos tienen una validez en sí mismos, independientemente de que los hombres, en especial los legisladores, obedezcan o no sus exigencias. Son principios no puestos por los hombres; antes bien, son criterios dotados de intrínseca validez, la cual, por lo tanto, no depende del arbitrio humano.⁷

⁴ **Jerzi Wroblewski**, "Los lenguajes del discurso jurídico" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm 14, UNAM, México, 1990, pág 357.

⁵ **Stuart Brown** y otros, *Cien filósofos del siglo xx*, trad **Juan José Utrilla**, Editorial Diana, México, 2001, pág 275.

⁶ **Jorge Witker Velásquez** y **Rogelio Larios Velasco**, *Metodología jurídica*, 2a ed, McGraw-Hill Interamericana, México, 2002, pág 169.

⁷ Para mayor información véase la obra de **Recaséns Siches** referida en la bibliografía.

Para **Óscar Correas**, el iusnaturalismo como tipo de pensamiento constituye una metafísica jurídica. El supuesto metafísico es aquí la existencia de una naturaleza humana que, de una u otra forma, funda los derechos “naturales”. Al hombre, por serlo, “le pertenecen” inalienablemente ciertos “derechos” que son anteriores al Estado y que, en consecuencia, deben ser “reconocidos por él”.⁸

2.2.1 Referencias históricas⁹

En el ámbito jurídico aparece el iusnaturalismo de los siglos xvii y xviii, en el cual predominan tres corrientes: en Holanda existe la prolongación del *mos gallicus*, que toma forma de la culta escuela romanista de la *iurisprudentia elegans*, cuyos seguidores elaboraron un derecho romano holandés que ofreció un firme apoyo al desarrollo de ese país cuyo legado aún se utiliza en Sudáfrica; a su vez, en el centro de Europa encontramos el *usus modernus pandectarum* con una actitud demasiado pragmática. Ambas corrientes se mezclaron desde el siglo xvii con el iusnaturalismo, que fue trasladado del campo de la filosofía del derecho al del derecho positivo.

Desde **Sócrates** había existido la intuición de un derecho natural, pero hasta los siglos referidos se elaboró un detallado derecho natural positivo, una legislación intrínsecamente justa e independiente de las condiciones especiales de cada país o del momento histórico. Con el racionalismo de **Sócrates** se fincan las bases para el supuesto “ideal” del derecho natural.

El *mos gallicus* acusó al *mos italicus* de empleo bárbaro del latín y de ignorancia del griego en sus interpretaciones literales de ausencia de sentido crítico por acudir al argumento de la autoridad, de deformación de las doctrinas romanas originales y de ceguera ante la evolución de éstas por carencia de conocimientos históricos; reaccionaba así contra el método escolástico de la enseñanza y predicaba un retorno a las puras fuentes romanas por medio de una visión histórica y humanista. De allí que se conozca también al *mos gallicus* como la escuela humanista. Gracias a la divergencia de opiniones empezaron a hacerse las sanas críticas que evidenciaron las deficiencias de la interpretación y trataron de realizar un mejor trabajo.

⁸ **Óscar Correas**, *Introducción a la crítica de derecho moderno (esbozo)*, Fontamara, México, 2000, pág. 23.

⁹ En lo relativo a los antecedentes históricos véase **Guillermo F. Margadant**, *Panorama de la historia universal del derecho*, 4a ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.

Hugo Grocio (1583-1645), uno de los principales autores que representan esta tendencia, no sólo se interesó en particular por el derecho internacional en el que puede tener más trascendencia el derecho natural, sino también tuvo cierta influencia de los autores españoles, como **Victoria** y **Suárez**, pero en su obra sustituye el ambiente teológico de estos autores por el recurso de la razón; a su vez, en Inglaterra, el iusnaturalismo racional encontró resonancia en **Jeremy Bentham** (1728-1832). Este movimiento naturalista creó una actitud más libre y crítica frente a los textos del *corpus iuris*.

El iusnaturalista, con su anhelo de crear un derecho intrínsecamente justo, deductivamente elaborado y plasmado en un sistema lógico, contribuye al movimiento codificador que se dará a mediados del siglo XVIII, empezando la racionalización formal.

La tradición aristotélica-tomista responde: derecho es lo justo. Veremos cómo con **Grocio** inicia otra tradición, la racionalista, para la cual la respuesta ontológica es diferente: la realidad última del derecho ya no es lo justo sino la declaración de lo justo, la corrección del pensamiento justificado en sí mismo. Con el acercamiento *iusnaturalista* al derecho se mezclan elementos históricos e incluso sociológicos. La introducción del elemento *razón* en el derecho no significó la destronización del derecho romano. Se desvincula al fin la relación religión-derecho, pero pronto es sustituida por otro símbolo místico *razón* y la *diosa razón* entra en escena. La creación se convierte en un artificio que justifica su funcionalidad en sí misma.

2.3 Positivismo jurídico

El positivismo, en términos generales, es cualquier opinión que esté de acuerdo con la ciencia como monopolio del conocimiento acerca del universo. El positivismo es característicamente antimetafísico y comúnmente antirreligioso.¹⁰

El término *positivismo* es empleado en un sentido especial en conexión con el derecho, por ejemplo: para negar que existan derechos (como

¹⁰ Stuart Brown y otros, ob cit, pág 280.

los supuestos derechos naturales), salvo los otorgados por los derechos positivos de países en particular. El positivismo legal se remonta al menos al siglo XIX, pero en el siglo XX está representado, entre otros, por **Hans Kelsen**. Aunque los positivistas legales no necesariamente sean positivistas en el sentido más general, el positivismo legal es consecuencia del positivismo lógico en la medida en que los planteamientos acerca de derechos naturales pueden considerarse metafísicos y, por tanto, según esa doctrina, carecen de todo sentido.¹¹

El positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen con base en el derecho positivo, por medios puramente intelectuales y sin recurrir a criterios de valor.

Este positivismo se gobierna no sólo por principios lógicos, sino también y sobre todo por principios jurídicos, a saber:

- a) Pesa sobre el juez la prohibición de crear derecho.
- b) Pesa también la prohibición de negarse a resolver una controversia.
- c) La ley carece de lagunas y no implica contradicciones, sino que es completa y clara.

El camino de que se vale la ciencia del derecho para llegar a una decisión unívoca de los problemas que se le plantean es el de la hermenéutica jurídica.¹²

El derecho positivo es una teoría del derecho positivo, que a su vez es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos.¹³

La teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico. No toma en consideración normas emanadas de otra fuente que no sean autoridades humanas, excluyendo las sobrehumanas.

¹¹ *Ibidem*, págs 281 y 282.

¹² Véase **Gustav Radbruch**, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad **Wenceslao Roces**, FCE, México, 1997, págs 121 y 122.

¹³ **Hans Kelsen**, *Teoría pura del derecho*, 12a ed, trad **Roberto J. Vernengo**, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 63.

2.3.1 Influencia de Hans Kelsen¹⁴

El pensamiento jurídico de **Kelsen**, de enorme trascendencia en la ciencia contemporánea del derecho, tiene sus raíces en las concepciones filosóficas de su época; por tal debemos entender los años anteriores a la primera guerra mundial, que son los años en que **Kelsen** estructuró y desarrolló en Viena su *Teoría pura del derecho*. Este autor parte del neokantismo para encarar los problemas jurídicos con una cosmovisión análoga a la del Círculo de Viena.

El mentor de este grupo fue el físico **Ernst Mach**, quien defendía en filosofía un empirismo radical, conocido como “empirio-criticismo”, según el cual sólo es real el curso regular de las sensaciones, mientras que todos los elementos conceptuales sólo tienen un valor pragmático:

Una teoría es verdadera cuando reduce nuestras experiencias a la fórmula más sencilla (principio de la economía del pensar) y las leyes naturales son meras abreviaciones de una pluralidad de experiencias. Lo que une a los diversos componentes del grupo es una preocupación común por elaborar una filosofía científica, con métodos tomados de la física y en la que se rechazan las construcciones especulativas y, sobre todo, las construcciones consideradas metafísicas; además, se aplica sistemáticamente el análisis lógico del lenguaje y se señala que lo empírico y lo sensible son el único criterio que decide el valor del significado de nuestros conceptos, juicios y enunciados científicos.

Cuando **Kelsen** publicó en 1911 su primera gran obra *Problemas fundamentales del derecho constitucional desarrollados por la doctrina de la norma jurídica*, encontramos que los rasgos capitales de su teoría pura del derecho, ya claramente delineada ahí, son kantianos: la estricta separación entre el mundo del ser y el del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del derecho y sociología, entre ley causal y norma.

El punto de partida kantiano se precisa en los tres presupuestos que **Kelsen** detalla:

- a) Constituir una ciencia que tenga como único objeto el derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.

¹⁴ Guillermo F. Margadant, ob cit, págs 407 a 430.

- b) Por derecho hay que entender exclusivamente el derecho positivo. La teoría pura procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería formarse.
- c) Al decir *teoría* se presupone que el objeto de estudio serán sólo las normas jurídicas y se excluye el contenido de la norma. Lo propio del derecho será el deber ser jurídico, expresado en la norma jurídica.

Con estos tres presupuestos e influido por el temor de las contaminaciones, **Kelsen** reduce el derecho a una lógica formal jurídica, centrada en el estudio de la norma jurídica. Como resultado del pensamiento kantiano, existe un pensamiento puro, como si el derecho no fuera un producto social influido por múltiples factores.

Para **Kelsen**, la justicia absoluta es un ideal irracional, una ilusión, una de las eternas ilusiones de la humanidad. Desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses de seres humanos y los conflictos de intereses que esos seres ocasionan. Se puede alcanzar la solución de estos conflictos ya sea satisfaciendo un interés a expensas del otro, o por un compromiso entre los intereses en conflicto. **Kelsen** se pronuncia por una filosofía subjetivista de la justicia.

La posición en el sentido de que los principios morales se componen sólo de valores relativos no significa que no contengan ningún valor, sino que no hay un único sistema moral y, por consiguiente, se debe seleccionar entre ellos. De esta forma, el relativismo impone a cada individuo la difícil tarea de decidir por sí mismo lo que es justo y lo que es injusto. Según **Kelsen**, el conocimiento de las valoraciones morales carece simplemente de valor científico; además, a las normas del derecho positivo corresponde cierta realidad social, pero no a las normas de justicia. El valor del derecho positivo es objetivo, en tanto que el de la justicia es subjetivo.¹⁵

Para dicho autor, el derecho es un conjunto de normas válidas y eficaces gracias a la coacción estatal (el Estado como fuente del derecho, que al ser formalmente válido era justo), pero esta noción sólo es aplicable al derecho positivo.

¹⁵ Para revisar la obra completa, véase **Hans Kelsen**, *¿Qué es la justicia?*, 13a ed, trad **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2001.

Cualquier derecho positivo será verdadero derecho si produce normas válidas y eficaces. Nada importa, para **Kelsen**, que esas normas sean injustas ni que las promulgue un tirano.

Tampoco interesan los fines y contenidos de esas normas, con tal que las veamos funcionar con validez y eficacia. Tenemos un derecho, pero deshumanizado. La forma de pensamiento se justifica con otros pensamientos, de modo que las normas pueden cubrir la lógica sin importar el contenido. Vemos aquí la base teórica en que se formularon las leyes alemanas durante el holocausto.

Un elemento fundamental de la teoría de **Kelsen** es la coacción (facultad de emplear la fuerza) como la nota esencial distintiva del derecho. Al diferenciar el derecho y la moral, el mencionado autor lo encuentra en el contenido de las reglas que lo describen. En una regla de derecho, la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico (este acto coactivo se llama sanción). En el marco de un derecho estatal, la sanción se presenta como una pena o una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Una de las aportaciones más valiosas de **Kelsen** es la que se refiere a la jerarquía de las normas jurídicas. Siguiendo una lógica férrea, vemos estructurarse todas las normas que componen el orden jurídico a partir de una norma básica hasta los actos jurídicos de los particulares. Con la pureza metódica de **Kelsen** se consigue la unidad del conocimiento científico-jurídico. Se relativiza la diferencia entre creación y aplicación del derecho.

Toda creación del derecho implica una aplicación de éste y viceversa: toda aplicación es creación del derecho. Tal creación surge maniatada por las leyes de mayor rango que tienen determinadas las bases necesarias que favorecen el conservadurismo de ciertas instituciones.

Su jerarquización se complica cuando pretende precisar el fundamento de la norma básica. No quiere reconocer que, en última instancia, el derecho debe empezar con una actitud política movida por ideas filosóficas. Por eso dice dicho autor que la norma básica tiene que valer por sí

misma, porque se supone que es válida, de modo que el último fundamento del orden jurídico es, para **Kelsen**, un acto de la razón pura.

2.3.2 Formalismo jurídico

Estudiemos los elementos relevantes de esta vertiente de acuerdo con el pensamiento de **Norberto Bobbio** analizado por **García Máynez**.¹⁶

Formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas y siempre recurrentes entre las que oscila el péndulo de la ciencia jurídica, del mismo modo que en estética esos extremos son el clasicismo y el romanticismo, y en la política la actitud conservadora y radical.

En el primero de los sentidos, por formalismo jurídico se entiende cierta teoría de la justicia y, en particular, la de que es justo lo conforme a la ley e injusto lo que se aparta de ella; en segundo lugar, en determinada teoría del derecho, no en una teoría de lo justo, el formalismo jurídico está representado por la doctrina que distingue, dentro del ámbito de la actividad humana, lo jurídico de lo no jurídico, y una tercera significación alude a la de la ciencia como disciplina formal. Se trata de un saber que tiene por objeto no fenómenos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias de la naturaleza, sino la construcción y, en última instancia, el sistema. El cuarto término se refiere a la interpretación, mientras que el formalismo antepone la interpretación lógico-sistemática a la histórica-teleológica.¹⁷

Para el formalismo jurídico, conforme a **Manuel Atienza**, la imagen del derecho se presenta con las afirmaciones siguientes:¹⁸

- a) El derecho es básicamente un sistema general de normas, obra del legislador y que, por tanto, preexisten al juez; el derecho tiende a identificarse así con la ley.
- b) El derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso.

¹⁶ **Eduardo García Máynez**, *Importancia de la teoría jurídica pura*, 2a ed, Fontamara, México, 1999, pág 25.

¹⁷ Para mayor información: **Eduardo García Máynez**, *Positivismo jurídico, realismo jurídico y iusnaturalismo*, 4a ed, UNAM, México, 1997, págs 27, 30, 33 y 34.

¹⁸ **Manuel Atienza**, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, págs 128 y 129.

- c) La función del juez consiste en descubrir el derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear derecho.

2.4 Sociologismo jurídico

La sociología del derecho surge del pensamiento jurídico o como reacción a éste. Parte de los problemas y preocupaciones del jurista se nutre del pensamiento jurídico de **Eugen Ehrlich**, **Max Weber**, **Niklas Luhmann**, **Emile Durkheim** y **Pierre Bourdieu**, entre otros.

El jussociologismo incluye el realismo estadounidense, el realismo escandinavo y el jusmarxismo. Para **Durkheim**, los temas de la verdadera sociología del derecho son: resolver cómo las reglas jurídicas se han constituido realmente, cuáles fueron las causas que las originaron, las necesidades que tratan de satisfacer y cómo funcionan efectivamente en la sociedad.¹⁹

El sociologismo o, como también podría designarse, el historicismo jurídico es un tipo de pensamiento según el cual el derecho es un producto de la historia. La historia inmediata de las condiciones sociales explica el "ser así" de las normas y las concepciones jurídicas.²⁰

Uno de los más destacados representantes del llamado *realismo jurídico sociológico* es el profesor **Alf Ross**. Según el jurista escandinavo, la teoría general del derecho debe plantear y resolver tres grandes problemas: el de concepto y naturaleza del derecho, el de fin o idea de éste y el de la interferencia entre derecho y sociedad.²¹

Un punto común a todas las teorías realistas consiste en que éstas interpretan la vigencia del derecho en atención a la efectividad de las normas jurídicas. Una norma vigente se distingue de un proyecto de ley o de una iniciativa de reforma en que su contenido actúa en la vida jurídica de la comunidad.²²

El realismo es una posición teórica según la cual hay objetos reales independientemente de nuestra conciencia.²³

¹⁹ **Jorge Witker Velásquez** y **Rogelio Larios Velasco**, ob cit, pág 183.

²⁰ **Oscar Correas**, *Introducción...*, cit, pág 25.

²¹ Para mayor profundidad en el análisis de este tema véase **Eduardo García Máynez**, *Positivismo...*, cit, pág 75.

²² *Ibidem*, pág 105.

²³ **Manuel Ovilla Mandujano**, *Teoría del derecho*, 7a ed, Duero, México, 1992, pág 75.

2.4.1 Teoría de los sistemas (Niklas Luhmann)

Luhmann, quien sigue la tradición de **Parson** y **Durkheim**, es el principal y máximo exponente de la *teoría de sistemas* y escribió sobre todos los temas de la sociología con la idea de dar una explicación de la sociedad moderna; además, trató de dar un nuevo fundamento teórico a la sociología y de explicar sociológicamente lo que es el derecho.²⁴

El derecho está constituido por expectativas normativas que tienen un cierto respaldo social.

El derecho funciona como un sistema inmune, de modo que en vez de organismos patógenos hay conflictos, de los cuales el derecho emite normas, refuerza ciertas expectativas y ambas ya se tienen preparadas cuando se vuelva a producir la misma situación.

Para el jurista, la distinción importante es entre *normas* (deber ser) y *hechos* (ser). Un hecho no puede afectar la validez de una norma aunque sea contrario a ella.

Para el sociólogo, las normas son hechos, los cuales se explican y se llaman normas. Su distinción es cognitiva/normativa.

Derecho. Es la estructura de un sistema social que consiste en expectativas normativas congruentes, generalizadas y contrafácticamente establecidas.

Para **Luhmann**, la sociedad moderna es aquella funcionalmente diferenciada compuesta por sistemas que cumplen una función respecto a la sociedad, sin que ningún sistema domine sobre otros.

La teoría de sistemas se refiere no a los sistemas, sino a la diferencia entre sistema y entorno, de modo que no hay sistema sin entorno. Al respecto existen distintos tipos de sistemas:

continúa

²⁴ Para profundizar en el tema véase **Niklas Luhmann**, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad **Ignacio de Otto**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

continuación

- Mecánicos.
- Biológicos.
- Psíquicos.
- Sociales (interacciones, organizaciones y sociedades).

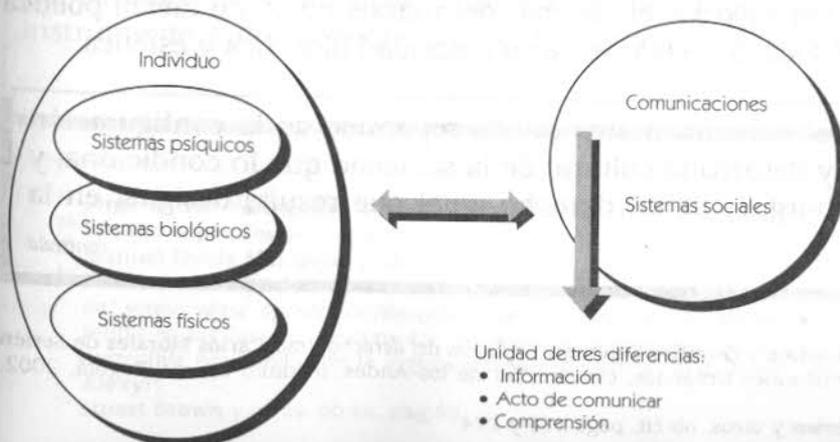
Todos tienen en común que se diferencian de un entorno y están compuestos de ciertos elementos y realizan operaciones con esos elementos.

Autopoiesis: creación o producción por sí misma. Sistemas que se producen a sí mismos por medio de sus elementos.

Los sistemas biológicos, psíquicos y sociales son así porque son de naturaleza cerrada. Lo único que tienen para funcionar son sus propios elementos y producen así otros elementos, lo cual genera una relación circular cerrada y le permite diferenciarse de su entorno y darle cierta autonomía respecto a él.

Los sistemas sociales están hechos de comunicaciones, no de seres humanos (un individuo es una unidad concreta de un sistema psíquico, biológico, químico, físico y esa unidad es muy heterogénea para ser parte de otra cosa, pues no forma parte de la sociedad).

Podemos representar lo anterior de la forma siguiente:



Luhmann argumenta que la crisis actual del derecho es producto de la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada. Dicha transición exige una transición paralela en el orden legal. Desde este punto de vista, la crisis actual del derecho es resultado de la inadecuación de los sistemas de derecho positivo que hemos recibido, teniendo en cuenta las complejidades de una sociedad funcionalmente diferenciada. Lo que se necesita es mayor abstracción, pensamiento funcionalista y autorreflexión del sistema legal.²⁵

2.5 Jusmarxismo

Probablemente mejor conocido como teoría sociopolítica, el marxismo es, en su base, una teoría filosófica cuyas raíces están en el idealismo hegeliano y su concepto de la dialéctica. Mientras **Hegel** postulaba un “espíritu del mundo” que gradualmente alcanzaba su autorrealización mediante un proceso de progresión dialéctica, la dialéctica marxista se encuentra firmemente arraigada en el nivel material: de ahí el concepto de materialismo dialéctico en que está estructurado el marxismo.²⁶

Durante el siglo xx, el marxismo fue una teoría de extrema influencia no sólo políticamente, sino también en lo filosófico y lo estético. Ha habido varias escuelas en el marxismo, entre las cuales las más importantes son la soviética y la occidental; la primera (sostenida por **Lenin**, **Stalin** y otros) se interesaba básicamente por la cuestión política práctica de edificar un nuevo estado socialista, y la segunda (escuela de Frankfurt y otros) generalmente se caracterizó por estar más interesada en cuestiones filosóficas, estéticas y académicas.

A finales del siglo xx, el declinar del marxismo como fuerza política internacional socavó severamente su autoridad filosófica y estética.

Para **Marx**, el derecho nunca puede separarse de la configuración económica y desarrollo cultural de la sociedad que lo condiciona, y el derecho burgués es un derecho igual que resulta desigual en la

continúa

²⁵ **Pierre Bourdieu y Gunther Teubner**, *La fuerza del derecho*, trad **Carlos Morales de Setién Rabian**, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Bogotá, 2002, pág 90.

²⁶ **Stuart Brown** y otros, ob cit, págs 273 y 274.

continuación

práctica, por la desigualdad del trabajo desarrollado. Para el jusmarxismo, el derecho es la expresión autoritaria de los intereses sociales que han triunfado.²⁷

Las teorías marxistas del derecho tienen en común que utilizan el método del materialismo dialéctico para analizar la vinculación entre el derecho y la estructura social.²⁸ Conforme a **Marx**, estructura es la constitución económica de la sociedad en que entran las relaciones de producción y las de trabajo, mientras que superestructura es la constitución jurídica, estatal e ideológica de la sociedad.

Para **Ovilla**, las teorías son marxistas porque la base epistemológica que las sostiene es de corte materialista dialéctico; los problemas, el método y el aparato conceptual que utilizan lo han tomado de este pensador y porque sus conclusiones coinciden con las observaciones del propio **Marx**.²⁹

2.5.1 Teoría de la acción comunicativa (Jünger Habermas)³⁰

Jünger Habermas es un teórico crítico posmarxista, sucesor más notable e independiente de la escuela de filosofía de Frankfurt, cuyas principales influencias son **Hegel**, **Kant**, **Schelling**, **Fichte**, **Dilthey**, **Weber**, **Adorno** y **Horkheimer**, entre otros.³¹

Habermas atacó de manera incisiva al positivismo y los conceptos popperianos de racionalidad e intentó revitalizar el marxismo como instrumento culturalmente crítico. Dicho autor es uno de los más

continúa

²⁷ Jorge Witker Velásquez y Rogelio Larios Velasco, ob cit, págs 193 y 195.

²⁸ Rosalío López Durán, ob cit, pág 206.

²⁹ Manuel Ovilla Mandujano, ob cit, pág 78.

³⁰ Para conocer a profundidad el pensamiento de este autor y una original y "redeterminada" visión véase *Apuntes de filosofía del derecho* del maestro **Arturo Berumen Campos** referida en las fuentes de consulta, en especial el apartado "El derecho como la justicia correctiva por medio de la argumentación dialéctica (**Aristóteles**, **Hegel** y **Habermas-Alexy**)".

³¹ Stuart Brown y otros, ob cit, pág 93.

continuación

destacados representantes de la “Teoría Crítica” y ha intentado “una reconstrucción del materialismo histórico” por medio de líneas neoevolucionistas. Al igual que **Luhmann**, **Habermas** identifica etapas evolutivas en la sociedad y analiza las relaciones entre estas etapas y el desarrollo moral-legal.

En su teoría evolutiva, **Habermas** toma modelos del desarrollo moral individual dentro de la tradición de **Piaget-Kolhberg**, para identificar la *lógica evolutiva* autónoma de las estructuras normativas (conciencias sociales y morales). Los principios organizativos sociales resultantes forman secuencias lógicas de *totalidades estructuradas*, principios muy abstractos que incluyen las instituciones legales y designan el *nivel de aprendizaje* de determinada sociedad.

El nivel de aprendizaje impone límites a la variación de lo que es posible respecto a los tipos de integración social (identidad social, y consenso acerca de valores) y en cuanto al sistema de integración (la capacidad de control de una sociedad).³²

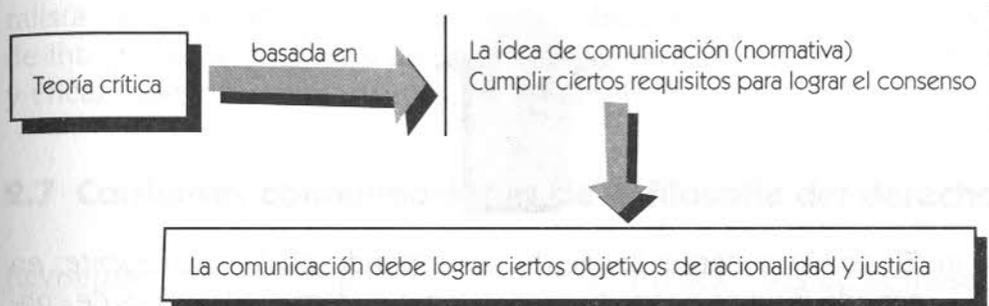
El derecho se presenta como la institucionalización de una secuencia histórica de *estructuras racionales*, preconvencionales, convencionales y posconvencionales; a su vez, el derecho formal representa una estructura racional convencional.

Con la teoría de la acción comunicativa, **Habermas** explora las interpretaciones preteóricas que legitiman los actos del habla y afirma que en la comprensión de algo dicho, la comprensión ocurre no porque los interlocutores compartan la misma experiencia, sino porque uno puede captar el sentido de lo que el otro dice, pese a cualquier idiosincrasia en la expresión. Esto reformula efectivamente la situación ideal del habla de dicho autor, pues si está en la naturaleza del discurso generar significados intersubjetivos que pueden trascender a un interlocutor particular, es posible, por medio de un argumento acertado, llegar al potencial emancipa-

³² Pierre Bourdieu, y Gunther Teubner, ob cit, pág 113.

dentro de tales significados y extenderlos más allá del discurso que los originó.

Habermas busca una perspectiva de las posibilidades estructurales que no han sido institucionalizadas aún. Observa el derecho moderno desde una perspectiva dirigida a la solución de problemas más que desde una perspectiva puramente analítica: pretende ayudar en el diagnóstico y la solución de los problemas que tienen origen en la crisis de la racionalidad formal.³³



Todo el que hable un idioma pertenece a una comunidad universal fincada en la apertura y en el libre consenso de la comunicación y a la vez aspira a su extensión. El argumento de que tal consenso no nos es impuesto ni es el resultado de la causalidad sino que brota de la verdadera y cotidiana práctica lingüística constituye la aportación más profunda de **Habermas** a la filosofía europea.³⁴

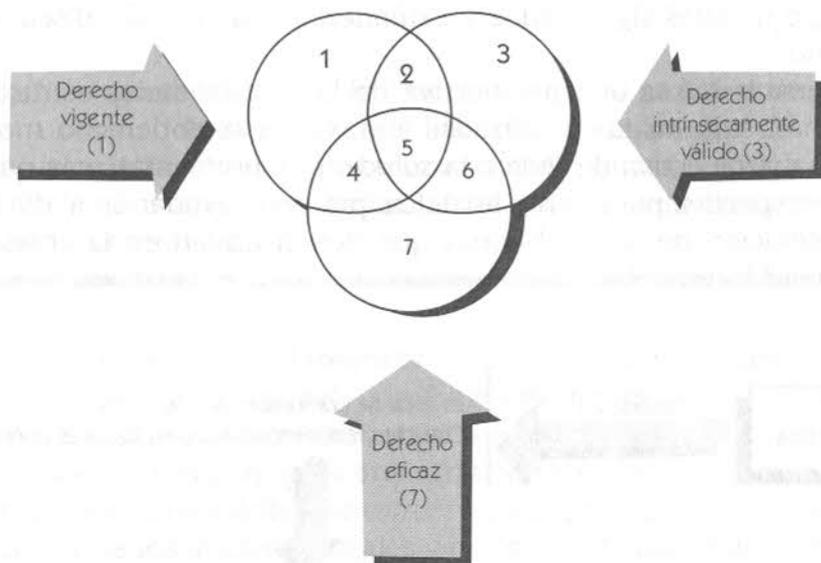
2.6 Teoría de los tres círculos

La combinación de los conceptos de derecho vigente, derecho intrínsecamente válido y derecho eficaz revela siete posibilidades diferentes, para cada una de las cuales es posible encontrar alguna explicación doctrinal.³⁵ Esto lo representamos de la manera siguiente:

³³ Ibidem, pág 91.

³⁴ **Stuart Brown** y otros, ob cit, pág 95.

³⁵ **Eduardo García Máynez**, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 513 y 514.



- El círculo superior izquierdo corresponde al *derecho vigente*; en sentido jurídico-positivo, es el sistema de reglas bilaterales de conducta que en determinado momento y lugar la autoridad política considera —de acuerdo con los criterios establecidos por la norma básica— jurídicamente obligatorias.
- El círculo superior derecho al *intrínsecamente válido*, en sentido axiológico-material, es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado.
- El círculo inferior y central corresponde al *derecho eficaz* o socialmente válido y es el conjunto de reglas bilaterales que efectivamente rigen a una comunidad en cierto momento de su historia.

La gráfica indica las posibilidades doctrinales.³⁶

- La norma extrínsecamente válida que carece de valor intrínseco y de eficacia.
- La de preceptos vigentes e intrínsecamente justos, mas no eficaces.
- La de normas o principios intrínsecamente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad.
- La de preceptos vigentes y eficaces, pero injustos.

³⁶ La historia y los eventos contemporáneos dan mucho material para integrarlos o compararlos con las posibilidades y tipos de derecho en los que se pueden enfocar.

- La de norma en que concurren los tres atributos: el de vigencia, el de validez intrínseca y el de eficacia.
- La de normas o principios intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder público.
- La de reglas consuetudinarias, necesariamente eficaces, pero sin validez formal ni valor objetivo.

De acuerdo con los positivistas, sólo existen las normas representadas por los sectores 1, 2, 4 y 5 del diagrama. Para una doctrina iusnaturalista extrema serán los 2, 3, 5 y 6 del dibujo. Con esta gráfica se trata de integrar el *derecho ideal* que reúne al vigente, intrínsecamente válido y eficaz, que, como observamos, es el número 5.

2.7 Corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho

Revisemos, antes de exponer las corrientes tradicionales de la filosofía del derecho, los tipos y dimensiones de la racionalidad legal moderna, que representamos en el cuadro siguiente:³⁷

Tipos			
Dimensiones	Formal	Material	Reflexivo
Justificación del derecho	La perfección del individualismo y la autonomía	La regulación colectiva de actividad social y económica	Controla la autorregulación
Funciones externas del derecho	Premisas estructurales desarrolladas para una sociedad de mercado y para la legitimación del sistema político	La modificación instrumental de modelos determinados por el mercado y de las estructuras de comportamiento	Estructura y reestructura los sistemas en su discurso interno y de coordinación interna
Estructuras internas del derecho	Orientación normativa	Orientación finalista	Orientación procedimental

³⁷ Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, ob cit, pág 108.

Con las dimensiones de justificación del derecho, funciones externas del derecho y estructuras internas del derecho en su aspecto formal, material y reflexivo, estudiaremos las principales corrientes contemporáneas, como filosofía analítica del derecho, semiótica o semiología jurídica, estructuralismo y las teorías de la argumentación. Como observaremos, algunas dan relevancia al aspecto normativo, al finalista y al procedimentalista.³⁸

2.7.1 Filosofía analítica del derecho

En realidad la expresión *filosofía analítica* denota no una concepción jurídica, sino una postura filosófica de manejo de los problemas científicos y de conocimiento general que abarca lo correspondiente al campo de la ciencia del derecho.³⁹

La filosofía analítica se caracteriza por la reducción de la filosofía al análisis del lenguaje.

La tesis de los niveles del lenguaje se entrelaza con la de las funciones: un metadiscurso no tiene necesariamente la misma función que su discurso-objeto, de modo que podemos distinguir cuatro casos:⁴⁰

- a) Un discurso cognoscitivo que tiene por objeto un discurso prescriptivo (discurso de la ciencia).
- b) Un discurso prescriptivo que tiene por objeto un discurso cognoscitivo (discurso de la metodología).
- c) Un discurso prescriptivo que tiene por objeto un discurso prescriptivo (discurso de la doctrina que prescribe la obediencia a la ley).
- d) Un discurso cognoscitivo que tiene por objeto un discurso cognoscitivo (discurso de la filosofía de la ciencia, que describe los discursos de la ciencia de que se trate).

Para **Atienza**, la teoría del derecho más desarrollada del siglo xx es la analítica. La iusfilosofía analítica ha hecho más a favor de la comprensión

³⁸ Cada corriente aporta visiones interesantes que enriquecen las formas como se puede estudiar ese "objeto llamado derecho", que al situarse en alguna de estas tendencias, tradicionales o contemporáneas, producirá o reconocerá definiciones de lo que puede entenderse por derecho.

³⁹ **Jorge Witker Velásquez** y **Rogelio Larios Velasco**, ob cit, pág 200.

⁴⁰ **Paolo Comanducci**, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad **Pablo Larrañaga**, Fontamara, México, 1999, pág 28.

de los fenómenos jurídicos que cualquier otra dirección del pensamiento de ese siglo. De los autores destacan **Kelsen** (que era un precursor de los filósofos analíticos), **Ross, Hart, Bobbio, von Wright, Alchourrón, Bulygin, Carrió, Scarpelli, Tarello, Raz, MacCormick, Nino y Guastini**, con sus notables diferencias pero también con sus puntos de encuentro.⁴¹

Sin temor a la simplificación, podría afirmarse que la filosofía del derecho contemporánea en México, desde mediados de la década de 1940, ha girado en torno a cuatro personalidades: **Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez, Guillermo Héctor Rodríguez y Rafael Preciado Hernández**.⁴²

La influencia de este primer grupo se prolongó hasta la década de 1970 con la incorporación de nuevas ideas filosóficas, como la filosofía analítica; a su vez, esa década se caracterizó por una intensa productividad que fue disminuyendo en la de 1980 y se prolongó hasta fines de la de 1990. Ahora hay una *rehabilitación de la razón práctica*, otra de realismo y una teoría crítica del derecho, la línea de la filosofía analítica del derecho, los nuevos.

Entre las características de la filosofía analítica del derecho tenemos lo siguiente:⁴³

- a) La filosofía analítica se refiere preferiblemente al lenguaje jurídico. El lenguaje se considera el uso típico de una lengua, y el discurso el uso concreto del lenguaje. Aquí el lenguaje aparece como en su función de guía de los comportamientos (el derecho, en cuanto lenguaje, sería un conjunto de prescripciones o directivas).
- b) El filósofo analítico tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas (los enunciados interpretados).
- c) Para el filósofo analítico del derecho, hay un objeto que precede a la interpretación, el enunciado; por ello, la interpretación es la actividad dirigida a atribuir significado a los enunciados.
- d) Para los filósofos analíticos, la ciencia jurídica es un metalenguaje descriptivo en relación con el lenguaje prescriptivo en que consiste el derecho.

⁴¹ **Manuel Atienza**, *Cuestiones...*, cit, págs 102 y 103.

⁴² **Rodolfo Vázquez y José María Lujambio** (comps), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Fontamara, México, 2002, págs XV a XVIII.

⁴³ **Manuel Atienza**, *Cuestiones...*, cit, pág 107.

2.7.2 Semiótica o semiología jurídica

La semiótica es un método que permite entender las prácticas culturales que implican necesariamente significaciones de diverso orden.

Según **Ferdinand de Saussure**, una ciencia que estudia la vida de los signos existentes dentro de la sociedad es imaginable; sería parte de la psicología social y, consecuentemente, de la psicología general, la cual llamaremos *semiología* (del griego *semeion*, que significa signo).

Para **Saussure**, el estudio del lenguaje era esencialmente el análisis de las relaciones entre varios signos, es decir, de la gramática interna del sistema lingüístico. El lenguaje se volvió el modelo de cómo funcionaban todos los sistemas de signos; dicho autor predijo el desarrollo de una disciplina más general llamada *semiología*, que estudiaría dichos sistemas.

La semiología mostraría qué constituye los signos y qué leyes les rigen. Como esta ciencia aún no existe, nadie puede predecir qué es lo que será, pero tiene su derecho a la existencia y un lugar asignado por adelantado. La lingüística es una parte de la ciencia general de la semiología, mientras que las leyes descubiertas por la semiología serán aplicables a la lingüística, y en el futuro esta ciencia circunscribirá un área bien definida en el ámbito de los hechos antropológicos.⁴⁴

La semiótica social actual se ha movido más allá de la preocupación estructuralista de las relaciones internas de las partes dentro de un sistema. La teoría semiótica moderna también se alía a veces al enfoque marxista, que tiende a acentuar el papel de la ideología.

La semiótica se divide en tres ramas:

- *Semántica*: significado de los signos (la relación de los signos con lo que representan).

⁴⁴ Daniel Chandler, *Semiótica para principiantes*, Eds. Abya-Yala, Quito, Ecuador, 1999, pág. 14.

- *Sintáctica-sintaxis*: las relaciones entre signos.
- *Pragmática*: la forma como los signos son utilizados y reinterpretados.

Semiótica e interpretación. Una filosofía del signo implica necesariamente el problema general de la interpretación, tema que es también reciente, si tomamos en cuenta la hermenéutica desarrollada desde **Heidegger** hasta **Gadamer** y otros autores anteriores. En este campo, debemos reconocer que **Nietzsche** tiene un lugar relevante. Respecto a la hermenéutica contemporánea, este pensador desempeña la misma función de precursor que debe asignarse a **Peirce** en cuanto a la semiótica en sentido estricto. De este modo, si consideramos las cosas en profundidad, veremos que la analogía entre **Peirce** y **Nietzsche** no es tan “extraña” como parecería de primera intención.⁴⁵

Niveles del lenguaje		
N2 Metalenguaje	Metalenguaje científico	Verificación objetiva
N1 Lenguaje	Protolenguaje simbólico	Primera aprehensión
N0 Objeto	X	X

Su objeto es estudiar el significado en el análisis jurídico. La semiótica es una ciencia nueva con teoría, método y objetos propios, que permanece como un recurso adicional de conocimiento que puede o no ser utilizado.⁴⁶

La semiología es definida por **Mounin** como la ciencia general de todos los sistemas de comunicación mediante señales, signos o símbolos; a su vez, para **Humberto Eco**, se vincula con el estudio unificado de cualquier clase de fenómeno de significación y/o comunicación.

⁴⁵ **Carlo Sin**, *Semiótica y filosofía*, Colección Hachette Universidad, Buenos Aires, 1985, pág. 10.

⁴⁶ Para mayor información véase **Jorge Witker Velásquez** y **Rogelio Larios Velasco**, ob. cit., págs. 206 y 207.

2.7.3 Estructuralismo

El estructuralismo es una metodología empleada originalmente en las ciencias sociales y después adaptada al trato de textos literarios y, más en general, a todas las obras de arte. Su primer exponente fue **Ferdinand de Saussure**, cuya obra teórica en la lingüística es el antepasado común de los ulteriores análisis estructuralistas. Este autor afirmaba que todos los aspectos de la vida social podían ser tratados por la metodología que él implementó a la lingüística.⁴⁷

Según **Saussure**, el enfoque estructuralista es *estático* o *sincrónico*, o sea, es ahistórico. Dicho autor toma una muestra representativa de su materia y analiza el modo como las partes de un sistema autorregulador funcionan, en conjunto, para formar un todo consistente y coherente. Tales elementos tienen significado o función sólo por comparación con otros elementos y a partir de su lugar en el sistema total. Para el referido autor, el significado de una palabra, lo que llama *signo*, está determinado parcialmente por contraste con las otras palabras del contexto en que aparece. La metodología estructuralista también pretende ser puramente descriptiva: toma como materia prima sólo los fenómenos sociales que en realidad ocurren, a los cuales no evalúa ni juzga.

Una distinción importante que aporta **Saussure** fue la que hay entre el nivel más profundo de la *langue*, o las reglas y procedimientos operativos dentro de un lenguaje natural, y el nivel superficial de *parole*, o las hileras de palabras generadas dentro y limitadas por esas reglas y procedimientos.

Lévi-Strauss pensó que los mitos particulares eran ejemplificaciones de una estructura subyacente más profunda o pauta común a todos los mitos, y afirmó que sus descubrimientos en este ámbito podían emplearse para nuevos estudios estructuralistas acerca de cómo funciona la mente humana.

El estructuralismo vincula todos los ejemplos particulares de fenómenos sociales con su estructura subyacente, lo cual significa que sus autores o sus orígenes no son tomados en consideración para nada.

Una de las críticas hechas a su metodología es que el estructuralismo sencillamente presupone que los fenómenos estudiados son conjuntos

⁴⁷ Stuart Brown y otros, ob cit., pág 261.

coherentes. Otra objeción es que, mediante el uso inapropiado de la metodología, se alega que la estructura subyacente de ejemplificaciones particulares sólo es impuesta y no descubierta.

2.7.4 Teorías de la argumentación

Una de las corrientes contemporáneas más relevantes es la que ha situado al derecho como argumentación; revisemos al respecto el enfoque de **Rodolfo Luis Vigo**,⁴⁸ quien describe la interpretación y argumentación en el derecho y expone de manera clara las principales teorías de la argumentación. (Véase página siguiente).

La interpretación jurídica no se agota en un mero trabajo de exégesis lingüística destinada a saber qué dice el texto interpretado, sino que se busca fundamentalmente inferir, a partir de él y de ciertos problemas imaginarios o reales, cuál es la conducta prohibida, obligatoria o permitida.

Para **Hans Kelsen**, interpretar es una actividad de política jurídica, relacionada con la voluntad del intérprete, quien decía lo que significaba la norma.

La aplicación del derecho ha sido entendida, según las épocas, en dos modelos distintos: como mera aplicación de una norma abstracta a los casos concretos, o como verdadera y propia realización y elaboración del derecho.

Al respecto existen dos escuelas:

- *Escuela cognoscitivista*: el intérprete es un descubridor o desentrañador de significados.
- *Teoría voluntarista*: interpretar depende del intérprete y del uso que éste haga de la norma, más que de la norma.

¿Qué es más importante en la interpretación: justificar la solución, o desentrañar y encontrar una solución? En este sentido, cabe señalar lo siguiente:

⁴⁸ Véase **Luis Vigo Rodolfo**, *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. Para analizar el derecho como argumentación consúltese la unidad 3, apartado 3.4.6.

Interpretar

Consiste en reconocer o atribuir un significado o un sentido a ciertos signos o símbolos

Intérprete

Es una especie de mediador entre aquello que requiere ser interpretado y sus destinatarios.
El intérprete tiene la responsabilidad de identificar la pregunta implicada en el texto y procura responderla atribuyéndole el significado que permite su comprensión

Tarea interpretativa

Supone la existencia de un texto, signo o símbolo que requiere la asunción del intérprete en relación con una perspectiva o punto de vista interpretativo

Si aplicamos los conceptos generales al ámbito jurídico tenemos:

Interpretación jurídica

Tiene por objeto reconocer o atribuir un significado jurídico a cierto texto jurídico

Finalidad

Realidad jurídica

Derechos o deberes

Dirigir una conducta

Aparece implicada la justicia

Objeto

Determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida, instalándose en el campo de la razón práctica

Intérprete jurídico

Es una especie de mediador que comunica a otros cuál es la conducta que corresponde hacer u omitir según el significado que se reconoce al texto jurídico

- *Interpretar*: se encarga de encontrar la solución.
- *Argumentar*: justifica la solución o decisión y las pretensiones.

La argumentación es un modelo de derecho, por lo cual podemos ver el derecho como argumentación y destacar sus elementos dinámicos.

Se busca la posibilidad de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica, así como mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación, y problemas de justificación interna y externa de la decisión jurídica, si la respuesta judicial es descubierta o construida. Veamos los principales autores y teorías referidas a la argumentación jurídica:

<i>Autores</i>	<i>Teorías</i>
Kelsen	Teoría pura con su irracionalismo
Dworkin	Teoría herculeana
Hart	Discrecionalismo judicial debilitado
Perelman	La nueva retórica
Viehweg	La tópica
Villey	El arte dialéctico
Recaséns Siches	El logos de lo razonable
Gadamer	Hermenéutica existencial
Kriele	Prudencia o razón práctica
Giuliani	Teoría de la controversia
Kaufmann	Teoría de la convergencia
Alexy	Las reglas del discurso práctico
Aarnio	Aceptabilidad racional
Müller	Tópica hermenéutica

Cada autor a su modo rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el intérprete, cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico y procura establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razo-

nabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo. Al respecto existen dos tipos de razón:

- *Razón teórica*: conocer
- *Razón práctica*: conocer para modificar conductas e incidir en la conducta humana.

El saber jurídico ofrece distintos grados: filosófico, científico y prudencial; al último corresponde determinar la conducta aconsejándola.

Prudencia → Vivir de conformidad con los requerimientos de la razón práctica. En lo jurídico significa actuar o guiarse con justicia.

Prudencia jurídica: tiene dos dimensiones: cognoscitiva y preceptiva.

↓
Objeto: Deliberar acerca de las conductas jurídicas posibles y juzgar fundadamente cuál es la que prefiere.

La interpretación tiene una doble dimensión cognoscitiva de la prudencia y es interpretar en estricto sentido, a saber:

1. Cognoscitiva {
 - Deliberación jurídica*: es una investigación, búsqueda, valoración y examen de las alternativas de operaciones jurídicas que se ofrecen en un tiempo y lugar preciso para ciertos sujetos.
 - Juicio de elección*: Cierra la deliberación al juzgar como la mejor a una de esas conductas.
2. Preceptiva o prescriptiva {
 - Con ella se agota la creación jurídica y se actualiza poniéndose en existencia a la conducta que la interpretación estimó apropiada. Es la individualización de la norma.

Aparte de prudencial, el método interpretativo debe ser retórico.

El intérprete no sólo procura dilucidar la respuesta justa o correcta, sino además debe mostrar razones y argumentos que permitan sostenerla exitosamente en la controversia, procurando por esa vía persuadir al destinatario del resultado interpretativo.

Retórica



Razona con lo verosímil y lo opinable en un intento por encontrar en cada caso aquello que es idóneo para persuadir.



Objeto



Son los medios y las técnicas propios del debate, de la argumentación, de la persuasión o del convencimiento; su propósito es lograr la adhesión del auditorio particular o universal al que se dirige el orador con su discurso.

Medios de la retórica:

- Pruebas.
- Argumentos.
- Tópicos (lugares comunes y principios generales del derecho).

Según **Cicerón**, la retórica es lo más importante, como emitir argumentos e inventar con respaldos jurídicos, mientras que para **Aristóteles** existe un triple género retórico:

- *Deliberativo*: es exhortación o disuasión, pues no se delibera acerca del fin, sino de lo que conduce a obtenerlo, útil y bueno (política).
- *Judicial*: hay acusación y defensa, así como temática de lo justo y de lo injusto (adjudicar derechos).
- *Demostrativo*: tiene que ver con la virtud y lo honesto, el elogio o el vituperio (arte y teatro).

Asimismo, existe una necesidad teórica de distinguir entre:

Justificación interna:



Fuentes del derecho, reglas de interpretación y valores jurídicos. Da por buena la norma, se llega con el silogismo (premisa base del argumento) y se razona con el silogismo

Justificación externa:



Descubrimiento de las premisas y los razonamientos justificatorios como apropiados. Pone en duda la premisa mayor del argumento, no se aplica el silogismo, se buscan motivos para saber si esa norma es válida o no, y pertenece o no al sistema.

La retórica depende del intérprete para el tratamiento de la justificación; por ello, se puede hablar de objetividad en la resolución judicial y esforzarnos a partir del peso de los argumentos. Además, cabe diferenciar lo:

- *Racional*. Relación de medios y fines, medios adecuados para los fines independientemente de su valoración (razón instrumental).
- *Razonable*: se pregunta por los medios en un sentido axiológico, (valoración de la conducta humana en el plano filosófico y moral).

La decisión judicial debe ser racional, con lógica instrumental.

- Prudencial: se escoge entre alternativas.
- Retórica: con argumentos y justificación.
- Lógica material: cadena argumentativa y verosímil.

2.7.4.1 Paradigmas de la interpretación jurídica judicial ⁴⁹

En su libro *Interpretación constitucional*, **Luis Vigo** expone lo que designa como paradigmas de la interpretación jurídica judicial. De manera clara y concisa presenta los referentes presentados como parte de las teorías contemporáneas de interpretación y argumentación jurídica. Llama la atención que pese, a ser vertientes diversas, no se contradicen de fondo, sino que se pueden complementar sus interpretaciones en aras de ajustar la mejor solución al caso concreto. A continuación se presentan de forma escueta las mismas:

1. *Dogmático o racionalista*. El juez opera con la razón teórica o científica exacta y deduce acriticamente desde la ley la solución del

⁴⁹ **Luis Vigo Rodolfo**, ob cit, págs 203-233.

caso. Esto se presenta en la exégesis francesa, en la escuela histórica alemana y en la jurisprudencia de conceptos. Se soluciona con base en el silogismo (búsqueda de la premisa mayor), pero carece de fuerza innovadora y creadora.

2. *Irrracionalista o arrracionalista*. No hay términos objetivos ni racionales y existe en la escuela del derecho libre, con el realismo jurídico estadounidense. Las sentencias judiciales son fruto de intuiciones, de modo que las decisiones judiciales surgen del sentimiento no de la razón y responden a prejuicios, intuiciones, emociones e ideología.
3. *Político o negativista*. Existe una relación del derecho con el uso y control del poder político y social, todo manejado desde el poder. Se genera en la izquierda marxista y en la obra de **Foucault**; además, hay relaciones de poder definido en términos de opresión, pero frente al derecho, desde el punto negativo o pesimista, no hay neutralidad, función falsificadora y explotadora de la realidad.
4. *Herculeano*. Pesa sobre el juez la responsabilidad política de descubrir la respuesta correcta. **Dworkin** diseña un modelo de adjudicación judicial que excluye la discrecionalidad, la racionalidad, el objetivismo, la coherencia, el sistemático y la superación del juridicismo. La lingüística se descubre pero no se produce, los jueces que crean derecho violentan la división de poderes, la discrecionalidad es axiológica y se hace una creación jurídica retroactiva y por ello injusta; además, se debe buscar la única decisión correcta.
5. *Funcionalista o pragmático*. El derecho es un instrumento útil para el funcionamiento estable y pacífico de la sociedad. Existen juristas con habilidad técnica (aunque el jurista no está para encontrar la verdad), valores universales, sistematicidad y coherencia del derecho, así como una función equilibradora y satisfacción de la mayoría a costa de las minorías, se controla el poder en nombre de la sociedad (**Luhmann**) el derecho deja de ser bueno o malo, y el control lo constituye el sistema social, según la escuela sociológica.
6. *Procedimentalista*. Procura controlar y regular el procedimiento, que se legitima al agotarse todas las reglas. No interesa el contenido de lo que se concluyó jurídicamente, sino el medio con que se alcanzó, según **Perelman**, **Habermas**, **Apel** y **Aarnio**, y se sustituye el qué con el cómo.

7. *Dialéctico*. Existe una dimensión procedimentalista, con el iusnaturalismo aristotélico, el derecho romano, santo **Tomás de Aquino**, el orden de la naturaleza, el orden social espontáneo, el derecho como objeto de conocimiento teórico, el derecho como enunciado indicativo, las verdades sobre el ser, la dialéctica, el diálogo ordenado en busca de la verdad o lo justo, y la dialéctica como punto intermedio entre la ciencia y la retórica.
8. *Hermenéutico*. Según la temática interpretativa, concibe a la interpretación o comprensión jurídica como un proceso de encuentro, esclarecimiento y desarrollo de la norma (deber ser) y el caso real (ser). La lectura de un texto se hace desde un contexto, mientras que el deber ser y el ser se hallan en correspondencia para que exista el derecho.
9. *Analítico*. Se construye desde la teoría del lenguaje, de modo que no existe relación natural entre los símbolos y las cosas (véase los modos como se usa la palabra) y se determina lo que “es” el derecho (según **Hart**); además, hay reglas de reconocimiento para las leyes que efectivamente forman parte de ese ordenamiento jurídico con *textura abierta*, el intérprete se encuentra ante un caso marginal o atípico y el juez puede crear el derecho siempre y cuando lo justifique.
10. *Prudencial retórico*. Se basa en que corresponde a la prudencia jurídica especificar y mandar, sin pretensión de universalidad o necesidad demostrativa, lo que por razón de justicia se debe hacer o no en ese tiempo y lugar. Asimismo, descalifica a las corrientes de los que pretenden silogismos teóricos, científicos o demostrativos por parte de los jueces.

Llama la atención que cada uno de estos paradigmas aporta formas de solución a problemas que no se excluyen entre sí; lo peligroso es pretender caer en dogmatismos o verdades absolutas. Por ello, cuantas más formas de solución de problemas se aporten, la diversidad enriquecerá y permitirá esa creación y recreación del derecho como un factor dinámico de la sociedad y no como su ancla.

2.8 Algunos problemas actuales de la filosofía del derecho

Haciendo la revisión crítica de la filosofía, **Mario Bunge** tiene plena vigencia y aplicación en el campo jurídico, al exponer que parece haber con-

senso en que la filosofía está enferma; incluso, algunos autores afirman que está muerta. La idea no es nueva, sino que fue formulada por **Comte** y repetida por **Nietzsche**, más tarde por **Wittgenstein** y en la actualidad por **Rorty** y otros. La afirmación de que la filosofía ha muerto es falsa, porque todos los seres humanos filosofan a partir del momento en que adquieren conciencia. La filosofía se halla lejos de estar muerta, pero, en opinión de **Bunge**, está estancada. De hecho, casi nadie propone nuevos sistemas filosóficos.

Siguiendo la lógica de **Bunge**, tenemos que las causas de la crisis son:⁵⁰

- Profesionalización excesiva.
- Confusión entre filosofar e historiar.
- Confusión de oscuridad con profundidad.
- Obsesión por el lenguaje.
- Idealismo.
- Atención exagerada a pequeños problemas y juegos académicos de moda.
- Formalismo insustancial y sustancialismo informe.
- Fragmentarismo y aforismo.
- Enajenamiento de los motores intelectuales de la civilización moderna.
- Torre de marfil.

Ante el estancamiento en que parece estar el pensamiento filosófico, no debemos olvidar que hoy más que nunca se habla de “crisis” en todos los campos del saber. Esta crisis se debe a la falta de creatividad e insolencia ante lo establecido, pues vivimos en la era del “pos”, ya no hay creaciones originales, el “refrito” o “cover” del pensamiento ha entrado en acción, es más fácil construir con base en las opiniones de otros para echarles la culpa de nuestras desventuras que arriesgarnos a una construcción original en la que sólo el fundador es el responsable.

Dejamos la puerta abierta para releer críticamente las principales corrientes de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica, expuestas en esta unidad que concluye para detectar si algunas de ellas pecan de lo que **Bunge** ha hecho notorio como causa de la crisis en la filosofía.

⁵⁰ Véase **Mario Bunge**, *Crisis y reconstrucción de la filosofía*, trad **Rafael González del Solar**, Gedisa, Barcelona, 2002, págs 277 a 284.

Autoevaluación

1. De las corrientes tradicionales y contemporáneas de la filosofía del derecho escoja el lector con la que más se identifique y justifique el porqué de su elección. _____

2. Elabore un cuadro comparativo de diferencias y coincidencias entre el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el sociologismo y el jusmarxismo. _____

3. Dé dos ejemplos de cada tipo de derecho que resulta de la teoría de los tres círculos de **Eduardo García Máynez**. _____

4. Fije la postura y principales representantes de la filosofía analítica del derecho. _____

5. Destaque las aportaciones de la semiótica jurídica para el estudio del derecho. _____

6. ¿Qué es el estructuralismo? _____

7. Elabore un cuadro de diferencias y semejanzas entre la filosofía analítica, la semiótica o semiología y el estructuralismo. _____

8. Fundamente su conformidad o no con la visión del derecho como argumentación. _____

9. De los paradigmas de interpretación jurídica judicial, escoja dos para criticarlos y dos para defenderlos. _____

10. En no más de un par de párrafos exprese su opinión respecto a la postura de **Mario Bunge** acerca del estancamiento de la filosofía. _____

UNIDAD 3

Definición del derecho

Objetivo particular: Al concluir esta parte del curso, el alumno(a): Comparará las diversas metodologías para definir el derecho y con base en ello formar un criterio para tener un concepto de él, y finalmente explicará la definición así formada. Además, deberá explicar y fundamentar su elección tomando en cuenta las críticas a las posturas que tradicional y contemporáneamente han tratado de definirlo.

3.1 Consideraciones previas

Como se precisó en la unidad 1, la filosofía del derecho tiene dos campos de estudio que se encargan del *ser* del derecho y del *valor* del derecho. En el desarrollo de esta unidad analizaremos los elementos de una definición de derecho como sigue: primero expondremos la definición que da el *Diccionario de la lengua española*, luego citaremos diversas concepciones desde el derecho romano, continuaremos con la opinión doctrinaria

de destacados juristas y finalmente señalaremos algunos lineamientos que nos permitan construir una definición de derecho.

La filosofía jurídica busca desentrañar la esencia y el valor del derecho. En cuanto al primero de ellos: ¿qué es el derecho? Al respecto surge la ontología jurídica, también llamada *gnoseología jurídica* o *teoría fundamental del derecho*, que es el estudio de los elementos esenciales de derecho en sus aspectos universales; asimismo, analiza qué es el derecho (el ser o realidad del derecho) y trata de explicar los conceptos jurídicos fundamentales, sin los cuales no sería posible entender un orden jurídico positivo.¹

Antes de desarrollar el siguiente apartado cabe hacer la siguiente reflexión: si se considera el ser del derecho, el aspecto que estudia la ontología jurídica, la cual también se designa como *gnoseología jurídica*² y *gnoseología* es una forma de conocimiento, determinada por la cosmovisión del mundo que tenga el sujeto cognoscente. En el caso de la *gnoseología jurídica*, la forma como se construyan los conceptos de derecho dependerá de la visión de lo jurídico que tengan los autores de ellos; por ende, no debe sorprender encontrar una variedad de definiciones cuyo contenido puede ser divergente.

Por lo anterior, fue menester estudiar en la unidad 2 las principales corrientes de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica, ya que, como observaremos al analizar la presente unidad, las corrientes determinan el contenido de la posible definición del derecho.

3.2 Conclusiones del tema anterior mediante la comparación de las diversas metodologías para definir el derecho

De las diversas corrientes revisadas en la unidad 2, tenemos que las posibles vertientes en que podemos ubicar a cada una de ellas se pueden categorizar de la manera siguiente (filosofías del derecho):³

- a) *Orientación positivista del derecho*. El derecho como tal es independiente de otros ámbitos (como la ética). Según esta orientación, el

¹ Véase **Alberto F. Senior**, *Filosofía del derecho*, edición particular, México, 1999, pág 12.

² Véase la distinción de *gnoseología*, *epistemología* y *teoría del conocimiento* en la unidad 1.

³ **José Ferrater Mora**, *Diccionario de filosofía*, t II, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por **Joseph-Maria Terricabras**, supervisión de **Priscilla Cohn Ferrater Mora**, Ariel, Barcelona, 2001, pág 818.

derecho representa una codificación, lo más formal posible, de ciertas actividades humanas.

- b) *Orientación formalista*. Se relaciona con la anterior, pero no son estrictamente coincidentes, pues esta concepción tiende a buscar los fundamentos de la lógica jurídica que termine en una axiomatización de la ciencia del derecho.
- c) *Orientación historicista del derecho*. El origen de las normas jurídicas se basa en las condiciones históricas. Se ha criticado esta orientación por ser esencialmente relativista.
- d) *Orientación naturalista del derecho*. Puede ser comprendida en función de los postulados capitales del naturalismo, con un valor intrínseco del derecho.
- e) *Orientación teológica del derecho*. Coincide con las posiciones clásicas referidas, con la inserción de una deidad (como quiera que se llame).
- f) *Orientación axiológica del derecho*. En ésta, la ciencia del derecho se basa en una teoría de los valores.

3.3 Problema de asumir una única postura sin tomar en cuenta las críticas propias a cada corriente, o un tridimensionalismo o integralismo

Las orientaciones descritas en el apartado anterior se mezclan o pueden mezclarse en algunas ocasiones, por ejemplo: la orientación axiológica o la naturalista no son en principio incompatibles con la orientación formalista o axiomática, pero a veces lo son, como ocurre con las filosofías del derecho de carácter naturalista, axiológico o teológico.⁴

Entre cada una de estas orientaciones se suscitan algunas de las cuestiones clásicas, por ejemplo: los problemas acerca de la subjetividad u objetividad, individualidad o colectividad, relatividad o carácter absoluto del derecho son afrontados de manera diversa por las orientaciones señaladas y reciben respuestas congruentes a sus tendencias fundamentales.

Así, como observamos las nociones reduccionistas se presentan en detrimento de una concepción rica del derecho, mientras que las tendencias actuales son integradoras con interpretaciones cada vez más originales a las concepciones tradicionales; sin embargo, lo que no debemos

⁴ Ídem.

dejar de hacer es seguir con el constante debate en relación con el contenido que puede tener o no una definición de derecho.

Ante la visión plasmada en la unidad 2, fue evidente aquella que considera al derecho como hecho, como norma y como valor. Esta visión tridimensional toma plena vigencia con el problema de la creación del derecho mediante la sentencia judicial que se encuentra en el centro de la metodología jurídica.

La ciencia jurídica, por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica. El derecho realmente importante para la vida es el que se realiza en la sentencia judicial; por ende, ahí deben coincidir los tres aspectos fundamentales e integradores del derecho con una visión pragmática.⁵

3.4 Análisis de los elementos de una definición del derecho

La definición es tanto una operación conceptuadora que pone límites a los alcances de la palabra entendida como concepto, como la expresión de lo que es un objeto. Buscando la esencia del concepto, la definición aporta datos que permiten diferenciarlo de otros; pero cuando no se encuentran las palabras clave que lo delimiten, por lo menos se busca describirlo o se enuncian sus características.⁶

Entre las reglas para elaborar la definición tenemos que:

- a) Debe ser breve, pero completa.
- b) Ha de ser clara.
- c) Lo definido no debe entrar en la definición.
- d) Ha de omitirse el sentido negativo.
- e) Debe indicar los atributos esenciales del objeto.

Aplicado lo anterior a la definición del derecho, veremos que tanto se cumple con las reglas anteriores, empezando por los tipos de construcciones, que con base en la palabra *derecho* es como revisamos las diversas acepciones de la connotación *derecho*.

⁵ Para mayor referencia véase a Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad Manuel Entenza, Colofón, México, 1994, págs 34 y 35.

⁶ Para profundizar sobre el tema consúltense los libros de metodología jurídica que se citan en la bibliografía.

3.4.1 Tipos de definiciones de derecho

Las definiciones del concepto de derecho pueden ser agrupadas en tres tipos: axiológicas, normativas y sociológicas. Asimismo, cada una da lugar a sendas concepciones del derecho, como iusnaturalismo, iusformalismo y iusrealismo. De igual forma, a la luz de las distintas metodologías, cada una da prioridad a una perspectiva: el iusnaturalismo, al valor natural o justo; el iusformalismo, a la norma vigente o formal, y el iusrealismo, al hecho eficaz o real.⁷ Esto lo expresamos en el cuadro siguiente:

<i>Definiciones</i>	<i>Concepciones</i>	<i>Perspectiva prioritaria</i>
Axiológicas	Iusnaturalismo	Valor natural o justo
Normativas	Iusformalismo	Norma vigente o formal
Sociológicas	Iusrealismo	Hecho eficaz o real

Para **Villoro Toranzo**: “Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta (noción racionalista), declaradas obligatorias por la autoridad (nociones voluntaristas), por considerarlas soluciones justas (nociones morales) a los problemas surgidos de la realidad histórica (nociones empíricas)”.⁸ Ésta es una concepción que trata de reunir las formas como se visualiza el derecho, con los tres grandes sistemas jurídicos: anglosajón (consuetudinario), neorromanista (formal) y socialista (empirista) que prevalecen y se clasifican conforme a sus fuentes y sus fines.

Esta otra visión se presenta en el cuadro siguiente, donde fraccionamos la definición y la vinculamos con la noción que contiene la oración que se muestra en la columna izquierda.

<i>Definición de derecho</i>	<i>Nociones</i>
Sistema racional de normas sociales de conducta	Racionalistas
declaradas obligatorias por la autoridad	Voluntaristas
por considerarlas soluciones justas	Morales
a los problemas surgidos de la realidad histórica	Empíricas

⁷ **Héctor González Uribe**, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998, pág. 1025.

⁸ **Miguel Villoro Toranzo**, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 491.

Para **Senior**, quien coincide con **García Máynez**, los puntos de vista desde los cuales puede enfocarse el derecho son:⁹

- a) *Como ciencia*: sistemática jurídica. Estudio ordenado y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en un lugar y tiempos determinados. Es la doctrina del orden jurídico positivo.
- b) *Como arte*: técnica jurídica. Es el arte de la interpretación y aplicación del derecho.
- c) *Como filosofía*: filosofía jurídica. Es el estudio del derecho en sus elementos universales: investiga qué “es” el derecho (ontología jurídica) y qué “vale” el derecho (axiología jurídica).

Para **Recaséns Siches**, “el derecho puede ser abordado como hecho social (sociología jurídica), como norma (dogmática jurídica) y como valor (política jurídica). El derecho como realidad es un arte práctico, una técnica y una forma de control social. Por lo tanto, de ese utensilio que el derecho es no se puede predicar el atributo de verdad ni el de falsedad, porque el derecho no es un ensayo de conocimiento, ni vulgar ni científico”.¹⁰

Hecho social	Sociologismo jurídico
Norma	Dogmática jurídica
Valor	Política jurídica

Así, lo valioso del derecho es que aún no se ha encontrado una definición que encierre todo el mosaico de posibilidades que ofrece esta forma de organización social. El derecho posmoderno está en crisis de legitimidad, pues pese a que para algunos autores el derecho es el medio con el cual las clases opresoras someten a las débiles, muchos aspectos hacen del derecho un producto vital que debe ser revalorado constantemente para darle el sentido y funcionalidad que ameritan los cambios sociales.

⁹ **Alberto F. Senior**, ob cit, 1990, pág 6.

¹⁰ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 251.

El derecho se da como una norma, un hecho, un valor, una ciencia, una palabra, etc, ya que es un producto vital y como tal debe atender a los fines por los que fue creado; además, debe seguir creando para retroalimentarse.

Abramos la concepción del derecho no sólo a juristas y veamos de manera ilustrativa la genealogía¹¹ del derecho, que expone **Friedrich Nietzsche**, filósofo considerado pensador de la sospecha, en el aforismo 112 de su obra *Aurora*:¹²

112 **Para la historia natural del deber y del derecho.** *Nuestros deberes son los derechos de los demás sobre nosotros. ¿De dónde los han adquirido? Por el hecho de que nos consideraron capaces de contratar y corresponder, nos tomaron por iguales y similares a ellos; por el hecho de que acto seguido nos confiaron algo, nos educaron, nos mostraron el camino, nos apoyaron. Cumplimos nuestro deber, es decir: justificamos esa idea de nuestro poder, del que todo nos daba pruebas, y devolvemos en la medida en que se nos dio. Así que es nuestro orgullo el que obliga a hacer el deber; queremos restablecer nuestra soberanía cuando a aquello que otros hicieron por nosotros contraponemos algo que nosotros hacemos por ellos; puesto que aquellos, al hacerlo, penetraron en la esfera de nuestro poder, y mantendrían su mano en él si nosotros no ejerciéramos con el “deber” una represalia, es decir, penetráramos en su poder... Mis derechos son aquella parte de mi poder que no sólo me han concedido los otros, sino en la que además me quieren mantener... Así surgen los derechos: grados de poder reconocidos y garantizados. Cuando las relaciones de poder varían sustancialmente, los derechos prescriben y se forman otros nuevos: así lo muestra el derecho internacional en su continuo expirar y surgir... Donde impera el derecho se mantiene un estado y un grado de poder, se rechaza la reducción y el aumento. El derecho de los otros es la concesión de nuestro sentimiento de poder al sentimiento de poder de ese otro... El hombre equitativo precisa constantemente del fino tacto de la balanza: para los grados de poder y derecho que, dada la naturaleza pasajera de las cosas humanas, sólo mantendrán el equilibrio unos instantes, y casi siempre descenderá o ascenderá...*

Así, un filósofo que fue precursor del nihilismo hace un interesante análisis del derecho a la luz del poder: el derecho integra esos grados de

¹¹ Expresión que se refiere a su generación no histórica. Para mayor información véase **Michel Foucault**, *Nietzsche. La genealogía, la historia*, trad **José Vázquez Pérez**, Pretextos, Madrid, 1988.

¹² **Friedrich Nietzsche**, *Aurora*, trad **Eduardo Knörr**, Edaf, Madrid, 1996, págs 157 a 159.

poder reconocidos y garantizados por una colectividad que de la misma manera como los otorga también los restringe o los quita cuando no se siguen las reglas del “juego social”.

Para **Preciado Hernández**:

Una definición estrictamente formal es la que considera al derecho un mero instrumento, un recipiente idóneo para recibir cualquier contenido, como un vaso que lo mismo se puede llenar de agua, de vino o de aceite. Y como, tratándose del derecho, su contenido u objeto material son las acciones humanas, cuyo sentido se determina en relación con los criterios racionales o fines supremos de la conducta, una definición que no toma en cuenta el contenido del derecho tampoco hace referencia a sus fines como dato esencial de lo jurídico.¹³

3.4.2 Lenguaje y derecho

Como en muchas otras cuestiones, **Hans Kelsen** (1881-1973) es el punto de partida de la reflexión analítica del derecho. Pero corresponde a **Karl Olivecrona**¹⁴ (1897-1980) el mérito de haber replanteado con toda claridad el problema de demiurgia del discurso jurídico en su ensayo: “Legal language and reality”. El célebre profesor escandinavo señalaba que en nuestro discurso jurídico usamos expresiones como derechos, obligación y facultad; igualmente nos referimos a capacidad, heredero, tutor, etc, y hablamos de estos entes jurídicos como si existieran realmente. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales; sin embargo, ¿no es algo muy real tener derecho de propiedad, o ser heredero o tutor?

Es obvio, como observa **Olivecrona**, que los derechos, facultades y deberes no pertenecen al mundo sensible, sino que solamente existen actos humanos.

Pero ¿cómo se construyen estos entes jurídicos?, ¿cómo existen? y ¿qué función desempeñan? Todo lo que se afirma sobre ellos pareciera que se basa en una especie de creencia. Se considera que el derecho atri-

¹³ Véase **Rafael Preciado Hernández**, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a ed, UNAM, México, 1999, pág 251.

¹⁴ Véase **Karl Olivecrona**, *Lenguaje jurídico y realidad*, 5a reimp, trad **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2002 y **J. Francisco Escudero**, *El motor inmóvil jurídico y los actos mágicos*, en www.csc.azc.uam.mx/2004

buye consecuencias o efectos jurídicos a ciertos actos. Cuando alguno de estos actos se realiza, nos sentimos autorizados a creer que el efecto también se ha producido (siempre que otras circunstancias no lo hayan impedido) y ¿cuáles son los actos que desencadenan estos efectos? Palabras, sólo palabras.

Porque la palabra, como portadora de la idea, es una llave con la que se abren y explican nuestros conceptos. La palabra es “un vehículo de la inteligencia, y la inteligencia la señora del mundo material” (**Benjamín Constant**). Toda palabra es la imagen de una imagen y el signo de una ilusión. Y cuando es palabra de verdad, constituye la fuerza creadora que eleva al hombre sobre la naturaleza inhumana y bruta; como diría **Unamuno**, “... el hombre es hombre por la palabra”.

Sin embargo, nada puede haber tan contingente y circunstancial como una palabra en torno a la cual se cristalizan sentimientos (**Maurois**), porque la palabra es mitad de quien habla y mitad de quien la escucha (**Montaigne**). El poderoso tiene conciencia de que “... un pueblo que tiene libertad para decirlo todo puede llegar a conseguirlo todo” (**Napoleón**). Y aún más, la experiencia histórica ha demostrado que, como afirmaba **Rousseau**, “... las ideas generales y abstractas son la causa de los más graves errores humanos”.

Así pronunciando palabras (consten por escrito o no), demiúrgicamente (mágicamente) son creados los entes jurídicos. Ciertos individuos declaran algo y, ¡zas!, se “crea” una sociedad anónima, un municipio o un Estado.

Por otra parte, los derechos, obligaciones y otros entes jurídicos son considerados efectos de frases sacramentales. ¿No es asombroso? Hablamos como si el discurso jurídico tuviera el increíble poder de establecer una relación genética entre ciertas fórmulas y los efectos jurídicos; de ahí la demiurgia. Es habitual pensar que los derechos y los deberes son creados, que los derechos son transmitidos y que las facultades son conferidas. Pero lo extraordinario del caso es que esta creación, transmisión, o conferimiento son realizados mediante declaraciones verbales. Y cuando usamos este lenguaje parece que nos moviéramos en una realidad similar a la del mundo sensible conocido.

Esta creación lingüística —precisa Olivecrona—, no molesta para nada a los usuarios de este lenguaje. ¿Por qué? Porque al usuario de un lenguaje le parece bastante natural decir las cosas que dice. ¿No acaso entendemos el significado de las expresiones de un lenguaje porque lo hablamos y porque participamos en el mismo comportamiento lingüístico? La justificación de un parlante para el uso de sus expresiones deriva, precisamente, de que es un parlante de su lenguaje y maneja con maestría sus expresiones.

Cualquier hipótesis formulada para explicar el uso del lenguaje tiene que juzgar su habilidad para producir ciertos resultados. Los parlantes usarán un lenguaje mientras resulte exitoso y el lenguaje jurídico, particularmente, lo ha sido.

El lenguaje jurídico es sustancialmente una parte del lenguaje común.

Algunas zonas del lenguaje jurídico son altamente técnicas y, por ende, incomprensibles para el lego. Los conceptos fundamentales de nuestro lenguaje jurídico son los derechos (subjetivos) y los deberes. El principal objeto del derecho parece ser la determinación de los derechos y los deberes de los individuos y su aplicación práctica.¹⁵

3.5 Explicación y fundamento de una posible definición o concepción del derecho

La palabra *ius*¹⁶ es de origen romano. mientras que el término *diritto* proviene no de *ius*, sino de *directum*, término que dio origen a las traducciones de *ius* en las lenguas modernas, por ejemplo: derecho, *droit*, *diritto*, *recht*, *right*, etcétera.

Ius, como denominación técnica de derecho, es una palabra de origen antiquísimo y oscura etimología. Por otro lado, se afirma que la

continúa

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Sara Correa, "Sobre el significado de *ius*, derecho", profesora de la Universidad Estatal de Sao Paulo, Brasil, en: www.infojuridicas.unam.mx/2004

continuación

palabra *derecho* se remonta a los primeros siglos de la era cristiana. Si hacemos una semblanza breve, veremos que, en una época muy remota, la idea de derecho era expresada por medio de símbolos; el símbolo más antiguo habría sido la balanza con dos platos al mismo nivel y el fiel en medio, perfectamente emplomado.

Los griegos afirmaban el origen divino de toda manifestación de autoridad. **Diké** estaba siempre atenta en mantener el orden tanto de la naturaleza como del mundo humano; por otro lado, los romanos eran más escépticos que los griegos: tenían su fe religiosa, pero la voluntad creadora del mundo civil fue, para ellos, de los hombres y no, como para los griegos, de los dioses o del destino.

De la balanza, como símbolo del derecho, se pasó a las palabras. Según dicho autor, la primera palabra griega en ese sentido habría sido *themistes* (algo impuesto u ordenado por **Themis**); en seguida habría surgido el término *dikaion* para manifestar la idea de derecho; y, por fin, la tercera palabra habría sido *ison* (es decir, que los dos platos de la balanza estuvieran en el mismo nivel).

De la misma manera, en el mundo romano hubo también una evolución de las palabras latinas. La primera de ellas para designar el derecho fue *ioves* (aquello que **Júpiter** ordena), la segunda fue *ius* (*quod iustitia dicit*) y la tercera que dio origen a las palabras de las lenguas modernas fue *directum*.¹⁷

¹⁷ **Sebastián Cruz**, citado por la autora referida en un escrito acerca de la etimología de esas dos palabras, señala que tanto para los griegos como para los romanos el derecho, en una época bastante remota (siglos XII y X a.C.), era **Zeus** —encarnación suprema de la justicia, dios que todo lo ve— sosteniendo la balanza. Posteriormente en tiempos de **Homer**, **Zeus** fue sustituido, como símbolo de la justicia por la diosa **Themis**. Esta figura austera, digna y triste sostenía una balanza con los dos platos al mismo nivel (por tanto, iguales), para indicar e imponer a los hombres lo que **Zeus** le inspiraba, de modo que, en un último análisis, derecho era lo que **Zeus** veía igual y, por consiguiente, ordenado y justo. Así, la diosa **Themis** era una encarnación secundaria del derecho, pues quedaba sujeta a la inspiración de **Zeus**. Finalmente, en tiempos de **Hesiodo**, surgió el símbolo que gozó de mayor popularidad: la diosa **Diké**, hija de **Zeus** y de **Themis**. Esa diosa no solamente encarnaba, sino también administraba la justicia. En la mano derecha sostenía una espada y en la izquierda una balanza con los dos platos, pero sin el fiel en medio, y se mantenía de pie con los ojos bien abiertos. Con esa balanza, ella declaraba o, mejor aún, decía —pues decir en términos jurídicos es declarar con solemnidad— ser justo o tener derecho cuando estuviesen iguales los dos platos de la balanza. Los símbolos romanos tenían

Coincidiendo con la autora referida: nos interesan particularmente las dos últimas palabras de origen latino: *ius* y *directum*; pero es necesario ser cautelosos al afirmar que el *ius* de los romanos corresponde totalmente al derecho de los pueblos modernos, pues “en general, el lenguaje útil en determinado ambiente cultural no reproduce jamás exactamente aquel de ambientes diversos”.

3.5.1 Definición de derecho del *Diccionario de la lengua española*

De forma similar a como lo hicimos en la unidad 1 analizaremos los elementos de la definición de derecho; comenzamos con la aportada por el *Diccionario de la lengua española* y posteriormente revisaremos las expresadas por los juristas. De las 31 connotaciones del diccionario en cita transcribimos algunas expresiones iniciales y las que hacen alusión directa a la materia que tratamos, destacando al final de la cita los elementos recurrentes.

Derecho, cha.

Del lat. *directus*, *directo*.

1. p. p. irreg. ant. de dirigir.
2. adj. Recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro.
3. [adj.] V. fil. Derecho.
7. [adj.] Justo, fundado, razonable, legítimo.
8. [adj.] ant. Cierto, conocido como verdadero, seguro, indubitable.
13. m. Facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida.
14. [m.] *Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.*
15. [m.] Consecuencias naturales del estado de una persona, o sus relaciones con respecto a otras. El *derecho* del padre; los *derechos* de la amistad.
16. [m.] *Acción que se tiene sobre una persona o cosa.*
17. [m.] Justicia, razón.
18. [m.] *Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza.*
19. [m.] *Ciencia que estudia estos principios y preceptos.*
20. [m.] Exención, franquicia, privilegio.
21. [m.] Facultad que abraza el estudio del derecho en sus diferentes órdenes.

el mismo origen y evolución de los griegos. **Júpiter** correspondía a **Zeus**, expresión suprema del derecho; **Dione** correspondía a **Themis**; y **Iustitia**, derivada de la unión de **Júpiter** con **Dione**, correspondía a **Diké**. La única diferencia era que, al contrario de **Diké**, **Iustitia** sostenía la balanza con las dos manos, de pie y con los ojos vendados.

Como apreciamos, las definiciones del *Diccionario de la lengua española* destacan elementos como recto, justo, facultad, acción, principios, preceptos, reglas, ciencia, etc, dimensionando la diversidad de concepciones en las que se puede aplicar la definición de derecho. En la segunda parte de las definiciones se señalan las clasificaciones del derecho con base en la materia específica de que se ocupa en el mundo jurídico y se hace una descripción de cada una. Así, contamos con un vasto campo de acción para detallar los posibles elementos y características de la definición en comento.

Encontramos un tipo de definición que nos permite acercarnos al objeto llamado derecho, se anticipa que la noción de derecho muchas veces se identifica con lo justo (en este caso, como valor y fin primordial del derecho). Veamos ahora la reseña de la visión jurídica en Roma.

3.5.2 Proverbios del derecho romano¹⁸

La *Instituta* y sobre todo el *Digesto*, en los primeros fragmentos de sus títulos, muestran a los prudentes preocupados en definir, quienes nos han transmitido definiciones valiéndose de una lengua lapidaria o concisa. Las definiciones romanas, por insuficientes que sean, se prestan para iniciar el estudio de la definición del derecho y de la forma como se fue configurando aquella.

Las *Instituciones* de **Justiniano** comienzan con tres definiciones tomadas de las reglas de **Ulpiano** y tratan de las tres palabras:

- Justicia, la justicia.
- Jurisprudencia, la jurisprudencia.
- *Jus*, el derecho.

La justicia se define en los términos siguientes: *la justicia es la voluntad inquebrantable y permanente de atribuir a cada uno su derecho*. Como se ve, se presenta a la justicia en función del derecho.

¹⁸ Véase **Henri Levy-Ullman**, *Introducción general al estudio de las ciencias jurídicas. La definición de derecho*, trad **César Camargo y Marín**, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925, págs 7 a 21.

La jurisprudencia¹⁹ es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo que es justo e injusto, la ciencia de lo que es conforme o contrario al derecho.

Pero, al final, **Ulpiano** no da una definición del derecho y, en lugar de ella, ofrece una enumeración: la de los preceptos del derecho:

- a) Vivir honestamente, ser y permanecer honrado durante toda la existencia.
- b) No hagas daño a nadie, ni ofendas, ni molestes a tu prójimo.
- c) Al **César** lo que es del **César**, como justicia distributiva.

Tenemos así la visión romana del derecho enunciada con tres palabras: justicia, jurisprudencia y *jus*.

3.5.3 Algunas definiciones doctrinarias

Analicemos en seguida las definiciones que han elaborado diversos juristas desde el siglo xix de autores poco conocidos en las definiciones de derecho contemporáneas, la mayoría de ellas previas a la definición de derecho que aportara **Kelsen** en su *Teoría pura del derecho*. Luego veremos cuáles son los elementos integrantes que coinciden más con dicha elaboración conforme a las palabras empleadas en su construcción y elaboraremos un cuadro de similitudes al terminar la exposición de aquéllas. Por último, estudiaremos las concepciones de las definiciones ulteriores al pensamiento de **Kelsen** para finalizar con lo que se refiere a la idea de derecho. Veamos:

Aubry y Rau dicen en su obra²⁰ *Curso de derecho civil francés*: “El derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta a la observación de las cuales está permitido sujetar al hombre por una coacción exterior o física”.²¹

Bunoir, profesor de la facultad de derecho a inicios del siglo xx, definió: “El derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la sanción del poder social, la libertad del hombre en conflicto con la libertad del otro”.

¹⁹ Tenemos la concepción de la jurisprudencia como ciencia del derecho, no como se le conoce en la actualidad en función de las resoluciones de los tribunales (en el caso de México, los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

²⁰ A quien **Planiol** denominó como la obra maestra de la ciencia francesa del siglo xix.

²¹ Las siguientes siete definiciones de derecho fueron citadas por **Henri Levy-Ullman**, ob cit, págs 57 a 59, 76, 78, 101, 111, 119 y 182, respectivamente.

M. Gastón, de la misma época, definía: “El derecho es un conjunto de preceptos que todos los miembros de la sociedad reconocen como regla de sus relaciones recíprocas y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la sanción”.

Para **Kant**, conforme con **Henry Levy-Ullman**: “El derecho es la noción que se deduce de las condiciones en las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la facultad de obrar de otro, según una ley universal de libertad”.

Para **Ihering**: “El derecho es la noción que se inscribe en las reglas coactivas vigentes en el interior de un Estado”.

Según **Duguit**: “El derecho es la línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad la garantía del interés común y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación”.

Para **Henry Levy-Ullman**: “Derecho es el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen libertad de hacer sin incurrir en una condena, en un embargo o en una acción particular de la fuerza”.

Para sir **Paul Vinogradoff**: “El derecho es un conjunto de normas impuestas y aplicadas por una sociedad con respecto a la atribución y el ejercicio del poder sobre las personas y las cosas”.²²

En el cuadro de la página siguiente se muestran los cuatro elementos más característicos de las definiciones citadas para ver su inserción u omisión en las respectivas definiciones, así como las coincidencias de los autores citados, conforme a las palabras utilizadas como integrantes de la definición de derecho que cada uno fue elaborando.

Para **Kelsen**, existen dos puntos de vista diferentes en relación con el concepto del derecho:

- a) El primero concibe al derecho como un hecho, una conducta determinada de los hombres, que tiene lugar o se realiza en el tiempo y puede ser percibida por nuestros sentidos.
- b) El segundo concibe que el derecho no es un hecho, sino una norma. En virtud de que el término *norma* es utilizado para caracterizar al objeto de la ciencia del derecho, significa que algo debe ser realizado, aun cuando en realidad no sea o no haya sido realizado.²³

²² Sir **Paul Vinogradoff**, *Introducción al derecho*, 4a ed, trad **Vicente Herrero**, FCE, Chile, 1994, pág 45.

²³ Para mayor información, véase la obra de **Hans Kelsen** citada en las fuentes de consulta al final de la presente obra.

<i>Derecho como:</i>	<i>Aubry y Rau</i>	<i>Bunoir</i>	<i>M. Gastón</i>	<i>Kant</i>	<i>Ihering</i>	<i>Duguit</i>	<i>Henry Levy-Ullman</i>	<i>Sir Paul Vinogradoff</i>
Primer elemento	Preceptos o reglas de conducta	Reglas	Preceptos	Ley universal. Libertad	Reglas	Regla	Línea de conducta	Normas
Segundo elemento	Sujeta	Sometida	Reconocen	Deduce	Inscribe	Impone	Deslinde	Impuestas y aplicadas
Tercer elemento	Coacción exterior o física	Sanción	Sanción		Coactivas	Reacción colectiva	Acción particular de la fuerza	Impuestas
Cuarto elemento		Poder social	Poder social	Armonizar. Faculta de uno y otro	Estado	Sociedad	Hombres y agrupaciones	Sociedad

De los elementos señalados destaca la *idea del derecho* como una forma de organización social, siempre para regular *conductas humanas*, limitando las *libertades*; además, en la mayoría de los casos se impone por la *sociedad* mediante la *coacción* o *sanción exterior*, cuya manifestación se da con la *norma* o *precepto*.

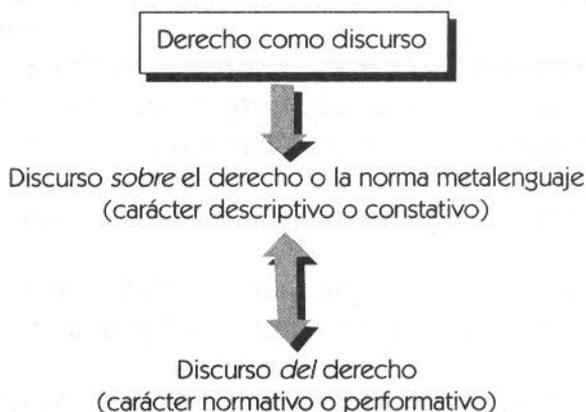
En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen se ocupa de lo que considera la esencia del derecho, que es la norma, la cual despoja de cualquier agente extraño, como la connotación moral de valor, la sociología o la política.



Como el derecho es igual a la norma, será menester ocuparnos en la unidad 4 de los conceptos jurídicos fundamentales en los que se desarrollará su concepto y los elementos que la integran.

Al revisar otras definiciones tenemos que para **Gilberto Giménez**:²⁴ “El derecho como discurso es una imponente y compacta construcción lingüística, como un lenguaje peculiar dotado de extrañas propiedades operativas. Una cosa es el discurso sobre el derecho (o sobre la norma) y otra el discurso del derecho (o de la norma)”.

El primero constituye un metalenguaje respecto al segundo, reviste por lo general un carácter meramente descriptivo o constataivo y se limita a representar de forma discursiva la realidad jurídica. El segundo tiene un carácter esencialmente normativo y manifiesta propiedades performativas, es decir, comporta en su enunciación una virtud operativa intrínseca e impone modelos de comportamiento, produce realidades nuevas o modifica las situaciones existentes. En el plano del derecho, decir es siempre hacer y sólo lo explícitamente dicho adquiere estatuto de existente.



²⁴ **Gilberto Giménez**, *Poder, Estado y discurso (perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico)*, 3a ed., UNAM, México, 1989, págs 79 y 80.

Para **Radbruch**, el concepto de derecho es a la idea del derecho lo que el ser al deber ser. El derecho es un hecho que pertenece al mundo del ser; sin embargo, no es posible derivar el concepto del derecho inductiva o empíricamente de los fenómenos jurídicos, pues para ello sería necesario que dichos fenómenos empezaran por ser conocidos como tales, como fenómenos “de derecho”. Por tanto, el concepto del derecho es un concepto *a priori*, que sólo puede ser obtenido por la vía deductiva; además, se orienta por la idea del derecho, lo cual significa que la segunda precede lógicamente al primero.²⁵

Para entender mejor lo citado conforme a **Radbruch**, el derecho es un hecho, pero la construcción del concepto no parte de lo específico, sino que de manera deductiva construimos desde la base de la idea de derecho, que permite construir la definición de éste. **Sánchez Bringas** hace un interesante estudio de la idea del derecho:²⁶

- Como idea de justicia.
- Como idea de naturaleza humana.
- Como parte del orden divino.
- Como producto comunitario.
- Como jurisprudencia analítica.
- Como expresión de la razón pura.
- Como voluntad general.
- Como expresión del espíritu.
- Como instrumento de explotación.

Debemos hacer hincapié en que lo valioso de la definición del derecho es que no es única; ya sabemos que definir es delimitar y pocos conceptos se resisten a esa delimitación como el derecho, al cual no se le pueden poner límites. A lo más, podemos enunciar los elementos comunes y necesarios que facilitan su concepción y operatividad, pero finalizar la reflexión en cuanto a la mutabilidad de los contenidos sería negar y marchitar la siempre necesaria revaloración del concepto como producto vital.

Cabe hacer una acotación que, por ser obvia, en la mayoría de los casos se omite su explicación: así como la religión se basa en el axioma

²⁵ **Gustav Radbruch**, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad **Wenceslao Roces**, FCE, México, 1997, pág 43.

²⁶ Para mayor información véase **Enrique Sánchez Bringas**, *Derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1995.

inquebrantable de la existencia de una deidad, el derecho se aplica para regular la conducta humana, de modo que una relación no puede existir entre una persona y una cosa. Ello sería un contrasentido. En principio, todo derecho es una relación entre personas, verdad elemental sobre la cual está fundada toda la ciencia del derecho.²⁷

3.5.4 Conclusiones para llegar a una definición del derecho

Veamos los comentarios que hacen diversos autores acerca de la complejidad que implica crear una definición de derecho, quienes señalan los posibles errores en que incurren aquellos que se empeñan en realizar esta labor.

Las dificultades que enfrentan los juristas para definir el derecho se deben, la mayoría de las veces, a su adhesión a ciertas concepciones teóricas o ideológicas que hace que no se tenga una idea precisa de los presupuestos que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión como *derecho*.²⁸ Las visiones particulares llegan a empañar la concepción del objeto.

Cabe señalar que para **Rolando Tamayo** lo importante no es preguntar ¿qué es derecho? En vez de buscar, de modo teológico, la naturaleza, la esencia, el origen verdadero o los fines propios del derecho, dicho autor considera más razonable preguntarse por el objeto que la expresión *derecho* nombra, cuyo punto de partida es el uso que se hace de la expresión *derecho* y poner atención en cómo se usa para saber qué nombra.²⁹

En cambio, **Enrique Cáceres Nieto** sugiere la sustitución de la pregunta ¿qué es el derecho? por ¿qué significa la palabra derecho?: de la

²⁷ Para mayor información véase **Ernesto Gutiérrez y González**, *El patrimonio*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, en lo referente a los derechos reales y personales.

²⁸ Así, cuando hablamos de los derechos de protección a los animales no quiere decir que los animales tengan derechos, sino que éstos se hallan reservados a los humanos que aceptan este tipo de normas de protección en aras de consolidar sociedades comprometidas con valores de conservación y preservación de especies o ecosistemas, dependiendo del tipo de ley; pero, al fin de cuentas, todo recae en las personas que los aceptan y los hacen valer. Valga la expresión: ¿alguien ha visto a un animal ir a promover una demanda porque su amo lo maltrata? Véase: **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica) 2a ed, Themis, México, 2001, pág 188.

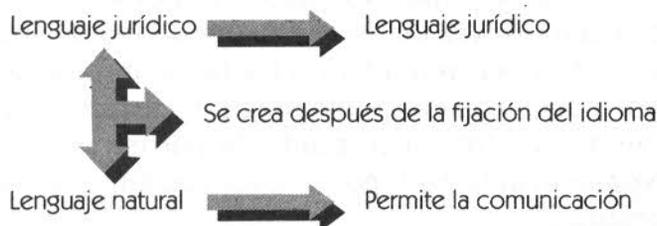
²⁹ *Ibidem*, págs 2 y 3.

esencia al lenguaje, haciendo la precisión de que su enfoque es lingüístico o analítico y aseverando que la relación entre significante y significado no es necesaria, sino contingente. La atribución de significados es determinada culturalmente y una misma expresión puede admitir definiciones diferentes, cada una de las cuales corresponderá a una asignación de significados distintos y creer que existe una única definición correcta para cada expresión y que ésta corresponde a la descripción de la esencia referida por dicha expresión es un seudoproblema que requiere ser diluido recurriendo al enfoque analítico.³⁰

3.5.5 El derecho como palabra

Al estudiar el derecho como palabra debemos ver cómo se configura el lenguaje jurídico y de dónde surge.

Bielsa aclara que el lenguaje jurídico no es vulgar, por mucho que se generalice o se difunda en el vulgo. El lenguaje jurídico es técnico y en sentido lato es profesional. El lenguaje se forma después del periodo de fijación del idioma, mientras que el lenguaje jurídico es más clásico que romántico, pues la sujeción a las reglas es de su naturaleza.



Todo examen del vocabulario jurídico que contribuya a aclarar y a depurar los conceptos debe estimarse útil en algún grado. Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho.

El concepto jurídico difiere con frecuencia del concepto general o común. De ahí que también las palabras que se emplean para designarlo sintéticamente tengan en el léxico jurídico, si no en lo sustancial al me-

³⁰ Véase **Enrique Cáceres Nieto**, *¿Qué es el derecho?*, 1ª ed, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura y UNAM, México, 2000, págs 30 a 40.

nos en su empleo técnico, una significación diferente de la común. Esas palabras se llaman términos o vocablos, y referidas a las respectivas disciplinas forman la terminología o el vocabulario en derecho.³¹

Para Olivecrona, las palabras son utilizadas no sólo para describir la realidad o informar acerca de hechos, sino también para expresar emociones, para provocarlas y para influir en la conducta. Respecto al lenguaje, no hay razón para que los sustantivos sean empleados únicamente para denotar realidades. ¿Por qué los sustantivos no han de ser utilizados para estimular una acción o una omisión o para expresar o provocar emociones?

Hay una función técnica para las palabras huecas, palabras que no se encuentran en la realidad, lo importante es que hablemos de ellas de cierta manera. Una de las más fecundas invenciones de la mente humana es conservar las formas del lenguaje, no obstante haber sido eliminados los objetos a que aquéllas se refieren. Para cumplir sus funciones sociales, el lenguaje no puede ser desordenado. La palabra puede cesar de denotar algo y se convierte en una función técnica; no es emocional ni volitiva.

Las expresiones realizativas no son utilizadas para relatar hechos, ni describen nada, sino que su propósito es establecer una nueva relación jurídica; entonces ¿cómo es posible que se produzca un efecto simplemente pronunciando palabras? Es el lenguaje de la magia,³² por ejemplo: en cuanto a la solemnidad en el contrato de matrimonio, si se da el consentimiento ante persona no autorizada por el ordenamiento, el acto no nacerá a la vida jurídica, pues no es lo mismo decir “sí acepto” en una obra de teatro que ante un oficial del registro civil. Por ende, si no se lleva a cabo el protocolo requerido, no tendrá efectos jurídicos lo realizado, no obstante que el actuar sea el mismo en ambos casos.

Estudiemos otro aspecto de la palabra derecho, en el cual no sólo se evoca la realidad predeterminada, sino también provoca reacciones que van más allá del ámbito racional, como en el caso del derecho injusto (si vale la expresión), en el que se desatan tanto la controversia dogmática como la indignación, el repudio, el rechazo, el miedo, el enojo y demás sentimientos cuya racionalidad es cuestionable.

³¹ Rafael Bielsa, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3a ed, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961, pág 10.

³² Karl Olivecrona, ob cit, págs 33-40.

Para **James Bradley Thayer**, a medida que nuestro derecho se desarrolla es cada vez más importante dar un carácter definido a su fraseología; las distinciones se multiplican, surgen nuevas situaciones y complicaciones de hecho, y la vieja serie de ideas, distinciones y frases tiene que ser cuidadosamente revisada. El derecho no difiere tanto de otros temas de estudio para que la claridad del pensamiento no signifique una poderosa ayuda para aprehenderlo.

Si las palabras en el uso jurídico común se utilizan con exactitud, es bueno saberlo; si no se emplean así, también es bueno saberlo y señalar cómo se usan. Es una desdicha del derecho que las ideas se enquistan en frases y después de ello y durante largo tiempo dejan de originar nuevos análisis.³³

Si entramos al campo científico de la precisión de la palabra *derecho*, no deberemos permitir ni tolerar que sea empleada como mejor le parezca al que pretenda enunciarla. La formación profesional obliga a conocer las reglas establecidas en el uso del lenguaje, más aún: a ser precisos cuando nos encontremos ante lenguajes técnicos y científicos. Por ello, no podemos darnos el lujo de caer en falacias para encubrir el verdadero significado de las palabras.

Finalmente demos cabida a la reflexión que hacen los literatos y filósofos que no son juristas y hagamos una revisión externa del fenómeno que nos ocupa:

“La comprensión de lo que nos dicen y decimos se convierte en un juego de absurdos cuando las palabras pierden su significado y no son más que sonidos”, sentencia **Beckett**³⁴ al manejar su teoría del absurdo (no como lo contrario a la razón, sino la razón de la absurdidad) en el lenguaje.

Si las corrientes contemporáneas conciben a la definición del derecho como palabra, entonces nos enfrentamos a otra serie de problemas que surgen en relación con el lenguaje y el papel que desempeña en la

³³ Citado en **W.N. Hohfeld**, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5a ed, trad **Genaro R. Carrió**, Fontamara, México, 2001, pág 46.

³⁴ Véase **Manuel Montalvo**, *Samuel Beckett*, Ediciones del Orto, Madrid, 2000, pág 75. Recomendamos ampliamente la obra de este discípulo de **James Joyce**, entre otras: “Esperando a Godot” (la obra de teatro más representada en Europa) y la famosa trilogía “Molloy”, “Malone muere” y “El innombrable”.

comunicación y construcción de realidades. Veamos los comentarios que **Nietzsche** hace al respecto:

El lenguaje no ha surgido en función de la verdad o con el fin de esclarecerla. Deriva de la fuerza retórica originaria, fuerza que apunta a la persuasión, al hacer valer y no a lo verdadero. Si nos referimos al lenguaje escrito, nos encontraremos con otro desvío ulterior, que va del sonido al signo escrito, los cuales son heterogéneos.³⁵

El lenguaje originario, en general todo el lenguaje hablado, es una abstracción y un olvido, lo cual hace que las relaciones entre arte y filosofía, entre mito y ciencia, se vuelvan menos nítidas. Filosofía y ciencia se presentarían así como abstracciones que se han delimitado dentro del ámbito del lenguaje mítico-retórico; pero el lenguaje es por esencia retórico y, por tanto, analógico, metafórico, mitológico, en una palabra estético.

Conforme a la forma como vamos construyendo las palabras, **Nietzsche** hace una interesante concepción en su ensayo: "Sobre verdad y mentira en sentido extramoral", que a edad temprana escribió y que reflejaba el contenido fundamental de su obra que maduraría después en su *Así habló Zaratustra* y *Más allá del bien y del mal*.

En cuanto al análisis de **Nietzsche** acerca de la configuración del lenguaje empezando por la palabra y las relaciones con el poder que tiene aquélla, veamos el aforismo 11 de su obra *Humano demasiado humano* titulado: "Las palabras nos obstaculizan el camino":³⁶

Las palabras nos obstaculizan el camino. Siempre que los *hombres de las primeras épocas introducían una palabra* creían haber realizado un descubrimiento, haber resuelto un problema. ¡Qué error el suyo! Lo que habían hecho era *plantear un problema y levantar un obstáculo* que dificultaba su solución. Ahora, *para llegar al conocimiento, hay que ir tropezando con palabras* que se han hecho *duras y eternas* como piedras, hasta el punto de que es más difícil que nos rompamos una pierna al tropezar con ellas que romper una palabra.

Así, la palabra *derecho* se ha hecho tornado y eterna; debemos recordar que las palabras fueron creadas en relación con una "realidad" que

³⁵ **Carlo Sin**, *Semiótica y filosofía*, Colección Hachette Universidad, Buenos Aires, 1985, pág 89.

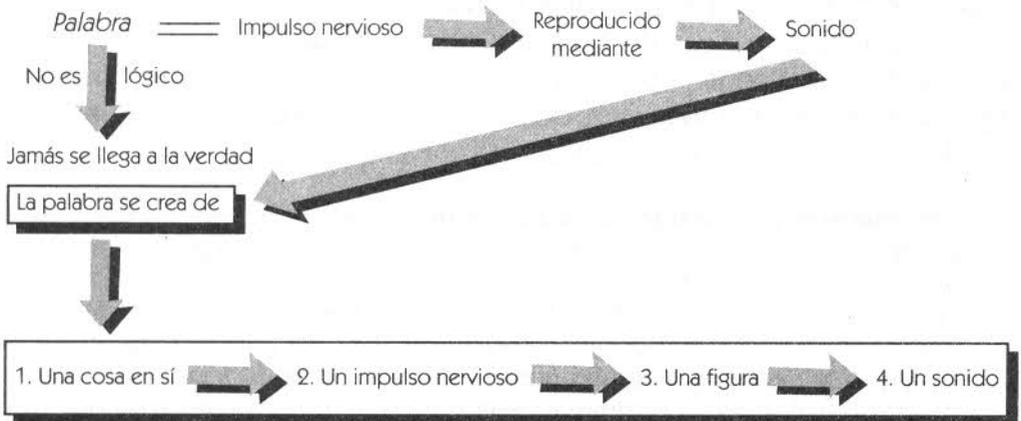
³⁶ **Friedrich Nietzsche**, *Humano demasiado humano*, 13a ed, trad **Carlos Vergara**, EDAF, Madrid, 2000, pág 47. Las cursivas son nuestras.

se pretendía representar, por ende, las palabras no son la realidad y podemos cambiarlas. Veamos algunos párrafos de "Sobre verdad y mentira en sentido extramoral":

El lenguaje como supuesta ciencia. *La importancia del lenguaje para el desarrollo de la civilización reside en que el hombre ha situado en él un mundo propio al lado de otro... El creador de las palabras no era bastante modesto para creer que no hacía más que dar denominaciones a las cosas... en realidad, el lenguaje es el primer grado del esfuerzo hacia la ciencia.*

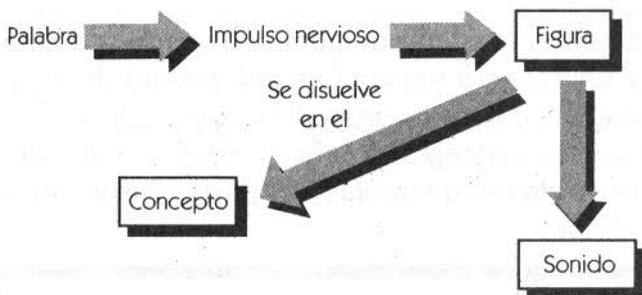
... ¿Qué es una palabra? La reproducción en sonidos de un impulso nervioso, pero inferir además a partir del impulso nervioso la existencia de una causa fuera de nosotros es el resultado de un uso falso e injustificado del principio de razón... ¡una excitación completamente subjetiva!... Éste se limita a designar las relaciones de las cosas respecto a los hombres y para expresarlas apela a las metáforas más audaces. ¡En primer lugar, un impulso nervioso extrapolado en una imagen! Primera metáfora. ¡La imagen transformada de nuevo en un sonido! Segunda metáfora... Creemos saber algo de las cosas cuando hablamos de árboles, colores, nieve y flores y no poseemos, sin embargo, más que metáforas de las cosas que no corresponden en absoluto a las esencias primitivas...

Lo anterior se esquematiza de la forma siguiente:



La palabra, como impulso nervioso que se reproduce mediante el sonido, de inmediato permite conformar el concepto:

... Toda palabra se convierte de manera inmediata en concepto, en tanto que justamente no ha de servir para la experiencia singular y completamente individualizada a la que debe su origen... *Todo concepto se forma por equiparación de casos no iguales...*



Al conceptuar un objeto, inmediatamente limitamos un espacio de realidad donde colocamos diversas “cosas” que no son idénticas; así, cómo definimos la verdad:

¿Qué es entonces la verdad? Una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos... una suma de relaciones humanas que han sido realzadas, extrapoladas y adornadas poética y retóricamente y que, después de un uso prolongado, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son...

Como apreciamos, no podemos ser ingenuos en el uso de las palabras. Así como hicimos patente la reflexión en torno a la ciencia y la filosofía al final de la unidad 2 también queremos finalizar ésta con la invitación a la abstracción y pensamiento serio y profundo sobre situaciones que damos por ciertas. La invitación es a la sospecha, pues siempre debemos dudar de lo establecido en aras de revisar la eficacia de lo creado y mejorar en todo momento su contenido.

Sin embargo, la abstracción debe regresar a su punto de origen, porque todo pensamiento filosófico será inútil si no encuentra el camino de regreso para proponer y determinar la conducta a seguir una vez hecha la revisión y la nueva valoración.

Ya lo manifiesta **Del Vecchio**, citado por **Máynez**:

Ningún argumento es tan adecuado para mostrar la naturaleza eminentemente práctica del derecho, y su plena y perfecta adherencia a la vida, como el siguiente: no hay interferencia alguna entre hombres, ni controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta. Las dudas e incertidumbres pueden persistir durante largo tiempo en el campo teórico... pero a la pregunta *quid juris?*, ¿cuál es el límite de mi derecho y el del ajeno?, debe en todo caso concreto darse una respuesta, sin duda no infalible, pero prácticamente definitiva.³⁷

³⁷ Eduardo García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 2001, pág 61.

Así, pese a que no contemos con una definición única del derecho (lo cual dista de ser un aspecto negativo) en el ámbito de aplicación de aquél se debe resolver sobre la procedencia y asignación de razón, con fundamento en la concepción prevaleciente de derecho que estará determinada por la circunstancia, las particularidades del caso y el momento histórico.

3.5.6 El derecho como argumentación

Para **Atienza**, el derecho no es un fin en sí mismo ni tiene carácter natural; más bien es un instrumento y una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del derecho: cierta paz, cierta igualdad, cierta libertad.



El derecho no es más que una técnica (cada vez más compleja, pero siempre notablemente deficiente) para la resolución de los conflictos sociales.

Si el derecho es una técnica para resolver determinados problemas prácticos, se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce a considerar el derecho como argumentación.³⁸

El carácter central que la argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica occidental se debe principalmente a los factores siguientes:³⁹

- a) *De naturaleza teórica.* Las concepciones del derecho más características del siglo xx han tendido a descuidar la dimensión argu-

³⁸ **Manuel Atienza**, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs 73 a 78.

³⁹ *Ibidem*, pág 23.

- mentativa del derecho, por lo que se ha despertado el interés por construir teorías jurídicas más completas que llenen esta laguna.
- b) *La práctica del derecho parece consistir de manera relevante en argumentar* (destacando por su naturaleza en el sistema anglosajón y empezando a ocupar espacios muy importantes en el sistema de los derechos romano-germánicos).
- c) *Cambio general de los sistemas jurídicos*, producido con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional y con el pluralismo jurídico para la solución de conflictos.
- d) *Pedagógico*. Ahora se trata no de que el jurista llegue a conocer la información contenida en la base de datos del sistema, sino de que sepa cómo acceder a esa información, a los materiales jurídicos y cuál es el conocimiento instrumental para manejar ese material.
- e) *Político*. En términos generales, las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y la tradición; en su lugar, como fuente de legitimidad, aparece el consentimiento de los afectados: la democracia. La vinculación de la argumentación con la democracia varía según como se entienda la democracia. Esa democracia presupone la existencia de ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida común.

Autoevaluación

- De los tipos de definiciones de derecho escoja alguna concepción con la que más se identifique y explique el porqué de su elección. _____

- Elabore un concepto de derecho con por lo menos tres autores expuestos. _____

- Explique la importancia de que no exista una concepción única del derecho. _____

4. Mencione los elementos que puede contener una definición de derecho. _____

5. ¿Cuál es su "idea del derecho"? _____

6. ¿Qué implica concebir al derecho como discurso? _____

7. ¿Qué reflexiones podemos hacer al concebir al derecho como palabra? _____

8. Manifieste su conformidad o inconformidad de concebir al derecho como argumentación. _____

9. Justifique qué tipo de definición de derecho considera que prevalece en nuestro país. _____

10. Con una nota periodística actual identifique qué tipo de definición de derecho prevalece a nivel mundial. _____

UNIDAD 4

Conceptos jurídicos fundamentales

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno(a):*
Distinguirá los conceptos jurídicos fundamentales en su papel de categorías, de pensamiento jurídico y explicará brevemente cada uno de ellos: para utilizarlos como un medio de su pensamiento en general y en el área de su interés particular.

4.1 Tratamiento de estas categorías por las principales corrientes filosóficas

Los autores de teoría general del derecho no siempre se ocupan de elucidar nociones que son de uso frecuente entre los juristas dogmáticos. Algunos de los conceptos que estudia la teoría general del derecho han sido creados por ella con la finalidad de presentar los fenómenos del derecho en una perspectiva que juzga más esclarecedora o más rica en conse-

cuencias teóricas.¹ Recordemos que el derecho se nutre del lenguaje natural y lo va haciendo técnico, pero a veces se necesita dar un paso más en la capacidad creadora, por lo cual surgen diversas connotaciones que debemos revisar para entender su significado más adecuado.

Las categorías o cualidades atribuidas a un objeto dependerán de la visión de cada corriente de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica. En esta unidad estudiaremos de manera general las definiciones de concepto y categoría para aplicarlas posteriormente al ámbito jurídico y desentrañar la diferencia entre los conceptos jurídicos fundamentales y los contingentes, haciendo una revisión doctrinaria en la que se explicarán las coincidencias y divergencias en su clasificación y presentación.

4.2 Conceptos y categorías²

Conforme al *Diccionario de la lengua española* tenemos lo siguiente:

Concepto:

Del *lat. conceptus*.

Idea que concibe o forma el entendimiento.

Pensamiento expresado con palabras.

Sentencia, agudeza, dicho ingenioso.

Opinión, juicio.

Al concepto se le han asignado diversas acepciones, que a veces se equiparan a noción, idea, pensamiento, etc. Las connotaciones han variado según el contexto histórico o teórico, con las definiciones siguientes:

- Como un universal que define o determina la naturaleza de una entidad. Esto es como esencia (**Platón**).
- Concepto como sustancia (**Aristóteles**).
- Como idea se ha usado en la época moderna (**Descartes**).
- Como marco (**Kant**).
- Como constituyentes de marcos conceptuales.
- Como convención o instrumento.

¹ **W.N. Hohfeld**, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad **Genaro R. Carrió**, 5a ed, Fontamara, México, 2001, pág 8.

² Para profundizar en el tema véase el diccionario de **Ferrater Mora** referido en las fuentes de consulta en las palabras *categoría* y *concepto*.

- Como significados.
- Como descripciones abreviadas (empiristas).
- Como elementos últimos de todos los pensamientos (**Pfänder**).

El concepto, como pensamiento expresado con palabras, permite exponer la esencia o descripción abreviada. La diferencia entre concepto y definición reside en que el concepto de concepto es la palabra concepto y la definición de concepto son los elementos esenciales o descriptivos que la integran; en este caso entenderemos el término *concepto* en la segunda connotación. Consideramos más acertado expresar la frase *definiciones jurídicas fundamentales* más que el vocablo *conceptos*. Respetando la connotación inicial partiremos con la base de *concepto*, pero antes revisemos en el *Diccionario de la lengua española* lo que es la *categoría*:

Del lat. *categoría*, cualidad atribuida a un objeto.

Uno de los diferentes elementos de clasificación que suelen emplearse en las ciencias.

Fil. En la lógica aristotélica, cada una de las 10 nociones abstractas y generales siguientes: *sustancia, cantidad, calidad, relación, acción, pasión, lugar, tiempo, situación y hábito*.

Fil. En la crítica de **Kant**, cada una de las formas del entendimiento, a saber: cantidad, cualidad, relación y modalidad.

Fil. En los sistemas panteísticos, cada uno de los *conceptos puros* o nociones *a priori* con valor trascendental al par lógico y ontológico.

Aristóteles fue el primero en darle un significado técnico al vocablo *categoría*. Entre la lista de categorías tenemos:³

Sustancia	hombre, perro
Cantidad	dos, tres
Cualidad	blanco, negro
Relación	doble, medio
Lugar	en la escuela
Tiempo o fecha	hoy, ayer
Situación o postura	echado, sentado
Posesión o condición	armado
Acción	corre, habla
Pasión	cortado

³ *Ibídem*, pág 502.

Algunos problemas planteados por la doctrina aristotélica de las categorías son:

Primero. La naturaleza de las categorías:

- a) Las categorías son equivalentes a partes de la oración, por lo cual deben ser interpretadas gramaticalmente.
- b) Las categorías designan expresiones o términos sin enlace que significan la sustancia, la cantidad, la cualidad, etcétera.
- c) Las categorías designan posibles grupos de respuestas a ciertos tipos de preguntas: ¿qué es *x*?, ¿cómo es *x*?, ¿dónde está *x*?, etcétera.
- d) Las categorías expresan flexiones o casos del ser y pueden definirse como géneros supremos de las cosas.
- e) Cualquier interpretación dada a las categorías debe tener en cuenta la evolución del pensamiento aristotélico.

Segundo. La relación entre la sustancia y las demás categorías: a esto responden que si bien todas las categorías que no son la sustancia están presentes en el sujeto, algunas cosas en tales categorías son también afirmadas por un sujeto y otras no.

Tercero. El conocimiento de las categorías: puede preguntarse si el conocimiento es empírico o no empírico. La solución que da **Aristóteles** es intermedia, con una percepción intelectual distinta de la que descubre el principio de no contradicción, pero distinta también de la que proporciona el conocimiento sensible.

Cuarto. Sobre el número de las categorías: a) un número determinado, o b) un número indeterminado.

Durante la época moderna, **Kant** desarrolla la doctrina de las categorías en su "Análisis trascendental" de la *Crítica de la razón pura*, y formula una doctrina sistemática de las categorías, las cuales son conceptos puros del entendimiento. Las categorías corresponden a formas lógicas (del juicio) pero no son estas formas. El sistema kantiano de las categorías abarca lo siguiente:

- Cantidad (unidad, pluralidad y totalidad).
- Cualidad (realidad, negación y limitación).
- Relación (sustancia y accidente; causalidad y dependencia; y comunidad y reciprocidad entre agente y paciente).
- Modalidad (posibilidad-imposibilidad; existencia-no existencia y necesidad-contingencia).

Hasta **Kant**, el concepto de categoría había sido entendido de varios modos. Las categorías podían ser entendidas como ideas generales en la mente, géneros supremos de las cosas, estructuras generales lingüísticas o lógicas, etc. Dicho autor las entiende desde el punto de vista trascendental o como condiciones de posibilidad. Las categorías no pueden referirse a cosas en sí, de las cuales no podemos saber racionalmente nada, sino que son modos de ordenar y conceptualizar los fenómenos.

Los sistemas de categorías se presentan de acuerdo con el autor que los trate, aunque se les ha asignado últimamente un carácter realista. Las categorías, en tales sistemas, son modos de ser y no formas subjetivas (o trascendentales) impuestas a lo real.

4.3 Conceptos y categorías jurídicas⁴

La existencia de un orden jurídico en determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en las que pueden hallarse los miembros de esa comunidad. Cabe afirmar que hay acciones u omisiones jurídicamente prohibidas, obligatorias o permitidas. Los mencionados son los predicados deónticos más generales y, en este sentido, los de más alto nivel.

Los términos y expresiones que usan los juristas para aislar o identificar las múltiples y complejas situaciones que derivan de la existencia de un orden jurídico son numerosos. En este orden de ideas, así como hay variedad de posturas para definir el concepto y las categorías, en el ámbito jurídico no hay excepción, y los autores no acaban de ponerse de acuerdo respecto a cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales y su forma de categorizarlos. Revisemos las principales categorías que se aplican al derecho.

⁴ Para un análisis importante de los conceptos jurídicos fundamentales consúltese la obra de **W.N. Hohfeld**, ob cit.

4.4 Categorías jurídicas aplicables al derecho como un todo

Para Hohfeld, el grupo de expresiones y palabras se puede dividir de la forma siguiente:⁵

- | | | |
|---------------|---|--|
| Expresiones A | { | Términos deónticos más generales, como jurídicamente prohibido, obligatorio o permitido. |
| Expresiones B | { | Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general; son situaciones intermedias entre las expresiones A y C, por ejemplo: derecho subjetivo, deber jurídico, responsabilidad, sanción, etcétera. |
| Expresiones C | { | Expresiones que los juristas emplean para aludir a las situaciones específicas de que se ocupan las disciplinas en que se divide la ciencia del derecho, por ejemplo: hipoteca, avalista, legítima defensa, acto administrativo, etcétera. |

Partiendo del método deductivo debemos revisar primero las categorías más generales y luego los conceptos jurídicos fundamentales que pueden ser aplicables al derecho como un todo, sin necesidad de revisar de manera seccionada los conceptos que lo integran y que tratan de definirlo. Haremos una revisión somera con citas de juristas destacados, con la invitación para que quienes se interesen en detallar sus matices tengan fuentes confiables que consultar.

4.4.1 Sistema jurídico

De acuerdo con sus raíces griegas y latinas, la palabra *sistema* alude al conjunto de reglas y principios, enlazados entre sí, por los que se rige una materia determinada. Un sistema es un conjunto de elementos complejos, cualitativamente diversos y relacionados entre sí que se rigen por principios generales.

⁵ Ibidem, págs 7 y 8.

Los comportamientos jurídicos constituyen un sistema generalmente denominado *orden jurídico* o *sistema jurídico*.

Los sistemas jurídicos son el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar.⁶

Los sistemas jurídicos contemporáneos integran el conjunto de leyes, costumbres, razones y jurisprudencia de derecho positivo que rigen en los diversos países del mundo. Cada nación tiene su sistema jurídico y su peculiar manera de considerar las leyes, las costumbres y la jurisprudencia. Todo sistema jurídico debe reflejar, ante todo, las costumbres y las convicciones del pueblo.

4.4.2 Norma

La norma jurídico-positiva es una especie de instrumento o utensilio fabricado por el hombre, con el fin de tratar determinada situación humana o conflicto social. Una norma jurídica no puede ser verdadera ni falsa, pero puede ser justa o injusta, conveniente o inconveniente, eficaz o ineficaz. El instrumento, que es la norma jurídica, ha sido elaborado para producir por tal medio ciertos resultados, determinados efectos, precisamente los efectos que el autor de la norma considera la solución más justa y viable al problema planteado.⁷

El fin de la norma consiste en lograr que sus sujetos cumplan o realicen la conducta que aparece como ordenada o mandada. Lograr la realización de esas conductas es precisamente el fin que inspira la elaboración de las normas de derecho positivo.

⁶ Luis Peñuelas Reixach, citado por Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 2002, págs 4 y 5.

⁷ Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 121 y 122.

Para **Rolando Tamayo**, las normas jurídicas pueden caracterizarse como la formulación lingüística por la cual se establece una modalidad jurídica a la conducta, o sea, es el medio (oral o escrito) por el cual se señala que una conducta es permitida, obligada o prohibida. La norma jurídica es la unidad que sin exceso ni deficiencia compone los órdenes jurídicos.⁸

Para **Kelsen**, una norma tiene el carácter de una orden o mandamiento y suele expresarse lingüísticamente en forma imperativa; sin embargo, una norma puede tener el significado no sólo de una orden, sino también de una autorización; por medio de una norma, una persona puede conferir a otra el poder o la facultad de expedir o dictar mandamientos u órdenes.⁹

Existen diversos tipos de normas que regulan la vida en sociedad; la característica diferenciadora fundamental es la coacción. Lógicamente, hay coincidencias y diferencias sustanciales que permiten hacer su clasificación en cuatro tipos importantes, como se muestra en seguida:

<i>Jurídicas</i>	<i>Morales</i>	<i>Religiosas</i>	<i>De trato social</i>
Bilateral	Unilateral	Unilateral	Unilateral
Externo	Interno	Externo	Externo
Heterónomo	Autónomo	Heterónomo	Heterónomo
Coercitivo	Incoercible	Incoercible	Incoercible

Como se muestra en el cuadro, los elementos de las normas jurídicas son:

- a) *Bilateral*. Existe un sujeto facultado por la norma para hacer efectiva la coacción, y no queda a decisión del obligado cumplir o no las consecuencias jurídicas.
- b) *Externo*. Las conductas internas como el pensamiento son irrelevantes para la vida jurídica, salvo algunos casos de tentativa. Cuando hay una manifestación exterior de la voluntad, la norma jurídica regula esa conducta.

⁸ Para profundizar sobre esta forma de definir la norma véase **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica), 2a ed, Themis, México, 2001, pág 219.

⁹ **Hans Kelsen**, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002, pág 20.

- c) *Heterónimo*. La norma surge por otra persona ajena a la voluntad del destinatario. Así, aun cuando las personas físicas las elaboren, en el momento en que la crean con el procedimiento que aquélla determina se convierte, según palabras de **Recaséns Siches**, en una forma de vida humana objetivada.
- d) *Coercitivo*. Como se muestra en el cuadro anterior, el único tipo de ordenamiento regulador de la vida en sociedad que cuenta con la base de la coacción es el derecho, lo cual conlleva que la norma se hará valer aun en contra de la voluntad del destinatario que motivó su aplicación. Esto no implica que se hará cumplir forzosamente la hipótesis normativa, sino que al realizarse la acción y colocarse en el supuesto jurídico, las consecuencias de derecho se podrán hacer valer de manera obligada.

Para **Aulis Aarnio**, las normas jurídicas tienen la misma función de las reglas del ajedrez. Una parte de las reglas jurídicas son de naturaleza constitutiva y crean, establecen o llegan a abolir instituciones jurídicas. Otro grupo significativo de normas jurídicas consiste en órdenes, prohibiciones y permisos, los cuales son reglas que determinan “movimientos” obligatorios, prohibidos o permitidos dentro del “juego” jurídico.¹⁰

4.4.3 Validez

Para **Ovilla Mandujano**, la validez es sinónimo de existencia y un modo específico de existir o vivir de todo orden jurídico o de toda norma de derecho,¹¹ mientras que para **Kelsen**: la validez es el modo de existencia específica de una norma jurídica y significa que las normas del ordenamiento deben ser obedecidas y aplicadas.

4.4.4 Eficacia

Eficacia es tanto concreción o singularización de normas como la obediencia de los súbditos. La norma es eficaz cuando el agente jurídico calificado obedece y sanciona al autor del ilícito. La mayor o menor observancia de los destinatarios o aplicadores de una norma jurídica se denomina *eficacia*.

¹⁰ **Aulis Aarnio**, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, 2a ed, trad **Pablo Larrañaga**, Fontamara, México, 2000, pág 11.

¹¹ **Manuel Ovilla Mandujano**, *Teoría del derecho*, 7a ed, Duero, México, 1992, pág 180.

4.4.5 Coercibilidad

El derecho no debe ser totalmente a la voluntad del individuo, sino lo ideal es que su cumplimiento se realice de forma espontánea. El derecho tolera e incluso en ocasiones prescribe el uso de la fuerza para que cuando el deber jurídico no sea cumplido en forma espontánea pueda ser obligado el individuo a cumplir lo que prescribe la norma. La naturaleza del uso de esta fuerza es legítima al ser estatuida mediante la misma norma.

4.4.6 Coacción

Los actos coactivos son aquellos que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física. Es la posibilidad de utilizar la fuerza para obligar a un individuo a cumplir la regla.

4.4.7 Sanción

Se contempla como la consecuencia que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado; sin embargo, la sanción no debe ser confundida con la coacción, ya que ésta es la consecuencia normativa secundaria.

Las sanciones son actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico. Las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen dentro de los órdenes jurídicos estatales en dos formas diferentes: como sanción penal o pena y como sanción civil o ejecución forzosa de los bienes.

4.4.8 Persona jurídica

Toda vez que un axioma inquebrantable es “el derecho es para las personas”, debemos desentrañar los elementos de lo que puede implicar esta palabra, desde su etimología hasta las diversas posturas doctrinarias.

Etimológicamente, el término *persona* proviene del latín *per* y *sonare*, que significa sonar fuerte, pero también designa al ente humano en general. Desde el punto de vista jurídico, no toda persona es un ser humano.¹²

¹² Esta categoría fue creada para justificar la esclavitud en el ente humano que, al no ser considerado persona, no era vulnerado en sus derechos, ya que por no ser persona no los tenía.

Para **Kelsen**: la teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derecho con el de persona. Persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. El concepto de persona se identifica con el de “portador” de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, en los que el portador puede ser no sólo el hombre, sino también otros entes.¹³

El concepto *portador* de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son otros entes (asociaciones, sociedades, municipios o estados) se habla de personas jurídicas o indebidamente llamadas morales. Se contraponen así la persona física, como una persona “natural”, a la persona jurídica, que sería una personalidad “artificial”, construida por la ciencia del derecho.

Para **Recaséns Siches**, persona jurídica, individual o colectiva es la expresión del conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mínimo ente, ya sea el individuo o una entidad social como persona jurídica colectiva.

Para **García Máynez**, persona es todo ente capaz de tener facultades y deberes.

Para **Gutiérrez y González**, la persona jurídica o moral es una ficción jurídica que define como un procedimiento de la técnica jurídica, en virtud del cual se atribuye a algo una naturaleza jurídica distinta de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de derecho que de otra manera no podrían alcanzarse.¹⁴

Para **Rolando Tamayo y Salmorán**, la persona jurídica es aquello permanente que permite aprehender las constantes transformaciones o modificaciones jurídicas. La persona jurídica es tanto el punto de referencia que unifica los actos jurídicos como su expresión de unidad.

¹³ **Hans Kelsen**, *Teoría pura del derecho*, 12a ed, trad **Roberto J. Vernengo**, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 182.

¹⁴ **Ernesto Gutiérrez y González**, *El patrimonio*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 115.

Si la persona jurídica sólo es el punto de referencia que unifica los actos jurídicos, dicha persona no se sitúa al lado o encima de los actos de los cuales ella es su expresión de unidad. Esto es, no existen personas jurídicas por fuera de los actos jurídicos que las constituyen. La persona jurídica no es una cosa sino una función.

Cabe subrayar que si la persona jurídica es sólo un centro de referencia de actos jurídicos, entonces no se puede identificar al ser humano con tal persona. La persona jurídica no es un individuo, sino el comportamiento jurídico unitariamente considerado.

La persona son “todos los actos jurídicos referidos a un solo individuo”, mientras que la persona física es un conjunto de actos humanos. Todos los actos referidos a varios individuos forman una persona moral.

4.5 Conceptos jurídicos fundamentales

Debemos responder la pregunta ¿qué se entiende por concepto fundamental? para analizar los conceptos jurídicos fundamentales:

concepto, ta.

Del lat. *conceptus*.

adj. ant. conceptuoso.

Idea que concibe o forma el entendimiento.

Pensamiento expresado con palabras.

Sentencia, agudeza, dicho ingenioso.

Opinión, juicio.

fundamental.

adj. Que sirve de fundamento o es lo principal en una cosa.

Piedra fundamental.

Los conceptos jurídicos fundamentales son nociones de carácter formal que se encuentran en la base de todo derecho posible y que constituyen el fundamento teórico de éste.¹⁵ La importancia de tales conceptos reside en que al ser identificados nos permiten revisar cualquier sistema

¹⁵ Gloria Moreno Navarro, *Teoría del derecho*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pág 73.

jurídico, al ser nociones irreductibles sabemos que podemos encontrarlas en el campo jurídico y que serán nuestra base para construir conceptos derivados o contingentes.

Para **García Máynez**, los conceptos jurídicos fundamentales son las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera, a saber:¹⁶

- *Supuesto jurídico*: hecho que produce un efecto jurídico. Hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma.
- *Derecho subjetivo*: posibilidad de acción de acuerdo con un precepto, o autorización concedida a una persona.
- *Deber jurídico*: restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa.
- *Sujeto o persona de derecho*: todo ente capaz de tener facultades y deberes.
- *Sanción*: consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.

A su vez, **Rojina Villegas** afirma que los conceptos jurídicos fundamentales son aquellos que intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica, es decir, en toda forma de conducta jurídica que se produce por la aplicación de la norma de derecho a los casos concretos. Comprendemos en ellos tanto las manifestaciones de conducta jurídica lícita como aquellas de conducta jurídica ilícita.¹⁷

Los conceptos jurídicos fundamentales se convierten en las categorías esenciales de todo derecho, presente o pasado, positivo o natural, justo o injusto, legislado o consuetudinario, de tal manera que son los instrumentos imprescindibles del jurista y del legislador para pensar y resolver cualquier problema jurídico.

¹⁶ Para una detallada explicación véase **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 169 a 295.

¹⁷ **Rafael Rojina Villegas**, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1971, págs 66 a 68.

Para dicho autor, tales conceptos son los siguientes:

- *Supuestos jurídicos*: hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de derecho.
- *Consecuencias de derecho*: Aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho.
- *La cópula "deber ser"*: nexo que une la hipótesis normativa con la disposición. Constituye el vínculo normativo entre el supuesto jurídico y la consecuencia de derecho.
- *Sujetos de derecho o personas jurídicas*: entes que sirven de centro de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho.
- *Objetos de derecho o formas de conducta jurídicamente reguladas*: se manifiestan como facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos e ilícitos y sanciones.
- *Relaciones jurídicas*: constituyen elementos complejos de articulación de todos los elementos simples anteriormente enumerados.

Para **Kelsen**, que parte del postulado: en determinadas condiciones, un sujeto A deberá observar cierta conducta; si no lo hace, un sujeto B, órgano del Estado, le aplicará determinada sanción, a saber:

- *El hecho ilícito o antijurídico*: hecho condicionante de la sanción, cuando el sujeto A no observa determinada conducta.
- *La sanción*: está caracterizada como la consecuencia jurídica que sobrevive ante el hecho ilícito o antijurídico.
- *El derecho subjetivo*: puede aparecer como facultad, aunque no necesariamente, ya que pudiera existir el deber sin un correlativo derecho subjetivo.
- *El deber jurídico*: aquella conducta contraria al hecho ilícito o antijurídico, supuesto que la sanción sobreviene cuando se ejecuta un hecho que la norma jurídica considera indeseable.
- *El sujeto de derecho o persona jurídica*: está indicado tanto al referirse al sujeto del deber como al sujeto de la sanción y al órgano sancionador. Los sujetos van desempeñando papeles diferentes.
- *La responsabilidad jurídica*: surge respecto a la norma tanto de los particulares como de los sujetos sancionadores.

4.6 Conceptos jurídicos fundamentales que integran o estructuran la norma jurídica

Como observamos en las definiciones anteriores, entre los conceptos jurídicos fundamentales los que más destacan son el de norma jurídica y los elementos que la integran. Ahora revisemos cada uno de estos conceptos.¹⁸

En la norma de derecho se encuentran en potencia todos los conceptos jurídicos fundamentales y en la relación jurídica se actualizan esos conceptos para tener una manifestación concreta respecto de sujetos y objetos determinados, produciéndose por la realización de uno o varios supuestos de derecho.¹⁹

Los datos formales de la norma son: el destinatario a quien dirige y obliga, el mandato u orden que prescribe, la relación de finalidad que implica, y la sanción que establece como consecuencia de su infracción o de su observancia.²⁰

Los datos reales de la norma son: la persona, sujeto natural del orden normativo; el bien, objeto formal de la actividad humana; el deber, expresión de la relación de necesidad moral; y el premio o castigo en que se traduce la recompensa o pena que establece la norma como sanción.

Kelsen sostiene que la estructura lógica de la norma es la de un juicio hipotético, cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción.

La norma se puede dividir en: norma jurídica primaria y norma jurídica secundaria, cada una con las características que se detallan en el cuadro siguiente:

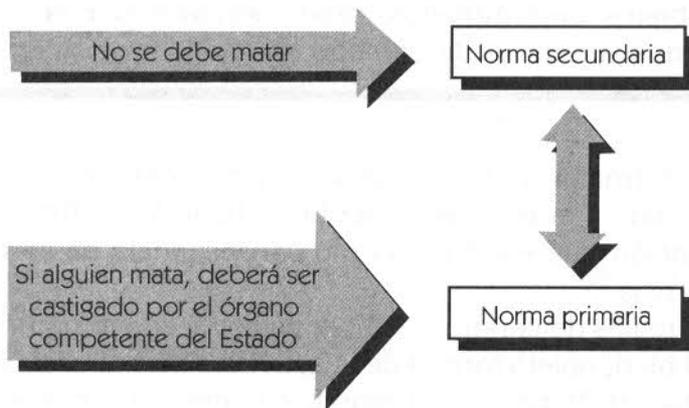
¹⁸ Con ayuda de la visión de **Hans Kelsen** y **Eduardo García Máynez**.

¹⁹ **Rafael Rojina Villegas**, ob cit, pág 67.

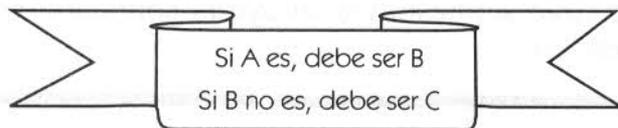
²⁰ **Rafael Preciado Hernández**, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a ed, UNAM, México, 1997, págs 79 y 81.

<i>Norma jurídica primaria</i>	<i>Norma jurídica secundaria</i>
<p>Es el juicio hipotético que prescribe la sanción con base en que se realice el supuesto</p> <p>Suscita el deber jurídico</p> <p>Ordena un acto de coerción estatal y contiene una condición</p>	<p>Es el deber jurídico revestido con la fórmula de una norma, cuya validez descansa en el supuesto de que debe ser evitada la coerción establecida en determinadas circunstancias por el derecho</p>

Pongamos un ejemplo:



La forma de la estructura lógica de la norma es:



En circunstancias específicas un sujeto determinado debe observar cierta conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, deberá aplicarle una sanción.

Estructura formal de la norma jurídica

<i>Supuesto o hipótesis</i>
Hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma
<i>Hecho o relación jurídica</i>
Realización material en el mundo fáctico del supuesto. Su realización es contingente (puede o no suceder)
<i>Consecuencia</i>
La imposición del acto coercitivo y/o la atribución de facultades o derechos subjetivos a determinadas personas

Desde el punto de vista de la semiótica, la lógica jurídica constituye la sintaxis del lenguaje del derecho, es decir, las reglas para la formación de los enunciados jurídicos les adscriben sentido como tales. Dichas reglas sintácticas pueden agruparse en tres grandes temas: la estructura lógica de la norma, las modalidades jurídicas y las consecuencias jurídicas.²¹

Ya situamos a cada parte en la estructura lógica de la norma; ahora retomemos las definiciones más importantes:

4.6.1 Supuesto jurídico

Como la hipótesis, de cuya realización depende si se actualizan las consecuencias establecidas en la norma.

4.6.2 Hecho jurídico

Si cada norma ha de representar cierta conducta de una persona, es obvio que debe señalarse o determinarse un punto en el tiempo a partir del cual la conducta de esa persona tiene este o aquel significado jurídico. En otros términos, es indispensable fijar un hecho del mundo que sirva como punto de referencia, y será irrelevante que se trate de un suceso de la naturaleza o de ciertos actos humanos.

²¹ Para una mejor explicación véase **Arturo Berumen Campos**, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003, pág 59.

4.6.3 Consecuencias de derecho

Son aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho. Las consecuencias pueden ser favorables (premio, recompensa, condonación, etc) o desfavorables como la pena o sanción (civil, penal, administrativa, etcétera).

4.6.4 Relación jurídica

La relación jurídica constituye elementos completos de articulación de todos los elementos simples anteriormente enumerados. Se trata de un elemento ideal que resulta de la combinación de los diversos conceptos jurídicos fundamentales, contenidos potencialmente en la norma y actualizados en virtud de un supuesto jurídico, al vincular sujetos determinados y objetos o formas de conducta que también son regulados de manera precisa a fin de que se manifiesten como facultades, deberes o sanciones.

4.6.5 Objeto jurídico

El objeto jurídico lo integran las diferentes formas de conducta jurídicamente reguladas que se manifiestan como facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos e ilícitos y sanciones. Es decir, comprenden la conducta jurídica lícita; facultades, deberes, actos y hechos jurídicos con sanciones y que constituyen una conducta jurídica ilícita; delitos y hechos ilícitos en general.

4.6.6 Disposición jurídica

Se llama *norma primaria* la que tiene la nota de coacción que se expresa de este modo: “Dada cierta conducta de un hombre, debe ser un acto coactivo (sanción) por parte de un órgano del Estado” (pena o ejecución forzada), por ejemplo: “dado un homicidio, debe enviarse a prisión al que lo cometió”.

Ahora bien, la definición de la conducta que evita la sanción está en lo que **Kelsen** califica como norma secundaria, la cual estatuye el deber jurídico o prestación, o sea, la conducta que evita la consecuencia coactiva. Así, en el caso anterior, el deber jurídico estaría enunciado por la norma siguiente: “dada cierta situación de convivencia y libertad, la norma debe ser el respeto de la vida del prójimo”.

Autoevaluación

1. ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales? _____

2. Explique en dos ejemplos por qué son importantes los conceptos jurídicos fundamentales. _____

3. Diga la relación que existe entre norma y persona jurídica. _____

4. Explique los elementos de la norma jurídica destacando la coercibilidad. _____

5. Elabore un cuadro sinóptico de los conceptos que integran la norma jurídica. _____

6. Busque recortes de periódico y localice normas de trato social, morales, religiosas y jurídicas. _____

7. En la legislación civil o penal de la entidad donde vive, seleccione tres artículos y distinga entre la norma primaria y la secundaria. _____

8. En su opinión, ¿cuáles deberían ser los conceptos jurídicos fundamentales (puede adherirse a la postura de algún autor)? _____

9. Elabore un cuadro comparativo entre los autores citados y sus definiciones de los conceptos jurídicos fundamentales. _____

10. Haga un ejercicio reflexivo y justifique cuáles serían los conceptos jurídicos fundamentales en el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el sociologismo jurídico. _____

UNIDAD 5

Estimativa jurídica

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno(a):*

Determinará el papel que tienen los valores en la vida del hombre y de la cultura, mediante el conocimiento de las ramas de la filosofía relacionadas con este tema; asimismo, explicará los problemas inherentes a los valores en el mundo de lo jurídico.

Describirá la importancia del valor en el mundo de lo jurídico; jerarquizará y explicará tanto los valores jurídicos fundamentales, derivando de ellos otros valores, como la importancia y el papel que desempeñan los derechos humanos en el Estado contemporáneo, y describirá los alcances y límites de un régimen democrático.

5.1 Consideraciones previas

Revisemos la terminología para destacar por qué la estimativa jurídica es el título de esta unidad: la axiología jurídica, que también se llama *deon-*

tología o *estimativa jurídica*, tiene por objeto indagar el valor de lo jurídico. En la axiología se investiga qué vale el derecho, qué valor le da justificación y sentido, qué persigue y qué justificación tiene lo jurídico.

Ortega y Gasset propuso el empleo de la palabra *estimativo*: "Llamo *estimativo* a todo lo que se refiere a los valores y a la valoración. Con ello reanudo una excelente tradición que inicia **Séneca** y los estoicos del siglo xvi. Estimativa equivale a axiología.¹

5.2 Ética y derecho (libertad y necesidad, determinismo e indeterminismo, bien y mal, etcétera), axiología (valores) y teleología (fines) como ramas de la filosofía²

Como dijimos en la unidad 1, entre las ramas fundamentales de la filosofía destacan la ética, la axiología y la teleología; ahora las retomaremos, pero en el aspecto de la filosofía del derecho.

Las economías contemporáneas, en especial las que siguen el neoliberalismo, han dado por identificar al ser humano como un producto, de manera que las competencias férreas nos están llevando de lo cultural a lo civilizado. Conforme a **Henry Lefebvre**,³ podemos distinguir a la cultura como una situación en la que prevalecen los valores por encima del desarrollo tecnológico (los avances se dan con una conciencia humanista); sin embargo, en cambio en la civilización el grado tecnológico llega a un nivel en el cual las políticas económicas no las determinan los valores, que son soslayados por encima de los beneficios económicos.

Entre los problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, uno de los que no se deben postergar es el referente a los valores y su inmersión en el mundo jurídico; así, problemas como corrupción, distribución inequitativa de la riqueza, abuso de los ecosistemas, falta de respeto a nivel individual y vulneración del derecho internacional no tienen otra explicación sino la falta de aplicación y de ejecución y la toma

¹ Para mayor información remítase al *Diccionario de filosofía* de **José Ferrater Mora**, t II, Ariel, Barcelona, 2001, pág 1119.

² **Hegel** definió al derecho como la primera posición del espíritu objetivo y como la pura exterioridad negada por la conciencia moral y superada por la eticidad, es decir, por la ética objetiva propiamente dicha.

³ Véase **Henri Lefebvre**, *Hegel, Marx, Nietzsche*, 10a ed, trad **Mauro Armíño**, Siglo XXI, México, 2001.

de conciencia acerca de la importancia de los valores en la vida social del ser humano.

Los valores no están en crisis, sino simplemente deben ser definidos y aplicados con base en las circunstancias regionales y temporales que los determinan. Lo que no debemos hacer es dejar de ponerlos en el centro del debate.

5.2.1 Ética y conducta social

Exploremos las definiciones de la ética:

ética.

Del lat. *ethica*.

Parte de la filosofía que *trata de la moral y de las obligaciones del hombre*.

Por lo general, en la ciencia de la conducta existen dos concepciones fundamentales:⁴

- a) La que la considera ciencia del fin al que debe dirigirse la conducta del hombre y de los medios para lograr tal fin y derivar tanto el fin como los medios de la naturaleza del hombre.
- b) La que la considera la ciencia del impulso de la conducta humana e intenta determinarla con vistas a dirigir o disciplinar dicha conducta.

Para **Jellinek**, el derecho es un *minimun ético*, y en toda sociedad humana flota un conjunto indeterminado de normas del comportamiento, no coactivas (moral). De dichas normas, unas son consideradas por los componentes del grupo absolutamente necesarias a surgir, para la seguridad y conservación de esa colectividad. Entonces, el grupo siente la necesidad de garantizar su cumplimiento y, por tanto, las reviste de obligatoriedad y las hace coercibles.⁵ Esta parte de aquel conjunto indeterminado de normas (o sea la moral), que son revestidas de sanción, es la que, según **Jellinek**, constituye el derecho.

Toda norma de derecho tiene un contenido moral; en otros términos, es moral sancionada, y revestida de fuerza coactiva. Por ello, no puede haber derecho sin contenido moral.

⁴ Para profundizar sobre el tema consúltese el *Diccionario de filosofía* de **Nicola Abbagnano**, trad **Alfredo N. Galletti**, FCE, México, 2000, págs 466 y 467.

⁵ **Alberto F. Senior**, *Filosofía del derecho*, edición particular, México, 1999, págs 87 y 88.

Lo anterior podemos representarlo de la forma siguiente, donde entre las normas morales ubicamos al derecho:

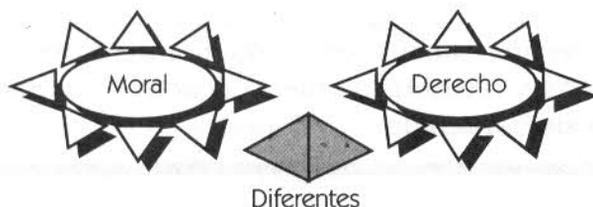


Con una postura divergente de la anterior, **H.L.A. Hart** afirma:

Aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan justificación o fuerza moral en absoluto.⁶

Los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en el cual el derecho protege, con sus medios coactivos, la libertad individual y la restringe, o confiere a los individuos o les niega la facultad de usar la maquinaria coactiva del derecho. De esta manera, si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, los derechos y las obligaciones requieren atención como puntos básicos en las operaciones del derecho, los cuales son de importancia suprema para el ser humano, con independencia del mérito moral de las normas.

Así, a diferencia de **Jellinek**, para quien la moral tiene inmerso en su cuerpo normativo al derecho, para **Hart** son dos campos distintos donde el contenido de las normas de derecho puede o no coincidir con el contenido moral sin ser esto determinante:



⁶ H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, trad Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, págs 49 y 50.

Para **Atienza**,⁷ la ética aplicada (a problemas ecológicos, económicos, de política internacional, de medicina, etc) y la ética de profesiones (de los médicos, de los científicos, de los periodistas, de los empresarios, de los jueces, etc) ha adquirido gran importancia. Entre sus razones tenemos:

- a) El pragmatismo que impera como parte de la cultura actual: importa que las cosas funcionen, que sirvan para algo y que resuelvan problemas, y la ética no se libra de esa exigencia.
- b) La complejidad de las profesiones: el ejercicio de una profesión implica no sólo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino ciertos criterios de justificación o no de los fines. La técnica no se basta a sí misma.
- c) La desorientación que la complejidad de la sociedad contemporánea y el cambio acelerado que estamos viviendo en los últimos tiempos generan en el mundo de las profesiones.

En el caso de la ética judicial se dan otros dos factores:⁸

- a) Uno de carácter subjetivo: el mundo judicial ha perdido en los últimos tiempos la homogeneidad que le caracterizaba, lo cual hace que los conflictos que debe afrontar la profesión ocupen un papel más destacado, simplemente porque no hay acuerdo en cuanto a cómo resolverlos.
- b) Otro de carácter objetivo, relacionado con el aumento del Poder Judicial, como consecuencia del desarrollo de nuestros sistemas jurídicos, lo cual lleva a los jueces a intervenir en actuaciones que pertenecían en exclusiva al mundo de la política en sentido amplio y a que se usen en su labor de aplicación del derecho instrumentos normativos que, inevitablemente, suponen cierto grado de indeterminación.

Así, ante los retos que presenta el derecho en la posmodernidad, donde cada vez se cree menos en los discursos, lo que queda en el ámbito judicial es poner como eje central los principios rectores de la ética judicial:

⁷ **Manuel Atienza**, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, págs 151 y 152.

⁸ Ídem.



5.2.2 Valores (axiología) y fines (teleología)

¿Dónde están los valores y la moral: habitan éste u otro mundo? Si son de este mundo, ¿tienen sus raíces en la naturaleza, en la sociedad, en el yo o en los tres? Si son de otro mundo, ¿son ideas platónicas con existencia propia, o dones (o maldiciones) divinos?, ¿cómo sabemos si algo es valioso o si una norma moral es válida: por medio de la revelación, la intuición, la razón pura, el ensayo y el error, o la ciencia y la tecnología?⁹ Las preguntas anteriores podemos responderlas con base en la cosmología del mundo de la que partamos. Revisemos los conceptos:

valor.

Del lat. *valor*, *-oris*.

Grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite.

Cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da cierta suma de dinero o equivalente por poseerlas.

Alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase.

Cualidad del ánimo, que mueve a acometer resueltamente grandes empresas y a arrostrar los peligros.

En la filosofía del derecho destacan las siguientes disciplinas con sus respectivos valores fundamentales de las que se ocupan:

⁹ Mario Bunge, *Crisis y reconstrucción de la filosofía*, trad Rafael González del Solar, Gedisa, Barcelona, 2002, pág 247.

<i>Valores fundamentales</i>	<i>Disciplina que lo estudia</i>
La bondad o lo bueno	Ética
La belleza	Estética
La verdad	Lógica
Lo santo	Filosofía de la religión
Lo útil	Economía

El valor, en general, es todo objeto de preferencia o de elección. Para **Hobbes**:¹⁰ “El valor o estimación de un hombre es, como el de todas las demás cosas, su precio, es decir, tanto como sería dado por el uso de su poder. Por consiguiente, no es absoluto, sino una consecuencia de la necesidad y de juicio de otro”.

Corresponde a la naturaleza deóntica de los deberes la posibilidad de ser violados, y está en la misma naturaleza deóntica de los valores la imposibilidad de ser realizados íntegramente.

Proclamar los derechos fundamentales equivale a estipular los valores; por eso contiene un elemento de utopía, que es un elemento integrante de la noción de valor en el sentido de que es propio de los valores el hecho de no ser nunca perfectamente realizables, o de una vez por todas y de admitir siempre una satisfacción sólo imperfecta, es decir, parcial, relativa y contingente. Precisamente por esto los valores son universales e imperecederos.¹¹

En cuanto a la cuestión estimativa o valoradora del derecho, siempre cabe que nos interroguemos ante una ley o ante una norma individualizada si están o no intrínsecamente justificadas o si deberían ser reformadas. Su tarea consiste en averiguar los criterios según los cuales se puede criticar, valorar y, consiguientemente, orientar el derecho. Éste es el problema y la tarea conocidos con las denominaciones derecho natural, derecho racional, idea de justicia, fin supremo del derecho, deontología

¹⁰ Citado por **Abbagnano** en su *Diccionario...*, cit, pág 1173.

¹¹ Véase **Luigi Ferrajoli**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a ed, Trotta, Madrid, 1997.

jurídica, ideales jurídicos, crítica ideal del derecho, estimativa jurídica o axiología jurídica.¹²

Con la axiología jurídica podemos tanto revisar los valores fundamentales del derecho, como encontrar las constantes en su configuración y las diferencias de contenido en cuanto a su definición que determinan en parte sus circunstancias, destacando la regional y temporal.

fin.

Del lat. *finis*.

Término, *remate o consumación de una cosa*.

Límite, *confín*.

Objeto o motivo con que se ejecuta una cosa.

Aquel a cuya consecución se dirigen la intención y los medios del que obra.

Para **Dewey**,¹³ podemos concebir el término o el fin como debido a la realización, a la consecución perfecta, a la saciedad, al agotamiento, a la disolución, a haber acabado algo su carrera o desaparecido. En otros términos, los fines son sólo finales o términos de episodios temporales, ya sea efectiva consumación o tragedia deplorable.

En ese orden de ideas, **García Máynez** afirma:

Cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no podríamos llamar derecho a un orden orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común, para no mencionar ahora sino los fundamentales.¹⁴

Por ello, el problema de justificar un orden concreto sólo puede plantearse y resolverse de manera satisfactoria cuando se tiene un conocimiento adecuado de los fines a que debe tender, lo mismo que de los medios que permitirán realizarlos.

Toda actividad voluntaria conlleva un sentido teleológico, es decir, se dirige hacia la consecución de ciertas finalidades. Mas como el hombre sólo convierte en meta de su obrar lo que es o le parece valioso, la actividad que se orienta hacia un fin presupone, en el sujeto de ésta, un jui-

¹² Para profundizar sobre el tema consúltese a **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 275 y 276.

¹³ Para profundizar sobre el tema véase a **Nicola Abbagnano**, ob cit, págs 555 y 556.

¹⁴ **Eduardo García Máynez**, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 413 y 414.

cio positivo sobre lo valioso de aquello a que aspira. De este modo descubrimos la relación entre fines y valores; los segundos condicionan a los primeros, no a la inversa. En el caso del derecho habrá que decir, por consiguiente: los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que aquél tiene la misión de realizar.

5.3 Hombre (antropología filosófica), cultura y valores

Como la antropología es la exposición sistemática de los conocimientos que se tienen acerca del hombre, su relación con la cultura y los valores resulta innegable. El ser humano es un sujeto que ha de tomar decisiones, eligiendo entre el repertorio de posibilidades y potencialidades que le depara el mundo, en el cual y con el cual está en cada momento de su vida. Así, nos vemos en la necesidad de relacionar al ser humano y la cultura con los valores, para conocer qué tipo de valores determina o decide seguir el ser humano y cuáles configuran la cultura predominante.

5.3.1 Ser humano y valores

La clasificación de los hombres según sus caracteres determinantes es admisible sólo en tanto se quieran señalar los rasgos cardinales y no los rasgos exclusivos de un hombre, pues ninguno posee una predisposición única, sino que alberga en sí mismo tendencias diversas, y cabalmente el enlace de éstas constituye su modo individual de ser.¹⁵

La distinción debida a **Spranger**, de seis tipos fundamentales de la individualidad, es como sigue: el hombre teórico, el económico, el estético, el social, el religioso y el imperioso. Estas categorías dependerán del tipo de valores que prevalezcan en sus decisiones. Otra clasificación es la basada en la irradiación de la cultura: querer religioso y más especialmente moral, formación artística, pensamiento científico y obrar activo (técnico-económico).

Los grandes principios ontológicos y éticos se refieren a la persona humana y a la sociedad, después de establecer con claridad y firmeza la categoría que le corresponde en la jerarquía de realidades y valores; final-

¹⁵ Véase **Wilhelm Sauer**, *Filosofía jurídica y social*, trad **Luis Legaz Lacambra**, Labor, Madrid, 1933, págs 300 y 301.

mente se deriva en proposiciones concretas y prácticas a las que debe ajustarse la vida social y política.¹⁶

5.3.2 Cultura y valores

cultura.

Del lat. *cultura*.

Cultivo.

Culto, homenaje reverente que se tributa a Dios.

Resultado o *efecto de cultivar los conocimientos humanos* y de afinarse, por medio del ejercicio, las facultades intelectuales del hombre.

Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social, etcétera.

física.

Conjunto de las *manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo*.

La cultura tiene dos significados fundamentales: el primero es más antiguo y significa la formación del hombre, su mejoramiento y su perfeccionamiento, mientras que el segundo indica el producto de esta formación, esto es, el conjunto de los modos de vivir y de pensar cultivados, civilizados, pulimentados a los que se suele dar también el nombre de *civilización*.

El contenido de la cultura se revela en la vida histórica; determinar su esencia pertenece por derecho propio a la filosofía. Cultura significa cultivo, perfeccionamiento, ennoblecimiento, aspiración progresiva, superación de la naturaleza, tránsito del estado natural a un estado social realizador de valores. Cultura es la exaltación de la vida a una vida cada vez más valiosa y el conjunto de todas las tendencias valorativas humanas que se ordenan en un todo armónico completo e irreprochable.¹⁷

Para **Recaséns Siches**, cultura es lo que los miembros de determinada sociedad aprenden de sus predecesores y contemporáneos en esa sociedad, y lo que le añaden y modifican. Es la herencia social utilizada, revivida y modificada.

¹⁶ Para mayor información consúltese a **Héctor González Uribe**, *Manual de filosofía social y ciencias sociales*, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pág 226.

¹⁷ *Ibidem*, pág 117.

La cultura, en tanto que constituye el patrimonio real y efectivo en la existencia de un grupo (es decir, en tanto que informa la vida de los individuos que son miembros de ese grupo), es el reino de la conducta en todos sus aspectos: conducta mental, emotiva y práctica. Esa cultura viva, real y efectiva constituye una realidad dinámica, consistente en revivir y en modificar los objetos que figuran en ese caudal.

El derecho es un fenómeno cultural; por consiguiente, el concepto del derecho es de índole cultural. Los conceptos culturales no son axiológicos ni puros conceptos ontológicos, sino aquellos "que se refieren al valor". El derecho es la suma o el conjunto de los hechos críticos cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realicen o no.¹⁸

5.4 Problemas inherentes a los valores

No hay duda de que las normas y los valores serían racionalmente fundamentables si pudiéramos admitir que son elementos constitutivos de la realidad, pues en este caso el hombre podría, al menos en principio, conocerlos y en este sentido formular acerca de ellos enunciados fundados, verdaderos. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los objetos de percepción sensible.¹⁹

¿Qué sucede, en cambio, con las normas y los valores?, ¿son parte de una realidad objetiva? Manifiestamente no pertenecen a aquella clase de objetos que podemos percibir con nuestros cinco sentidos; no caen dentro del ámbito de la experiencia empírica. No se puede admitir que lo único que interesa es una realidad objetiva, reconocible sólo como objeto de la experiencia empírica. El que la correspondiente realidad objetiva efectivamente se dé como objeto del conocimiento humano puede sólo resultar de un examen detallado, crítico, de todos los argumentos relevantes en pro y en contra. **Garzón Valdés** está convencido de que en la realidad objetiva de los valores y las normas, un examen de este tipo conduce a un resultado negativo.²⁰

Los enunciados sobre valores y normas tienen como contenido el que debe aspirarse a determinados objetos, es decir, deben realizarse ciertas

¹⁸ **Gustav Radbruch**, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad **Wenceslao Roces**, FCE, México, 1997, pág 47.

¹⁹ **Ernesto Garzón Valdés** (comp.), *Derecho y filosofía*, 3a ed, trad **Carlos de Santiago**, Fontamara, México, 1999, pág 114.

²⁰ *Ibidem*, pág 115.

acciones. Los enunciados correspondientes pueden ser de conocimiento o acerca de una realidad efectivamente existente si el deber de aspirar a algo o el de hacer algo son elementos de una realidad efectivamente existente. Además, estos elementos del deber ser de la realidad tienen que ser aprehendibles por el sujeto cognoscente por medio de una especie de intuición interna, ya que no son accesibles empíricamente.

Como es obvio, los problemas inherentes a los valores residen en la forma de detectarlos y configurarlos. La pregunta que dejamos en el aire es la conveniencia o no de ponderar valores y si es posible fijar entre ellos prioridades en su ejecución.

5.5 Derecho como manifestación cultural

Como señalamos al hablar de la cultura y los valores, el derecho es un concepto cultural referido a los valores. Apuntando lo señalado por **Paul W. Kahn** en su obra *The Cultural Study of the Law: Reconstructing Legal Scholarship*, en el derecho como imaginación se presenta lo siguiente:²¹

Kahn explica su propuesta para el desarrollo de una nueva disciplina jurídica: el análisis cultural del derecho. Señala que el problema de reflexión académica acerca del derecho no es su distancia de la práctica, sino su proximidad. Los juristas no logran describir y entender adecuadamente su objeto de estudio, pues se encuentran inmersos en él y operan en el derecho.

El autor estadounidense no propone un estudio verdaderamente científico del derecho. Por el contrario, señala de forma explícita que ni el análisis cultural del derecho, ni las explicaciones académicas tradicionales del derecho son ciencia, ni deben pretender serlo. Ésa es parte de la humildad que debemos tener sobre nuestra capacidad.

Para **Kahn**, el derecho debe ser analizado como un universo de significado, como un marco simbólico que permite entender el mundo a

continúa

²¹ *Revista Cauces*, año 1, núm 2, abril-junio de 2002.

Artículo "El derecho como imaginación", **Paul W. Kahn**, *The Cultural Study of the Law: Reconstructing Legal Scholarship*, trad **Daniel Bonilla**, *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa y Yale University Press, Barcelona, 2001, págs 96-98.

continuación

partir de una perspectiva particular (y política). Busca entender y explicar la imaginación jurídica, entendida como las categorías que hacen posible interpretar los hechos y a los sujetos como jurídicos.

Dicho jurista, mediante un ejercicio imaginativo, propone apartarnos del mundo de significado en que nos encontramos inmersos: que nos alejemos de la práctica jurídica. Apunta que la reflexión acerca del derecho sufre los mismos impulsos contradictorios y complementarios que permean la imaginación jurídica: la razón (conforme a la cual buscamos ordenar el mundo jurídico en un sistema coherente) y la voluntad (conforme a la cual buscamos reformarla en pos de un supuesto ideal que el derecho debe alcanzar).

Reformulando las categorías *a priori* de **Kant**, **Paul W. Kahn** considera que dichas categorías existen y permiten conocer el mundo, pero sostiene que son históricamente contingentes y culturalmente contextuales, no universales e inherentes, como creía **Kant**. Así, el mundo lo entendemos por medio de categorías contingentes, variables no sólo entre diversas culturas, sino también entre diferentes marcos significativos dentro de una misma cultura.

Dichos marcos significativos, entendidos como formas de comprender la unidad de la comunidad con el transcurso del tiempo y de la identidad propia como portadora de dicha historia, compiten entre sí. El derecho es una de esas visiones que compite con otras; en consecuencia, el análisis cultural del derecho debe estudiar las categorías que construyen el derecho como práctica social y como visión del mundo.

Para llevar a cabo la tarea propuesta, **Kahn** adopta de otras disciplinas sus ejes de análisis y propone un análisis doble del derecho: en primer lugar, la crítica filosófica, con la cual busca exponer las condiciones conceptuales de la práctica jurídica, y en segundo, la descripción antropológica, mediante la cual se deben rastrear las instancias de las que provienen los conceptos, valores e instituciones jurídicas actuales, o las categorías conceptuales o *aprioris* históricos.

Dicho autor sugiere dos ejes de análisis: la arquitectura, enfocada a analizar la estructura de las creencias acerca del derecho, y la genealogía, mediante la cual investiga la historia de los conceptos jurídicos. **Kahn**

aporta otra visión igualmente válida que, al ser aplicada al derecho, puede ayudar a mejorar la visión que tenemos de él.

Paul Kahn dice que estamos vinculados al mundo en que vivimos, el cual se construye a partir de los significados que en común (imaginamos) construimos (y que nos construyen) y mediante los cuales operamos. En el caso del derecho, construimos y operamos principalmente un mundo de poder. El ejercicio de separarnos, temporal e imaginativamente de él, nos permite estar conscientes de que el poder no puede cubrir todas las necesidades humanas.

Hasta aquí las reflexiones de este autor que impulsan a hacer nuevas reflexiones. Éste es el tipo de pensamiento preocupado por los tintes que el derecho ha alcanzado en la posmodernidad y que tienen por objeto allegar de nuevas interpretaciones a pensamientos de autores clásicos que aún tienen mucho que aportar desde otras perspectivas.

5.6 Estimativa jurídica y proyección de los valores en el mundo de lo jurídico

La axiología jurídica estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo e investiga qué valor persigue o tiene el derecho. En seguida veamos la proyección de los valores en el mundo de lo jurídico:

Todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. Para **García Máynez**, el derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.²² Así, no podemos hablar de derecho sin el cúmulo de valores que implican y que se tratan de realizar dentro de él.

²² Eduardo García Máynez, *Filosofía...*, cit, pág 413.

5.7 Posible clasificación de los valores jurídicos: bien común, justicia y seguridad jurídica

Revisemos la clasificación de los valores según **García Máynez**:²³

- *Valores jurídicos fundamentales*. De ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino. Son la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.
- *Valores jurídicos consecutivos*. Son consecuencia inmediata de la armónica realización de los fundamentales, por ejemplo: la libertad, la igualdad y la paz social.
- *Valores jurídicos instrumentales*. Son aquellos que corresponden a cualquier medio de realización de carácter fundamental y de los consecutivos. Las llamadas garantías constitucional y, en general, todas las de procedimiento valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medio de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies.

Veamos los valores jurídicos fundamentales *bien común, justicia y seguridad jurídica*.

5.7.1 Bien común

bien.

Del lat. *bene*, bien.

Utilidad, beneficio. El bien de la patria.

Caudal o hacienda.

Fil. En la teoría de los valores, *la realidad que posee un valor positivo y que por ello es estimable*.

La sociedad no es una mera ficción ni tampoco una realidad sustancial autónoma. Su realidad es de orden intencional. Es una unidad de relación que se da entre hombres que viven en comunidad e intentan buscar un fin superior al de sus propios objetivos particulares y que se llama *bien común*.²⁴

²³ *Ibidem*, pág 439.

²⁴ Para profundizar en el estudio de este tema consúltese a **Héctor González Uribe**, *ob cit*, págs 221 y 225.

El bien común será superior al bien particular si son del mismo género, lo cual quiere decir que en un orden de valores existenciales, en un ámbito temporal e intramundano, el bien del individuo debe subordinarse al de la colectividad. Hasta dónde deba llevar esa subordinación y cuál será la mejor forma de realizarla es cuestión de oportunidad política. Y el juicio de oportunidad pide siempre la virtud de la prudencia tanto en gobernantes como en gobernados.

Así, encontramos que la mayoría de los ordenamientos jurídicos destacan la importancia del bien común sobre el particular, que se convierte en uno de los casos de justificación para pasar por encima de los intereses individuales.

5.7.2 Justicia

justicia.

Del lat. *iustitia*.

Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece.

Teol. Atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina *disposición con que castiga o premia, según merece cada uno*.

Derecho, razón, equidad.

Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene.

Lo que debe hacerse según el derecho o la razón.

La parte axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia, la cual es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; por tanto, es un valor que descansa en sí mismo y no derivado de otro superior.

Cabe hacer las distinciones siguientes:²⁵

- a) La justicia como virtud, es decir, como cualidad personal (la justicia subjetiva), y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la justicia objetiva). La justicia subjetiva es la intención dirigida a la realización de la justicia objetiva, y es a ésta lo que la veracidad es a la verdad. Por ende, la justicia objetiva constituye

²⁵ Véase Gustav Radbruch, ob cit, pág 31.

la forma primaria de la justicia, y la justicia subjetiva la forma secundaria.

- b) La justicia a tono con las exigencias del derecho positivo, que es la juridicidad, y la justicia como la idea del derecho anterior y superior a la ley (o sea, la justicia en sentido estricto). La primera es la justicia del juez; la segunda, la justicia del legislador.

A la pregunta ¿qué es la justicia?, **Kelsen** carece de respuesta, quizá porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino sólo preguntar mejor.²⁶

Para **Kelsen**, en cuanto a la justicia (en una concepción relativa), afirma: “Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con ésta, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

A su vez, según **Alf Ross**: “La idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad”.²⁷

La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social.²⁸

Para **Kelsen**, el derecho debe distinguirse de la justicia. Un enunciado que describa al derecho no debe implicar ningún juicio acerca del valor moral de la ley, es decir, sobre su justicia o su injusticia, lo cual por supuesto no excluye el postulado de que el derecho deba ser justo.

Sin embargo, en virtud de que no sólo existe una justicia, sino diferentes e incluso contradictorios ideales de justicia, el postulado no debe

²⁶ Véase **Eduardo García Máynez**, *Positivismo jurídico, realismo jurídico y iusnaturalismo*, 4a ed, UNAM, México, 1997, págs 8 y 83.

²⁷ **Alf Ross**, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a ed, Ediciones Universitarias, Buenos Aires, 1997, pág 345.

²⁸ **Rafael Preciado Hernández**, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a ed, UNAM, México, 1997, pág 209.

plantearse sin especificar a cuál de estas muchas justicias se refiere.²⁹ Ésta es una obligación ineludible en aras de la honestidad intelectual que debe prevalecer en el debate jurídico.

La justicia no es un patrimonio de filósofos ni de juristas, sino un fenómeno cotidiano que goza —o sufre— la más vulgar de las cotidianidades; pertenece a la conciencia jurídica espontánea del ciudadano común.³⁰

5.7.3 Seguridad jurídica

seguridad.

Del lat. *securitas, -atis*.

Cualidad de seguro.

Fianza u *obligación de indemnidad a favor de uno*, regularmente en materia de intereses.

de seguridad.

Que se aplica a un ramo de la administración pública cuyo fin es el de *velar por la seguridad de los ciudadanos*.

Se aplica también a ciertos mecanismos que aseguran algún buen funcionamiento, precaviendo que éste falle, se frustre o se violente.

La seguridad jurídica es un criterio que se relaciona con su aspecto técnico, positivo y sociológico, más que con el aspecto racional y ético del derecho. En el concepto de seguridad jurídica están implicadas tres nociones: la de orden, la de eficacia y la de justicia.³¹

Entendemos por seguridad jurídica la seguridad del derecho mismo, la cual requiere, a su vez, cuatro condiciones:³²

- a) Que el derecho sea positivo, es decir, que se halle estatuido en leyes.
- b) Que este derecho estatuido sea, por su parte, un derecho seguro, es decir, un derecho basado en hechos y que no se remita a juicios

²⁹ Hans Kelsen, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002, págs 60 y 61.

³⁰ Óscar Correas, *Introducción a la crítica de derecho moderno* (esbozo), Fontamara, México, 2000, pág 192.

³¹ Rafael Preciado Hernández, *ob cit*, págs 225 y 227.

³² Para profundizar en el tema véase: Gustav Radbruch, *ob cit*, pág 40.

de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales.

- c) Que los hechos en que se basa el derecho puedan establecerse con el mejor margen posible de error, que sean “practicables”.
- d) El derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, ni a merced de una legislación incidental.

La noción de seguridad jurídica debe ir de la mano de la limitación a los cambios legislativos oportunistas del momento; además, se deberá argumentar la necesidad de la ejecución o restricción de ciertas medidas en aras de no vulnerar la certeza jurídica, que es una de las bases del derecho con la que se alcanza la justicia en busca del bien común.

5.8 Otros valores que se derivan de la consecución de los anteriores

Entre los valores consecutivos destacan: la equidad, la igualdad y la libertad. Revisemos sus respectivas definiciones en el *Diccionario de la lengua española* (publicado por la Real Academia Española) y algunos doctrinarios.

5.8.1 Equidad

equidad.

Del lat. *aequitas*, *-atis*.

Igualdad de ánimo.

Bondadosa templanza habitual; *propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.*

Justicia natural, *por oposición a la letra de la ley positiva.*

Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.

Algunos proverbios detallan:³³

- a) *Equitas nihil aliud est quam lex scripto praetermisit* (la equidad no es otra cosa que el derecho que la ley no ha plasmado por escrito).

³³ André-Jean Arnaud, *Entre modernidad y globalización*, trad Natalie González Lujore, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág 121.

- b) *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (es bueno que, en todas las cosas, se prefiera la razón de la justicia y de la equidad a la del derecho escrito).
- c) *Que contra stabilitatem iuris, utilitate ita exigente, ex sola aequitate concedebantur* (lo que exige la utilidad y lo que está en contra del derecho no debe ser concedido sino siguiendo la sola equidad).
- d) *Equitas sequitur legem* (la equidad acompaña a la ley).

Para **Nietzsche**, la concepción de equidad toma otros tintes en su aforismo 32 de la obra referida:³⁴

32 La equidad. *La equidad es un desarrollo de la justicia que nace entre aquellos que, en la comunidad, no pecan contra la igualdad; se aplica a casos en que la ley no prescribe nada, en que interviene el sentido sutil del equilibrio que toma en consideración el pasado y el porvenir y que tiene por máxima "no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan". Aequum quiere decir, precisamente: esto es conforme a nuestra igualdad; la equidad nivela nuestras pequeñas diferencias para restablecer la apariencia de igualdad, y quiere que nos perdonemos muchas cosas que no estaríamos obligados a perdonarnos.*

Así, la equidad se convierte en un eje equilibrador de la ley escrita cuando la "ley es dura, pero es la ley" al momento de su aplicación, con su respectiva interpretación y argumentación. Ahí desempeña un papel predominante la equidad, pues debemos recordar que la "equidad es la aplicación de la justicia al caso concreto"; además, aquí una ley injusta puede cobrar vida y regresar al sendero de la justicia al momento de su aplicación.

5.8.2 Igualdad

igualdad.

Del lat. *aequalitas, -atis*.

Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad.

Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo.

Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos.

³⁴ **Friedrich Nietzsche**, *El caminante y su sombra*, trad **Carlos Vergara**, Edaf, Madrid, 1999, pág 168.

Puede haber relación de sustitución de dos términos. Por lo general, dos términos se dicen iguales cuando pueden ser sustituidos uno por otro en el mismo contexto, sin que cambie el valor del contexto.³⁵

La noción de igualdad así generalizada se presta a comprender tanto las relaciones puramente formales de equivalencia, como las relaciones políticas, morales y jurídicas que se denominan *de igualdad*. La igualdad de los ciudadanos frente a la ley se puede reducir a la sustitución de los ciudadanos en las situaciones previstas por la ley, sin que cambie el procedimiento de la ley. Un juicio de igualdad se puede pronunciar sólo con base en cierto contexto y con apoyo en la determinación de las condiciones que deben satisfacer los términos, para ser reconocidos como sustituibles.

En el ámbito jurídico, la igualdad se reduce a “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Esto toma especial relevancia ante los grupos e individuos vulnerables, a quienes por tener una condición desigual será injusto tratarlos con reglas iguales que a otros que no padecen discriminación y acceso a las condiciones mínimas de estabilidad en un conglomerado social, por ejemplo: los grupos indígenas.

5.8.3 Libertad

libertad.

Del lat. *libertas*, -atis.

Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.

Estado o condición del que no es esclavo.

Estado del que no está preso.

Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.

La libertad tiene tres significados fundamentales que corresponden a tres concepciones que se han intercalado en el curso de su historia:

- a) Como autodeterminación o autocausalidad, según la cual la libertad es ausencia de condiciones y de límites.
- b) Como necesidad que se funda en el mismo concepto que la precedente, pero que atribuye la autodeterminación a la totalidad a la cual el hombre pertenece.

³⁵ Consúltese el *Diccionario de filosofía* de Nicola Abbagnano, cit. pág 647.

- c) Como posibilidad o elección, según la cual la libertad es limitada y condicionada, esto es, finita.

Las denominadas *instituciones estratégicas de la libertad*, como las libertades de pensamiento, de conciencia, de prensa, de reunión, etc, están dirigidas a salvaguardar a los ciudadanos la posibilidad de elección en el dominio científico, religioso, político, social, etc. Por tanto, los problemas de la libertad en el mundo moderno no pueden ser resueltos por fórmulas simples y totalitarias, sino por el estudio de los límites y de las condiciones que, en un campo y en una situación determinados, pueden hacer efectiva y eficaz la posibilidad de elección.³⁶

Ante la idea de libertad como autodeterminación prevalece el principio de que el derecho de uno termina donde empieza el de los demás. En el caso de los derechos de acceso a la información, la línea se torna difusa donde termina el trabajo periodístico y comienza el abuso de un derecho en detrimento de la privacidad de una persona y hasta donde la vida de un servidor público obliga a estar en el foco público, cómo regular ambos derechos sin coartar las garantías de todo individuo. Como todo caso controvertido, la solución se precisará en el caso concreto y con ayuda de las particularidades del caso, en las que algunas veces pesará más la libertad individual sobre la de información y viceversa.

5.9 Libre albedrío, responsabilidad jurídica, nexo de imputación y su diferencia con la imputabilidad (noción de derecho penal)

Para determinar la existencia o no del libre albedrío existen dos teorías: las indeterministas y las deterministas.³⁷

- a) Los indeterministas se pronuncian a favor de la existencia del libre albedrío: consideran que el hombre es dueño de su conducta y entienden no sólo que puede decidir por sí libremente, sin hallarse sometido a forzosidades ineludibles, la ruta de su comportamiento, sino también que el obrar humano no se halla determinado por un complejo de causas inexorables.

³⁶ Ibidem, pág 747.

³⁷ **Luis Recaséns Siches**, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, págs 83 a 85.

- b) Los indeterministas insisten en que, a pesar de las fuerzas externas que actúan sobre nosotros y de los factores íntimos que obran en nuestra interioridad, nos sentimos libres para tomar por cuenta propia una decisión; y, por tanto, nos sentimos responsables de la decisión tomada.

Frente a la tesis del libre albedrío, los deterministas arguyen que el hombre no puede constituir una excepción de la trama universal de la causalidad; además afirman que el comportamiento es el efecto de la complicadísima serie de factores que actúan e intervienen en cada momento en el sujeto humano. Los deterministas aportan argumentos para demostrar que la conducta es producto de la determinación operada causalmente por múltiples factores. Y así se prolonga a lo largo de los siglos la polémica sobre este tema, sin que ninguna de las dos posiciones antagónicas logre invalidar plenamente los argumentos de la contraria.

Para **Recaséns Siches** se ha cometido el error de haber concebido el albedrío como algo que se puede o no tener, y hay que decir algo muy distinto. El hombre no tiene ni deja de tener albedrío (pues éste no es cosa ni facultad); lo que ocurre es que el hombre es albedrío, con lo cual se expresa su situación respecto del contorno que lo enmarca, su inserción en la circunstancia o, lo que es lo mismo, su situación ontológica en el universo.

Cuando digo que el hombre es albedrío, expreso simplemente su situación esencial respecto a la circunstancia que lo enmarca y al proceso de su vida: situación que consiste en hallarse siempre ante una pluralidad limitada y concreta de posibilidades, esto es, de caminos a seguir y, por tanto, en la necesidad de decidirse por sí mismo, por cuenta propia, bajo su responsabilidad, a elegir una de esas vías.

Sin embargo, para **Óscar Correas** hay una voluntad jurídica formalizada por la ley, aprisionada en una fórmula abstracta que indica no cuándo existe una voluntad jurídicamente válida, sino cuándo hay vicios que excluyen esa voluntad, la cual, precisamente por eso, no es válida. La voluntad no proviene del sujeto, sino de la relación social de intercambio en el cual ese sujeto se encuentra inmerso “involuntariamente”.³⁸

³⁸ **Óscar Correas**, *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1998, págs 145 y 149.

5.10 Fundamentación de los derechos humanos

El problema principal para la filosofía política y la axiología jurídica es el de aclarar la jerarquía entre los valores que deban ser tomados en cuenta para idear el derecho justo. Y en este problema general, la cuestión más importante es la de cuál será el valor de la personalidad individual en relación con los demás valores que también deben ser considerados por el derecho.³⁹

Se trata de saber si el derecho tiene sólo sentido y justificación en la medida en que representa un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual; o si, por el contrario, el derecho (y el Estado) serían un fin en sí, independientemente de los hombres reales individuales de carne y hueso, los cuales funcionarían sólo como meros medios o instrumentos para la realización de ese fin transpersonal, que encarnaría en el Estado.

Se trata de saber si el derecho y el Estado son para el hombre o si, por el contrario, el hombre es para el derecho y el Estado. Asimismo, se trata de decidir entre estas dos posturas inconciliables que han sido llamadas, respectivamente, *personalismo* o *humanismo* y *transpersonalismo* o *antihumanismo*.

Radbruch cita tres lemas electorales de los nazis que expresan la negación de la humanidad de los derechos humanos:⁴⁰

- “Derecho es lo que conviene al pueblo”.
- “El bien común está por encima del bien propio”.
- “Tú no eres nada; tu pueblo lo es todo”.

La idea de humanidad se proyecta en tres sentidos: como el amor al hombre, contra todo lo que sea crueldad inhumana; como la dignidad humana, en contra de toda inhumana humillación; y como la formación del hombre, en contra de toda aniquilación inhumana de la cultura.

³⁹ Para profundizar en el tema consúltese: **Luis Recaséns Siches**, *Tratado...*, cit, págs 497 y 498.

⁴⁰ Para un interesante análisis consúltese: **Gustav Radbruch**, ob cit, págs 153 a 155.

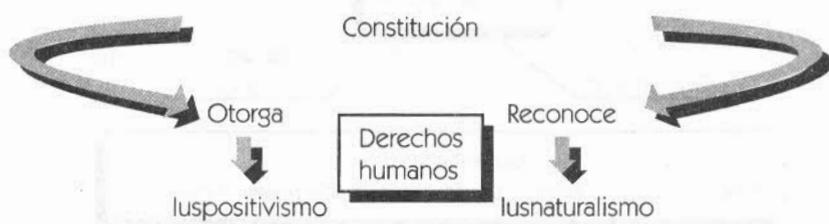
El concepto de humanidad ha trascendido al campo del derecho en tres puntos del orden jurídico:

- En lo tocante a los derechos del hombre.
- En el capítulo de los delitos contra la humanidad.
- La idea de humanidad se trasluce e impone también en el derecho penal dentro de cada Estado.

La expresión *derecho humano* es pacífica y prácticamente aceptada hoy generalmente. Esto quiere decir que al hombre le corresponden, simplemente por serlo, determinados derechos, y que éstos han de ser expresados objetivamente, a la vez que han de ser exigibles subjetivamente. Propiamente hablando, este derecho humano es un derecho natural, con todas las propiedades generales del derecho: alteridad, razón de debido, razón de igualdad.⁴¹

5.11 Jusnaturalismo y iuspositivismo frente al problema de los derechos humanos

La forma como se aborde el tema de los derechos humanos dependerá de la corriente jurídica que se siga, en especial los antagónicos jusnaturalismo y iuspositivismo. Lo anterior lo esquematizamos de la forma siguiente:



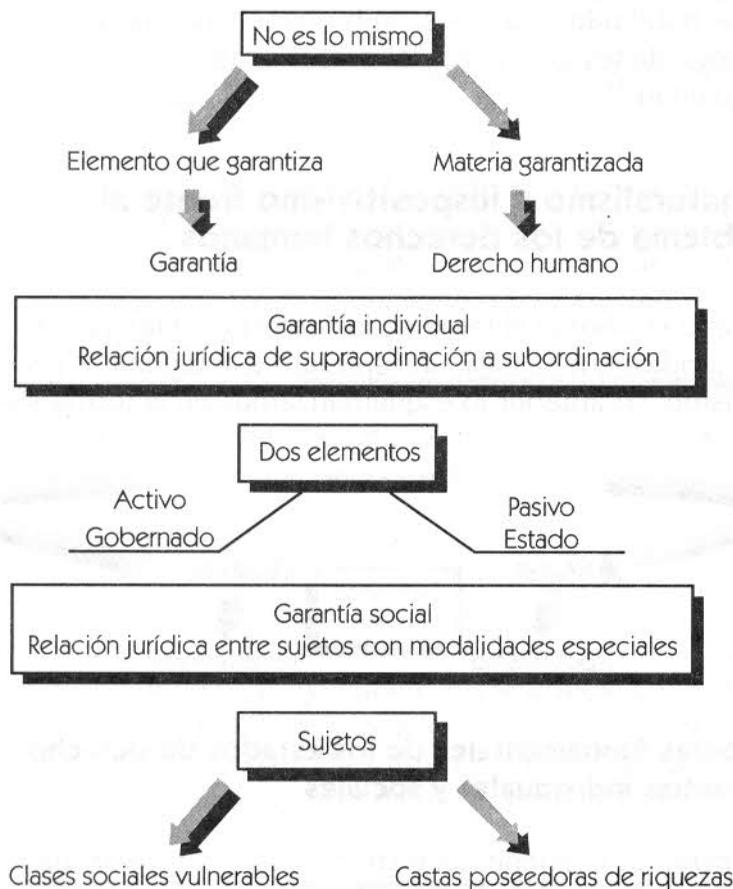
5.11.1 Deberes fundamentales de los estados de derecho. Garantías individuales y sociales

La palabra *garantía* proviene del término anglosajón *warranty*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo cual

⁴¹ Rafael Gómez Pérez, *Deontología jurídica*, 4a ed, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, pág 70.

tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, en su sentido lato, a aseguramiento, protección, respaldo o apoyo. Jurídicamente, el vocablo se originó en el derecho privado.⁴²

El concepto de garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, donde la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.



⁴² Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, 32a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 161.

A diferencia de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, el vínculo de derecho en que se manifiesta la garantía social únicamente puede existir entre los sujetos cuya posición se caracteriza por modalidades especiales, mientras que la primera puede entablarse entre cualquier persona física o moral, independientemente de su condición jurídica, social o económica, y las autoridades estatales y del Estado.⁴³

Las garantías sociales y las garantías individuales no se oponen ni son incompatibles

Existen dos tipos de derechos fundamentales:⁴⁴

- a) Libertad (s. XIX): deben ir acompañados de garantías liberales o negativas, con actitud de abstención del Estado; no generan expectativas.
- b) Sociales, económicas y culturales (s. XX): implican un hacer, conductas positivas; expectativas de comportamiento ajeno.

Mezclando derechos de libertad y social se pueden tener cuatro tipos de Estado:

- Estado liberal y social (ideal)
- Estado liberal y antisocial.
- Estado antiliberal y social.
- Estado antiliberal y antisocial.

⁴³ *Ibidem*, pág 705.

⁴⁴ Véase **Luigi Ferrajoli**, *ob cit*, págs 860 a 863.

Este reconocido autor trata de potenciar y construir los derechos humanos a partir de las ideas del derecho, según tres acepciones: a) modelo normativo del derecho; b) teoría del derecho y crítica al derecho, y c) filosofía del derecho y crítica de la política.

Los elementos esenciales de las teorías del garantismo son:

- Carácter vinculado o sometido del poder público en el Estado de derecho.
- Divergencia entre validez, vigencia y eficacia.
- Diferencia entre punto de vista interno y externo.
- Irreductible ilegitimidad política y jurídica de las instituciones vigentes respecto al derecho. Todo sistema jurídico es imperfecto.
- Separación entre derecho y moral.

Los problemas de los derechos sociales no están acompañados de garantías. Ningún Estado ha sido capaz de protegerlos o desarrollarlos, se dan sin técnica jurídica y se protegen mediante políticas públicas y burocracia, discrecionalidad, corrupción, extralegal, con falta de transparencia.

En el sistema jurídico mexicano, que a la fecha es de corte positivista, la Constitución tiene actualmente la redacción que sigue:

Art 10. *En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.*

Queda claro que al otorgar y no reconocer, prevalece la corriente positivista sobre la naturalista, más aún cuando por otorgar de la misma forma puede restringir o suspender las garantías en los casos a que se refiere en el art 29. Esta tendencia en la política del actual gobierno está por ser cambiada, dependerá de los actores políticos (el Congreso de la Unión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los partidos políticos, entre otros) que haya o no un giro de 180 grados hacia el naturalismo y sus consecuencias.⁴⁵

Art 29. *En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado, los departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación; pero deberá*

⁴⁵ www.esmas.com/noticierostelevisa/mexico/2004. México, D.F., Martes 27 de abril de 2004. Envía Fox iniciativa para suprimir en definitiva la pena de muerte. *La propuesta sustituye el concepto de garantías individuales por el de derechos humanos.*

México abolirá definitivamente la pena de muerte de sus leyes si se aprueba la iniciativa de decreto enviada ayer por el presidente Vicente Fox al Poder Legislativo. Además, se establece la obligación del Estado de ser garante del respeto a los derechos humanos, y marca su obligación de cumplir los compromisos internacionales en la materia

El título primero del texto constitucional dejaría de ser llamado de las garantías individuales para ser titulado de los derechos fundamentales.

También se adiciona un segundo párrafo al art 1o, en el cual se establecería que "los derechos humanos son reconocidos por esta Constitución y su protección se realizará en los términos establecidos en ella".

hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

En cuanto a las garantías sociales: la idea de derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad, de una nueva forma estilística del derecho, en general. Surge un nuevo tipo de ser humano, como punto de partida para el legislador: la imagen del ser humano sujeto a vínculos sociales, del ser humano colectivo como base del derecho social.⁴⁶

El caso de México toma especial importancia al haber sido la Constitución mexicana la primera Carta Magna en establecer garantías sociales (laborales y agrarias) para grupos vulnerables, seguida por la rusa.

5.11.2 Declaración de los derechos humanos y su crítica con base en su falta de eficacia

En San Francisco, en 1945, se elaboró y aprobó la *Carta de las Naciones Unidas*, en la cual los derechos del hombre se mencionaron siete veces. Esta preocupación casi obsesiva de la Carta de las Naciones Unidas por la protección de los derechos y libertades fundamentales del hombre revela la opinión de que la salvaguardia y efectividad de los derechos del hombre es un asunto de suprema importancia; por tanto, no debe ser confiado solamente a los Estados, sino además debe estar protegido por una jurisdicción superior e internacional: la de las Naciones Unidas.⁴⁷

La *Declaración universal de derechos del hombre* fue aprobada y proclamada solemnemente por la asamblea general el 10 de diciembre de 1948. En un texto de esta clase no se podía especificar determinada doctrina filosófica, de modo que era preferible hacer a un lado la fundamentación filosófica y buscar las coincidencias en las conclusiones prácticas.

⁴⁶ Para profundizar en el tema véase la obra de Radbruch, ob cit, págs 157 y 161.

⁴⁷ Luis Recaséns Siches, *Tratado...*, cit, pág 554.

En su "Panorama de los derechos humanos a fin de siglo", **Germán J. Bidart** afirma:⁴⁸

- a) El problema de los derechos humanos, sin emigrar de la jurisdicción interna de los Estados, ya no pertenece a su jurisdicción exclusiva o reservada, sino que es compartido por la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional.
- b) La persona humana es un sujeto del derecho internacional.
- c) Los tratados de derechos humanos obligan internamente a los Estados a dar efectividad a esos derechos en sus respectivas jurisdicciones a favor de cuantas personas están sujetas a ellas, y generan responsabilidad internacional cuando esa efectividad no se logra, ya sea por acción u omisión.

La humanidad está dividida en dos partes: una de ellas se enfrenta al desafío de la complejidad, la otra, la más vieja, ha de habérselas con el terrible desafío de su propia supervivencia. Éste es, quizá, el principal aspecto del fracaso del proyecto moderno que valía en principio para la humanidad en conjunto.⁴⁹

La actitud humanista consiste en considerar al hombre un fenómeno entre los demás fenómenos, un episodio más en la azarosa cadena de lo real, sin ninguna prerrogativa especial que lo convierta en el centro del cosmos ni en cumbre de una hipotética "creación", dotado de una conciencia que no tiene poder suficiente para establecer lo bueno o conocer lo verdadero a escala intergaláctica.⁵⁰

Los derechos humanos han dado un impulso al desarrollo del derecho internacional y a la proliferación de asociaciones civiles nacionales y de organismos supranacionales que, ante las deficiencias internas de los Estados institucionalmente establecidos, llegan a salvaguardar dichos derechos por encima de intereses de grupos o personas que detentan una posición política o económica privilegiada.

⁴⁸ Para mayor información véase: **Mario Bunge**, *Crisis...*, cit, pág 99.

⁴⁹ **Jean-Francois Lyotard**, *La posmodernidad (explicada a los niños)*, trad **Agustin Izquierdo**, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pág 92.

⁵⁰ **Fernando Savater**, *Diccionario filosófico*, Planeta, Madrid, 1995, pág 273.

5.12 Derechos humanos y su papel en el orden mundial

La base posmoderna no sólo trae consigo el aspecto negativo de la falta de confianza en los discursos tradicionalmente establecidos, sino también ahora las preocupaciones han rebasado las estructuras artificiales creadas en la época moderna. La posmodernidad obliga a buscar nuevas vías de comunicación e intercambio de bienes y productos, todo ello con un celoso resguardo de lo que se ha considerado a nivel mundial el aspecto más importante del derecho: los derechos humanos.

El desarrollo de cada uno de estos derechos ha despertado sendas discusiones en razón de su contenido, así como su redacción en las constituciones, pero, sobre todo, su debido cumplimiento con celeridad y eficacia. Ahora hablamos no sólo de los derechos de generaciones presentes, sino también, especialmente en materia de derechos ecológicos, de generaciones futuras, lo que obliga a teorizar para fundamentar y argumentar de manera coherente la necesidad de poner en marcha ciertas medidas en nuestro tiempo.

5.12.1 Derechos del hombre y del ciudadano en los Estados de derecho (regímenes democráticos y su crítica)

La noción de derechos del hombre, que es en gran medida fruto de las reflexiones conducidas por la llamada *escuela del derecho natural y de gentes* o también *escuela del derecho natural moderno*, hunde sus raíces en el iusnaturalismo, el estoicismo y la idea judeo-cristiana de una legislación de origen superior a los órdenes jurídicos positivos. Pero la idea —y la posibilidad— de declaraciones de derechos del hombre es reciente, original y específica de un momento de la historia del pensamiento jurídico occidental.⁵¹

El régimen jurídico-político de los pueblos que han aceptado los principios éticos de la cultura occidental se basa en el reconocimiento de los llamados *derechos del hombre*.

Las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa fueron los factores hondamente civilizadores en los respectivos países donde se produjeron;

⁵¹ André-Jean Arnaud, ob cit, pág 91.

además, fueron las fuentes de inspiración de todos los movimientos constitucionalistas que llevaron a la implementación de la democracia liberal en muchos otros pueblos. Todas las concreciones constitucionales de este tipo (es decir, la democracia liberal) parten del supuesto de la creencia en unos derechos fundamentales del hombre que están por encima del Estado y que tienen valor más alto que éste, y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos.⁵²

En la unidad 6, en su último apartado, referente a los fundamentos constitucionales de los Estados de derecho, retomaremos parte de lo aquí estudiado con base en la distinción entre el Estado legislativo y el Estado constitucional, y por último analizaremos qué tipo o tipos de derechos humanos deben prevalecer en la posmodernidad.

5.12.2 Clasificación de los derechos de la persona humana

Conforme a **Recaséns Siches**, los derechos de la persona humana pueden ser clasificados en tres grupos:⁵³

- a) *Derechos individuales*: son derechos de libertad y derechos de igualdad en cuanto a la dignidad personal a todas las consecuencias de esa dignidad; inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de la vida privada; elección del estado civil y del trabajo, garantías procesales, y todos los demás clásicamente incluidos en esta categoría de los derechos individuales.
- b) *Derechos democráticos*: el de participación en el gobierno del propio país, la libertad de reunión y de asociación, las libertades de no reunión y no asociación con quien no quiera uno reunirse o asociarse, el de acceso a los cargos públicos, etcétera.
- c) *Derechos sociales, económicos y a la educación*: tienen como contenido, por una parte, las prestaciones establecidas en las leyes especiales del trabajo y de la seguridad social, y muchas veces la prestación de servicios positivos por empresarios, el Estado u otros entes públicos.

Los temas aquí analizados forman parte de los cursos de derecho constitucional, garantías y amparo. Consúltense la bibliografía básica de

⁵² Para profundizar en el tema véase: **Luis Recaséns Siches**, *Tratado...*, cit, págs 951 y 952.

⁵³ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción...*, cit, págs 337 y 338.

los temarios de dichas asignaturas para hacer un repaso de los temas totales de las mismas.

Autoevaluación

1. ¿Qué es la estimativa jurídica? _____

2. Describa la relación entre ética, axiología y teleología con el derecho. ____

3. Elabore una síntesis del tema: "El hombre, la cultura y los valores". ____

4. Asuma su punto de vista (a favor o en contra) respecto al autor analizado en el tema: "El derecho como manifestación cultural". _____

5. Elabore un cuadro sinóptico sobre la clasificación de los valores jurídicos. _____

6. Idee conceptos personales de justicia, bien común y seguridad jurídica.

7. Explique la importancia de los valores equidad, igualdad y libertad. ____

8. Asuma un punto de vista respecto al tema del libre albedrío. _____

9. Fundamente una postura a favor y otra en contra de que los derechos humanos sean reconocidos u otorgados por la Constitución. _____

10. ¿Qué relevancia tiene estudiar los derechos humanos como parte del curso de filosofía del derecho? _____

UNIDAD 6

Jurisprudencia técnica o sistemática y técnica jurídica

Objetivo particular: *Al concluir esta parte del curso, el alumno(a):*

Diferenciará los dos grandes sistemas de derecho del mundo occidental y comparará los problemas referentes a la técnica jurídica propia de cada uno de estos sistemas.

Reflexionará sobre uno de los aspectos cruciales de su carrera, la solución de los problemas jurídicos y la técnica jurídica aplicable a ellos. Finalmente asumirá una postura respecto a los fundamentos constitucionales de los estados de derecho.

6.1 El gran problema de la ciencia jurídica como una ciencia de aspectos humanos: la falta de exactitud, predicción y precisión en la solución de los problemas jurídicos

El problema de la creación del derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica. La ciencia jurídica, por

su desarrollo histórico y su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica. La finalidad común a esas ciencias no es satisfacer el deseo de saber, sino hallar caminos para satisfacer la biológica necesidad de derecho y para encontrar el derecho exigido por la vida.

El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial.

El derecho no consigue el poder autoritario que da a esta disciplina su valor sino por medio de la sentencia del juez. Hoy día, la ley obra sin duda también directamente, pero ello se debe a que todo el mundo espera que la sentencia la hará valer. Una ley de la que todo el mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida.¹

Los principios de la decisión judicial son objeto de la ciencia jurídica, pero influyen también en el trabajo científico. La ciencia del derecho válido aspira a preparar la actividad del juez, investigando los principios generales y nomológicos del juicio y exponiéndolos de manera ordenada y sistemática.

Como toda creación humana, el derecho no está exento de las imprecisiones y errores propios de dicha creación; por ello, debemos tener presentes los ideales y valores que se pretenden alcanzar, y en el grado de acercamiento a dichos ideales podremos verificar la eficacia o no de los cuerpos normativos y ejecutores de las instituciones jurídicas.

Lamentablemente, aprendemos con base en el ensayo y error; lo que no se debe tolerar es que se repitan los mismos errores por falta de debates serios y profesionalización de nuestras autoridades. La política jurídica debe orientar el contenido de los ordenamientos jurídicos, y se ha de omitir el excesivo formalismo y su contraparte: la popularización del derecho.

De esa forma, una de las partes fundamentales del derecho es el momento de actualización de su vida formal a la social de una manera práctica y funcional como eje rector de la conducta humana (tanto previsor como sancionador). Recordemos que la base del derecho es el libre albe-

¹ Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad Manuel Entenza, Colofón, México, 1994, págs 35 y 36.

drio, de modo que no podemos obligar al destinatario de la norma a que la cumpla espontáneamente (aunque ése es el ideal), pero debe quedar claro que nadie está exento de las consecuencias que motivan sus actos. Aquí entramos al aspecto de la técnica jurídica, cuando el derecho necesita ser aplicado con apoyo de la interpretación y la argumentación.

6.2 Revisión filosófica de las diversas escuelas de interpretación jurídica estudiadas en el curso de teoría del derecho

Como sostiene **Gloria Moreno Navarro**, es importante comprender que la teoría del derecho es un sistema relacional de diversas leyes y que las teorías son globalizadoras, pues siempre nos ilustran en forma general y amplia. La teoría del derecho, el método y los hechos reales forman el pilar de la ciencia.² Así, en esta disciplina se estudian las teorías del derecho, los conceptos jurídicos fundamentales y la técnica jurídica. En este último punto toman especial relevancia las escuelas de interpretación que se presentan en el siguiente cuadro sinóptico:

Principales escuelas de interpretación ³	}	Escuela de la exégesis
		Escuela histórica francesa
		Escuela histórica alemana
		Jurisprudencia dogmática
		Jurisprudencia de conceptos
		Jurisprudencia de intereses
		Escuela científica francesa
		Escuela de derecho libre
		Escuela sociológica del derecho
		Realismo jurídico
Escuela analítica		
Escuela de la argumentación jurídica.		

De la mano de la existencia del derecho siempre ha sido necesaria su aplicación, que nos lleva a la interpretación y la argumentación. El conte-

² **Gloria Moreno Navarro**, *Teoría del derecho*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pág 51.

³ Listado obtenido de la obra de **Gloria Moreno Navarro**; véase las fuentes de consulta.

nido que aborda cada una de dichas escuelas lo determina la visión objetivista o subjetivista de los autores que las integran.⁴

El estudio acerca de la interpretación del derecho es un tema esencial, lo mismo en la teoría que en la práctica del derecho, tanto que, sin interpretación, no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico.⁵

No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos jurisdiccionales y ejecutivos.

La interpretación es un arte que cuenta con una técnica particular y definida, la cual difiere según el tipo de escuela que (como se observó en el cuadro precedente) es muy variado. Sus diferencias residen en la concepción que sus seguidores tienen acerca de lo que debe entenderse por sentido de los textos, así como de las doctrinas que profesan sobre el derecho en general.

La interpretación de la ley es una forma *sui generis* de interpretación, pues se puede interpretar no sólo la ley, sino también, en general, toda expresión que tenga un sentido. De esta manera, el problema consiste en determinar qué es la interpretación no sólo en el ámbito jurídico, tratándose de un cuestionamiento de orden filosófico que se debe plantear concretamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de derecho.⁶

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. La expresión es un conjunto de signos, por lo cual tiene significación.

De manera general, para lograr la interpretación se requieren por lo menos tres elementos:

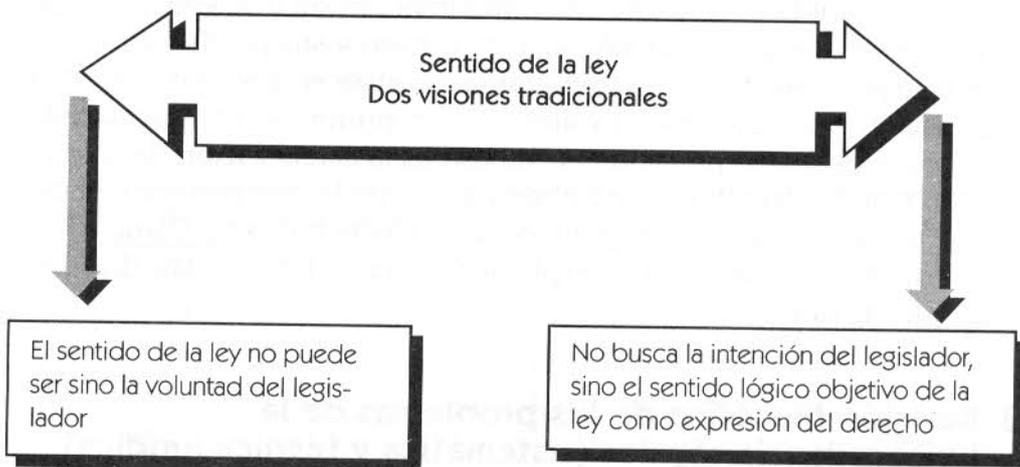
⁴ En aras de evitar repeticiones innecesarias, véase las fuentes de consulta para un detallado análisis de las escuelas de interpretación, en especial la historia de su gestación, en: **Rolando Tamayo y Salmorán**, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, UNAM, México, 1989.

⁵ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, págs 210 y 211.

⁶ **Eduardo García Máynez**, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 325.



Interpretar la ley es descubrir el sentido que tiene. La ley aparece como una forma de expresión, de modo que lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de éstos, su significación.



La interpretación no es labor exclusiva del juez, de manera que cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla. La calidad del intérprete no es indiferente, al menos desde el punto de vista práctico, porque no toda interpretación es obligatoria. Así, existe la interpretación auténtica (del legislador), la interpretación judicial o jurisdiccional (del juez) y la interpretación doctrinal o privada (del estudioso).⁷

El derecho como realidad es un arte práctico, una técnica y una forma de control social.

En palabras de **Recaséns Siches**:

La consideración de los hechos implicados en un proceso se presenta siempre entrelazada con la norma relativa a tales hechos. En la sentencia se per-

⁷ *Ibidem*, págs 328 a 330.

cibe el meollo de las mismas, el fallo o la decisión, entreteje de modo inseparable los hechos calificados y las normas. La interpretación de un texto y la interpretación de los hechos no son ni deben ser independientes: el texto es interpretado en vista de su proyección a los hechos, así como los hechos son analizados en vista de su relación con las normas.⁸

Así tenemos los diversos puntos de vista que de manera general tratan el tema de la interpretación; lo que debemos destacar es la necesidad de conocer las bases de cada escuela tradicional con el fin de tener medios para su debida crítica. Las bases argumentativas que esgrima cada una de ellas es la razón de la adhesión o rechazo a sus postulados.

En el aspecto filosófico, lo importante consiste en precisar qué es la interpretación y por qué resulta valiosa. En un primer acercamiento definimos lo que es la interpretación; lo valioso es la actualización de la letra al mundo real del derecho. Como observamos, sin la interpretación el derecho no tomaría vida como regente de la conducta humana. Cómo aborden las diversas escuelas la interpretación dependerá de las diversas teorías que las rijan.

6.3 Revisión filosófica de los problemas de la jurisprudencia técnica (sistemática y técnica jurídica) y de las operaciones lógicas o de otra índole para resolverlos

La jurisprudencia técnica como doctrina del orden positivo tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que están en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación. Sus ramas son la sistemática jurídica y la técnica jurídica.



En el primero de los aspectos de la jurisprudencia técnica revisaremos las principales familias que rigen los sistemas jurídicos contemporá-

⁸ Para profundizar en el tema véase **Luis Recaséns Siches**, *Introducción...*; cit, págs 214 y siguientes.

neos. En la técnica jurídica como aplicación e interpretación detallamos el segundo de estos aspectos; ahora debemos revisar los principios ontológicos y lógicos que operan en el aspecto jurídico para estudiar los problemas que enfrenta la jurisprudencia técnica.

6.3.1 Principios ontológicos y lógicos y el logos de lo razonable

Dentro del derecho rigen determinados principios ontológicos y lógicos que se convierten en un medio fundamental al tratar de resolver los problemas que presenta la jurisprudencia técnica como sistemática jurídica y técnica jurídica. Veamos sus características generales y aplicadas a lo jurídico:

<i>Principios ontológicos</i>	<i>Principios ontológicos jurídicos</i>
1. <i>Identidad:</i> "Todo objeto es idéntico a sí mismo"	1. <i>Identidad:</i> "Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo"
2. <i>Contradicción:</i> "Ningún objeto puede ser, al mismo tiempo, P y no P"	2. <i>Contradicción:</i> "Ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida"
3. <i>Tercero excluido:</i> "Todo objeto tiene que ser necesariamente P o no P"	3. <i>Tercero excluido:</i> "La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida".
4. <i>Razón suficiente:</i> "Todo tiene su razón suficiente"	4. <i>Razón suficiente:</i> "Todo objeto del conocimiento jurídico tiene su razón suficiente"

La mayoría de principios que observamos en el cuadro anterior son un referente de lo que puede constituir el "ser" (ontos) del derecho; así, el legislador tendrá medios para elaborar la legislación y el juzgador para aplicar correctamente la legislación vigente. Veamos ahora los principios lógicos en general y su aplicación en el aspecto jurídico; con ellos se pueden evitar los errores más comunes en los que incurren las personas facultadas para elaborar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto:

<i>Principios lógicos</i>	<i>Principios lógicos jurídicos</i>
1. <i>Identidad:</i> “El juicio que afirma la identidad de un objeto consigo mismo es necesariamente verdadero”	1. <i>Identidad:</i> “La norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido o prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válida”
2. <i>Contradicción:</i> “Dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos ambos”	2. <i>Contradicción:</i> “Dos normas de derecho contradictorias entre sí no pueden ser ambas válidas”
3. <i>Tercero excluido:</i> “Dos juicios contradictorios no pueden ambos ser falsos”	3. <i>Tercero excluido:</i> “Dos normas jurídicas contradictorias no pueden ambas carecer de validez”
4. <i>Razón suficiente:</i> “Todo juicio, para ser verdadero, requiere un fundamento suficiente”	4. <i>Razón suficiente:</i> “Toda norma, para ser válida, requiere un fundamento suficiente”

García Máynez⁹ plasma en el cuadro descrito la vinculación de los principios ontológicos y lógicos en el campo jurídico. En otra visión que se aleja de la tradicional tenemos la lógica de lo razonable que, según **Recaséns Siches**, debe ser el único método de interpretación jurídica.

En opinión de **Recaséns Siches**: “El derecho como realidad es un arte práctico, una técnica, una forma de control social. Por lo tanto, de ese utensilio, que el derecho es, no se puede predicar el atributo de verdad ni el de falsedad, porque el derecho no es un ensayo de conocimiento, ni vulgar ni científico”.¹⁰

Recaséns Siches ha demostrado concluyentemente que el jurista no llega a sus soluciones por la vía lógico-deductiva, sino que emplea otro tipo de lógica: la del pensamiento aporético o pensamiento sobre proble-

⁹ Para profundizar en el tema véase **Eduardo García Máynez**, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 2001.

¹⁰ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción...*, cit, pág 251.

mas; es la lógica de lo razonable, en oposición a la lógica de lo racional, la lógica que ha sido llamada *físico-matemática* o *matemático-física*, la cual incluye las lógicas simbólicas de nuestros días. Las características de la lógica de lo razonable son:¹¹

- a) Por ser los problemas jurídicos concretos planteados por la vida y porque su solución es de interés vital para los hombres, se deben abordar no individualmente sino por todos los interesados. Por eso el medio propio de la aporética es el diálogo, el debate, la confrontación de las diferentes argumentaciones.
- b) Debemos partir de los hechos que constituyen el problema concreto: comprobarlos, estudiarlos, analizarlos, valorarlos y calificarlos, porque el buen jurista siempre va de la realidad a los principios y no viceversa.
- c) La selección de los principios aplicables a los casos concretos. La gran tarea del jurista es establecer las dos premisas correctas.
- d) Lo anterior es una labor axiológica, es decir, depende de juicios de valor. Al final de cuentas, es la axiología del jurista, con su reconocimiento de determinados valores y la jerarquización de éstos, tiene la última palabra tanto en la calificación del caso concreto como en la selección de los principios que le son aplicables.
- e) La sentencia no es ni remotamente un silogismo, sino un acto mental, aunque complejísimo, unitario, una especie de intuición intelectual que globalmente abarca, de modo recíprocamente integrado, la decisión, los hechos relevantes y calificados y la norma.

La sentencia se establece no por vía deductiva, sino en virtud de esa intuición global, simultáneamente complejísima y unitaria e inescindible.

- f) Mientras que en el pensamiento sistemático una premisa de ser es clasificada como verdadera o como falsa, en el pensamiento aporético o problemático las premisas son calificadas muchas veces como relevantes, irrelevantes, admisibles, inadmisibles, aceptables, inaceptables, defendibles, indefendibles, etc, e incluso son clasificadas en grados intermedios, así como apenas defendibles o

¹¹ Miguel Villoro Toranzo, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, págs 396 y 397.

todavía defendibles. Es decir, no se trata de una lógica de lo necesario, sino de una lógica que, entre verdad y falsedad, admite grados: mejor, probable, posible, etcétera.

De ahí que la lógica de lo razonable no aspira a la evidencia en las conclusiones, sino que se contenta con lo verosímil, lo plausible y lo probable.

Un modo de verificar las cosas es por medio del ensayo y del error. Las soluciones jurídicas siempre son susceptibles de mejorar y la experiencia nos indica si el camino de solución es acertado o no.

El *logos* o la lógica de lo razonable o de lo humano no constituye otro método de interpretación del derecho que añadir a los varios métodos de que erróneamente se ha hablado durante muchos siglos. Lo razonable debe ser el único método de interpretación jurídica, porque la misma índole de éste supera necesariamente toda la embarullada multiplicidad tradicional de malos procedimientos de hermenéutica. El ejercicio del *logos* de lo razonable o de lo humano, especificado mediante la equidad en la individualización de las normas, supera aquella pluralidad de métodos.¹²

Las normas jurídicas positivas y las ideales pueden y deben ser enjuiciadas desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad ante el derecho, de igualdad de oportunidades, de servicio al bienestar general, de adecuación a las circunstancias, de eficacia, de seguridad, etcétera.

Las normas jurídicas no son enunciados de ideas con intrínseca validez, ni descripciones de hechos, ni expresión de ningún ser real. Las reglas del derecho son instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que mediante su manejo produzcan en la realidad social ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos como justos y adecuados.

¹² Luis Recaséns Siches, *Introducción...*, cit, págs 247 y 251.

6.3.2 Consideraciones respecto a la sistemática jurídica

La sistemática jurídica es el estudio ordenado y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en un lugar y tiempos determinados. Es la doctrina del orden jurídico positivo.¹³

Durante la formación profesional, en la mayoría de las disciplinas se utiliza la sistemática jurídica; así, al estudiar las ramas del derecho como civil, penal, laboral, administrativo, etc, la pedagogía empleada consistió, en la mayoría de los casos, en conocer la legislación de la materia vigente. De esta manera y con apoyo de las teorías relativas a las instituciones estudiadas, se tuvo el primer acercamiento a las diversas disciplinas jurídicas.

En la sección 6.4 revisaremos dos de las principales sistemas contemporáneos: el de la tradición escrita y el anglosajón, cada uno de ellos con sus respectivos antecedentes y características de diferenciación.

6.3.3 Consideraciones respecto a la técnica jurídica

El *Diccionario de la lengua española* define a la técnica como el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte. Recordemos que al estudiar al derecho como arte, lo que hacemos es explorarlo con ayuda de la técnica jurídica.

La técnica jurídica es tanto el arte de la interpretación y aplicación del derecho, como un instrumento para la resolución de conflictos que emanan de la aplicación de las normas que integran a determinado sistema jurídico.

En las secciones 6.1, 6.2 y 6.3 hemos revisado lo referente a la interpretación de manera general y con ayuda de las opiniones de autores divergentes como **García Máynez** y **Recaséns Siches**. En lo referente a la

¹³ **Luis Peñuelas Reixach**, citado por **Consuelo Sirvent Gutiérrez**, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 2002, pág 5.

argumentación véase los apartados 2.7.4 y 3.5.6, donde se estudiaron de manera detallada sus definiciones, teorías y elementos característicos. Veamos ahora someramente los problemas de que se ocupa la jurisprudencia técnica.

6.3.4 Problemas que estudia la jurisprudencia técnica

El primer gran campo del que se ocupa la jurisprudencia técnica es el de la aplicación:¹⁴ Veamos: el vocablo *aplicación* proviene del latín *applicatio, onis*; que significa vínculo y colocación. En Roma, la expresión *ius applicationis* se refería al derecho de colocarse bajo la protección de una persona influyente. Asimismo, la aplicación alude a un acto que alguien realiza y expresa la idea de concretar o hacer efectivo algo.

Por aplicación del derecho se entiende la operación mediante la cual cierta instancia determina los hechos que el derecho define *in abstracto* en normas generales e individualiza las consecuencias previstas.

Aunque la aplicación del derecho es un acto complejo que presupone la participación de muchas normas jurídicas (normas de competencia, normas de procedimiento), por lo común se piensa en la norma general material y en el acto que la concretiza.

La sentencia jurisdiccional es considerada el acto de aplicación por excelencia; en ella se manifiesta, de forma por demás característica, la esencia de la jurisdicción.

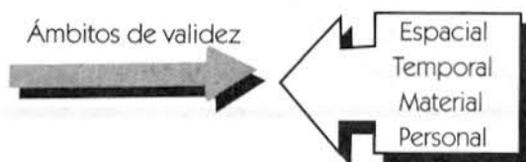
En una sentencia jurisdiccional se pueden distinguir tres elementos:

- Determinación del derecho aplicable a la controversia (*quaestio iure*).
- Determinación de los hechos que condicionan la aplicación del derecho (*quaestio facti*).
- Actos de decisión por los cuales se ordena la ejecución de las consecuencias.

¹⁴ Para un detallado análisis véase **Rolando Tamayo y Salmorán**, *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica), 2a ed, Themis, México, 2001, págs 153 y 154.

La interpretación jurídica como la atribución de significado, es inherente al acto de aplicación del derecho. En la función jurisdiccional, su trascendencia es mayor, toda vez que los tribunales son considerados los órganos encargados de interpretar el derecho.¹⁵

Los problemas derivados de la aplicación surgen al verificar los ámbitos de validez de las normas jurídicas, que, como se recordará en el curso de introducción al estudio del derecho, son:



Entre estos ámbitos de validez destacan los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, que se presentan al determinar cuál será la norma aplicable al caso concreto.

Conflicto de leyes en el tiempo. Se refiere a la vigencia que una norma jurídica puede tener. El problema se presenta desde la entrada en vigor y sus derogaciones o abrogaciones, que se explican como sigue:

- a) *Abrogación:* es dejar sin efecto o derogación total una ley, como cuando la totalidad de un ordenamiento pierde vigencia por así decretarlo la propia ley o una ley posterior (por ejemplo: la *Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos*, que cambia en su totalidad cada año y pierde su vigencia al final de éste).
- b) *Derogación:* es dejar sin efecto parcialmente una ley, como cuando parte de un ordenamiento pierde su vigencia por así decretarlo una ley posterior (por ejemplo: la modificación para aumentar las penas en el código penal).

¹⁵ Como observamos en el Código Federal de Procedimientos Civiles: Libro Primero, Disposiciones Generales, Título Quinto, Capítulo Único, Resoluciones Judiciales: **Art 222**. Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, *una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables*, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo en ellas los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán *resolviendo con toda precisión los puntos sujetos a la consideración del tribunal* y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

Destacamos lo anterior porque al aplicar la ley al caso específico, ésta deberá ser la vigente al cometer los hechos que motivan el caso. Recordemos que las partes de la norma son el supuesto y la consecuencia, de modo que se necesita el hecho concreto para que el supuesto se actualice en la consecuencia, pero el problema surge al determinar la norma aplicable. Por ejemplo: en el fraude fiscal, la norma aplicable deberá ser la que se encontraba en vigor cuando se cometió el acto, ni antes ni después, sino en el inter. Si hubo alguna modificación, ésta deberá coincidir en vigencia con el acto; de lo contrario, no podrá ser aplicada.

Principio de irretroactividad de la ley: a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

La seguridad jurídica obliga a tener certeza sobre la legislación aplicable al caso concreto; el principio de irretroactividad de la ley contenido en el art 14 constitucional se ubica como una garantía individual. Destaquemos que la ley posterior al acto sólo podrá ser aplicada en caso de beneficio, mas no de perjuicio para el afectado.

Un ejemplo común en materia penal es aquel en que una persona cometió un delito en el año 2000; la pena en ese caso es de 10 años, pero si en 2005 la pena aumenta a 20 años, la nueva ley no podrá ser aplicada a casos anteriores a su vigencia. Un caso distinto es que estableciera como pena para el mismo delito tres años; ahí, pese a no haber sido vigente al momento de la comisión del delito, por ser favorable al reo se le aplicará retroactivamente y se dejará a éste en libertad.

Cabe señalar que los problemas que generan la aplicación del principio de retroactividad deberán estudiarse caso a caso, para evitar omisiones o generalizaciones en detrimento de los derechos adquiridos por los obligados.

El principio de retroactividad consiste en la acción de juzgar de acuerdo con las leyes del lugar donde se realizan los hechos previstos por la norma.

Conflicto de leyes en el espacio. Se basa en el principio de territorialidad, es decir, en qué espacio geográfico es válida una norma jurídica.

La aplicación de una ley está determinada por el principio de nacionalidad, el cual se aplica a los derechos personales, a los derechos de familia y a los derechos sucesorios, en tanto que el principio de territorialidad se aplica en aquellos casos relacionados con el ordenamiento del Estado y con el derecho público.¹⁶

La clasificación tradicional de la norma con base en su ámbito espacial de validez es la de generales o locales. En el sistema jurídico mexicano existen tres categorías: federales, locales y municipales, cada una de ellas con sus respectivas facultades. La tendencia actual es a homologar la legislación en ámbitos estratégicos, como las materias de comercio y laborales. Cada vez y ante la ola de inseguridad generalizada en el país, la pugna es por la homologación de las legislaciones penales y procesales de toda la república, en aras de evitar burocratismos y dispersión de criterios que obstaculizan la debida aplicación de la ley al caso concreto.

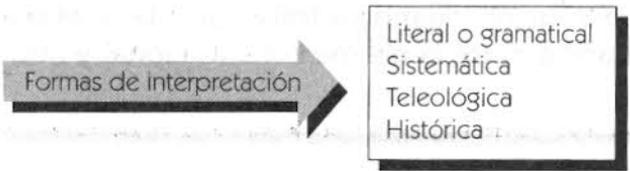
6.3.5 La importancia de la solución de antinomias

Uno de los problemas fundamentales de la jurisprudencia técnica es el referente a las antinomias, que, a diferencia de las normas con repercusiones en cuanto al tiempo o al espacio, aquí adquieren otro matiz.

Las antinomias son normas contradictorias dentro de un mismo ordenamiento con la misma materia, vigencia y espacio territorial, como cuando en un mismo ordenamiento dos normas prohíben y facultan al mismo tiempo, rompiendo así el principio de contradicción: "Dos normas de derecho contradictorias entre sí no pueden ser ambas válidas".

El aplicador de la norma se encuentra así ante la disyuntiva de tomar una decisión respecto a cuál de los dos ordenamientos le dará validez. Para la solución de este problema, los métodos de interpretación tradicional, que en seguida se mencionan, se quedan al margen:

Formas de interpretación



Literal o gramatical
Sistemática
Teleológica
Histórica

¹⁶ Galindo Garfias citado por Gloria Moreno Navarro, ob cit, pág 140.

Conforme a **Kelsen**, puede decirse que dos normas de derecho se oponen contradictoriamente si y sólo si, teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta.

Gloria Moreno Navarro describe algunos criterios para la resolución de las antinomias:¹⁷

- *Criterio cronológico*: entre dos normas incompatibles prevalece la posterior, ya que la ley posterior deroga a la anterior.
- *Criterio jerárquico*: según el cual de dos normas incompatibles prevalece la jerárquicamente superior; la ley superior deroga a la inferior.
- *Criterio de especialidad*: la ley especial deroga a la general. En caso de contradicción, debe prevalecer la especial sobre la general.

Vayamos más allá y revisemos los problemas que se presentan al momento de la interpretación constitucional y las antinomias que pudieran presentarse en el cuerpo normativo de mayor jerarquía de una nación. Como observaremos, aquí la lógica a emplear dista mucho de ser la tradicionalmente aplicada para otro tipo de ordenamiento:

La interpretación constitucional es la actividad identificable en relación con el *sujeto* que la practica. Se estudia no la interpretación “de” la constitución sino “desde” ésta. La cuestión se traslada al ordenamiento jurídico para saber cómo se interpreta la constitución y cuál es la importancia del caso. La interpretación es un hecho categorizado por el derecho, y no sólo darle un significado o un sentido.

“De” la Constitución: se trata de atribuir un significado jurídico al texto de la Carta Magna.

“Desde” la Constitución: cuando a través de ella se busca analizar el grado de coherencia entre la norma constitucional y otra no constitucional.

¹⁷ Para profundizar en el tema véase la obra de la autora, citada en las fuentes de consulta.

La interpretación "de" la Constitución es una operación de mediación imprescindible para incorporar dicha norma al mundo real. Pero ¿cómo se resuelven las antinomias que se pueden presentar en la Constitución? Al respecto existen varios criterios:¹⁸

- Axiológico (por el mayor peso del valor).
- Jerárquico (superior sobre inferior).
- Cronológico (posterior sobre anterior).
- Especialidad (especial sobre general).
- Liberalidad (libertad sobre prohibición).

Las antinomias constitucionales no pueden resolverse con los criterios clásicos, de modo que la solución se puede alcanzar como sigue:

- Eliminando explícitamente una de las normas.
- Dejando de aplicar una de las normas, aunque sin declararlo.
- Conservando las dos, pero fijando el sentido de una de ellas.

Cuando el juzgador resuelve sobre una norma:

- a) Declara la inconstitucionalidad o validez (medida más drástica).
- b) Dar sentido a la norma secundaria para que sea acorde con la Constitución, con armonización para salvarla. Esto se hace para salvar al legislador, quien, en vez de expulsar una norma del sistema, ajusta éste a cierto significado, por respeto a la tradición de la división de poderes.
- c) Deja de aplicarla (porque no puede declararla inconstitucional).

La solución más acertada será la que permita tener con plena vigencia la Constitución, sin emplear facultades derogatorias que corresponden en todo caso al Poder Legislativo y no al judicial. Aquí dependerá del caso concreto y de la debida argumentación que deberá emplear el juzgador en aras de lograr el mayor consenso en su resolución.

¹⁸ **Rodolfo Luis Vigo** aporta más criterios de solución; para estudiar el tema, véase las fuentes de consulta y la obra de este autor.

6.4 Dogmática jurídica: valoración sobre sus consecuencias prácticas

La dogmática jurídica o jurisprudencia dogmática posee el mejor título para reivindicar el nombre de ciencia jurídica. La dogmática jurídica, normalmente conocida como *doctrina*, constituye la ciencia secular del derecho.

La dogmática jurídica designa la actividad realizada por los juristas cuando escriben el derecho positivo.

En seguida estudiaremos dos de los más importantes sistemas jurídicos: los de derecho legislado y los consuetudinarios. Destacamos que el derecho es único e indivisible, pero como fenómeno cultural también presenta una serie de matices que permite la diferenciación de ordenamientos jurídicos.

6.4.1 Consideraciones previas

Para **García Máynez**, el sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época y que el Estado estableció o creó con objeto de regular la conducta o el comportamiento humano.¹⁹

El sistema jurídico es el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera como se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar y estudiar.

Una familia jurídica es, por tanto, un conjunto de sistemas jurídicos que comparten determinadas características. El vocablo *derecho nacional* se refiere al derecho nacional de un Estado, en tanto que el término *familia* remite al conjunto de sistemas jurídicos que rebasan las fronteras de una nación.²⁰

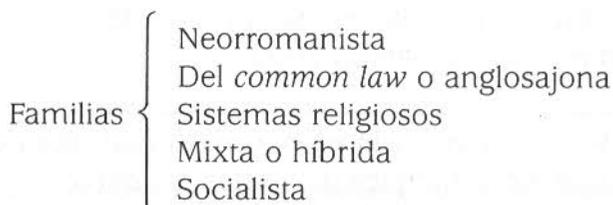
¹⁹ **Eduardo García Máynez**, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 189.

²⁰ Para profundizar en el tema véase: **Consuelo Sirvent Gutiérrez**, ob cit, págs 6 y 7.

Cualquier clasificación de orden jurídico será imperfecta y sólo deberá considerarse un medio provisional para facilitar la descripción y la comparación de los sistemas legales; además, no olvidemos que los sistemas jurídicos sufren cambios continuos.

En términos generales, la ordenación de los sistemas legales en familias jurídicas es un instrumento de análisis preferente en la medida en que proporciona a los juristas un cuadro sinóptico de probada eficacia para el estudio de los diversos sistemas jurídicos.

De esta forma y por fines didácticos nos vemos en la necesidad de seccionar nuestro objeto de estudio; así, para la sistemática jurídica, el más acertado se refiere a la clasificación de las diversas familias jurídicas que prevalecen actualmente. En el siguiente cuadro sinóptico se detallan las principales familias jurídicas contemporáneas:



Hagamos una revisión histórica de la familia neorromanista (de derecho legislado) y la anglosajona (consuetudinaria).

6.4.2 Sistemas de derecho legislado de tradición escrita

La familia neorromanista la integran los países cuya ciencia jurídica se ha elaborado con base en los fundamentos del derecho romano y de la tradición germánica, los cuales se fusionaron en el occidente de Europa a partir del siglo v. En la actualidad es la familia dominante en Europa Occidental, Centroamérica y Sudamérica y en muchos países de África y Asia, e incluso tiene sus enclaves en el mundo del *common law*, como LUISIANA y Quebec.²¹

²¹ Ídem.

6.4.2.1 Conformación de los códigos modernos

Con los nuevos aires de los pensadores iusnaturalistas se llevó a cabo la codificación, tanto del derecho privado como del derecho público, en obras sistemáticas en las que, mediante normas abstractas, podría establecerse un sistema jurídico natural y racional que abarcaba, sin riesgo de lagunas, toda la realidad jurídica.²²

Las primeras codificaciones fueron las de Baviera, con su código penal de 1751, procesal de 1753 y el civil, y el *Usus Moderus Pandectarum* era subsidiario de esta codificación. En Prusia, de 1714 a 1794 se preparó el código prusiano, que contenía derechos individuales, de la comunidad, esto es, de la familia y de las asociaciones, las municipalidades, los estamentos, la Iglesia y el Estado. En este código prevaleció un intervencionismo típico del despotismo ilustrado. Por otra parte, Austria desarrolló su código penal y España también hizo lo propio con las *Ordenanzas de Bilbao* de 1737.

La gran época de codificaciones se inició 10 años después de la promulgación del código prusiano, con los cinco códigos de **Napoleón** y alcanzó un nuevo punto culminante casi un siglo después, con la entrada en vigor del código civil alemán en 1900.

Lo meritorio de esta labor es la preocupación por formular normas equilibradas entre los principios generales del derecho y la práctica. Otro punto es que se quería elaborar obras completas, comprensibles por sí mismas, que con base en sus propios principios pudiera resolver los problemas relacionados con su materia. Por último, los codificadores tenían el anhelo de producir una obra que sólo tomara de la tradición lo compatible con la razón.

Quizá la rama del derecho más favorecida por la inserción del elemento *razón en el derecho* fue el derecho penal. Entre 1648 y 1789, esta disciplina jurídica fue innecesariamente sangrienta, de modo que no sólo las persecuciones de brujas tenían su historia, sino también se trataba de justificar la crueldad de este derecho, incluso con argumentos teológicos;

²² La revisión que aquí se detalla se obtuvo con datos aportados por **Guillermo F. Margadant**, *Panorama de la historia universal del derecho*, 4a ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1991, págs 232 a 235.

además, la ejecución disminuía el castigo que esperaba el delincuente en el infierno, y con su severo castigo se evitaba que la ira de Dios recayera sobre la comunidad.

Mientras el derecho civil tuvo pensadores que se preocuparon por formarlo como una verdadera ciencia, el derecho penal continuó por mucho tiempo en un nivel irracional e infracientífico; así, los autores que se preocuparon por este derecho no lograron despojarlo del ambiente de arbitrariedad que ejercía la Corona, ni de la excesiva severidad de la Iglesia, pues seguían la tortura y la aplicación de penas crueles. Hasta que apareció la obra de **Cesare Bonesana**, marqués de Beccaria, traducida por **Voltaire**, quien seguía la política de “prevenir en vez de castigar”, se eliminó esa tradición inhumana y se inició un movimiento general para reestructurar todo el derecho penal.

6.4.3 Regímenes consuetudinarios de tradición anglosajona

Este derecho se fue formando por las decisiones judiciales (precedentes) emanadas de los tribunales reales. Cabe decir que es un derecho eminentemente jurisprudencial, emanado del Poder Judicial; se puede considerar que la norma del *common law* es concreta, pues busca dar solución a un caso particular.

Hoy día, el *common law* es un sistema jurídico vigente en Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido su influencia en el derecho de muchas naciones de Asia y África.²³

*Inglaterra.*²⁴ Durante la ocupación romana que duró hasta comienzos del siglo v, este país se rigió por el derecho de Roma; luego llegaron varias tribus germánicas como los anglos, los sajones y por último los daneses en 838, que llevaron sus propias costumbres. Con el triunfo de los sajones sobre los daneses se logró codificar el derecho anglosajón, se reorganizó el sistema administrativo con los *shires* bajo sheriffs hereditarios, quienes viajaban entre los tribunales locales para impartir la justicia del rey y que cobraban diversos tributos. Además, se incluyó el derecho

²³ Consuelo Sirvent Gutiérrez, ob cit, págs 8 y 9.

²⁴ La revisión que aquí se detalla se obtuvo con datos aportados por Guillermo F. Margadant, ob cit.

canónico, a raíz de la cristianización desde el siglo VII. El régimen sajón fue derrocado por los daneses y posteriormente llegaron los normandos; sin embargo, los conquistadores respetaron en gran parte las costumbres germánicas que encontraron en Inglaterra. Así, el *Witan* prenormánico se convirtió en la Magna Curia del rey, cuerpo exclusivamente consultivo, pero del cual nacerían, con el transcurso de los siglos, los tribunales monárquicos, creadores del *common law*, y, por otra parte, la legislatura.

Los conquistadores conservaron la división territorial de los *shires*, colocaron a los funcionarios suprimiendo la cuestión hereditaria, en 1806 se estableció un catastro denominado *Domesday Book* y en 1127 se creó la Cámara de Cuentas. Posteriormente se sustituyeron los tribunales locales por los tribunales del rey, con jueces itinerantes que seleccionaban las mejores costumbres locales entre sí y trataban de formar con esa base un derecho común unificado: el *common law*.

En cuanto al desarrollo del derecho público inglés, la base fue la *Magna Charta* de 1215, que marcó la victoria de los señores feudales sobre el rey **Juan sin Tierra**.

En la citada carta, el art 39 dice: "Ningún hombre libre será capturado, encarcelado o privado de sus bienes o de sus derechos, o exiliado o perjudicado de cualquier otro modo, excepto por intervención de un tribunal, legalmente constituido por sus iguales y de acuerdo con la ley de la tierra" (la *lex terrae* era todo lo que no emanaba de la Corona). Este artículo fue recogido en las enmiendas 5 y 14 de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica y en los arts 14 y 16 de la de México, convirtiéndose esta victoria feudal en un baluarte de la democracia.

La *Magna Charta* colocó al rey bajo el control del derecho y este último bajo el control de los barones feudales, quienes obstaculizaron las infiltraciones romano-canónicas. Gracias a esa actitud, el derecho anglosajón conservó su carácter germánico que lo diferencia hasta hoy día del sistema romanista.

Después de diversas guerras internas, **Eduardo I** inició la organización del sistema procesal y creó los tres *Estatutos de Westminster* (1275-1290), con lo cual logró acaparar más campo de acción que los señores feudales. Fue una lucha contra la corrupción judicial derivada del ambiente feudal de la antigua Inglaterra, en la que lo privado y lo público se con-

fundieron. Asimismo, desde 1327 se estableció la justicia de paz para asuntos locales de menor importancia, institución que pasó al continente europeo a raíz de la Revolución francesa.

Lo que quedó de la *Curia Regis*, después de la segregación de los encargados de los diversos tribunales, se convirtió en parlamento, y cuando a los nobles feudales fueron añadidos los representantes de ciertas ciudades, surgió el bicamarismo inglés.

Con el tiempo, tal desarrollo sirvió de punto de partida para dos ideas importantes: *a)* la labor legislativa debe estar separada de la judicial, y *b)* un parlamento, dividido en dos cámaras de composición diferente, permite un juego político y legislativo más refinado que el de una sola cámara.

Otra cuestión trascendente fue lo desarrollado paralelamente a la unificación del derecho consuetudinario mediante la fuerza centralizadora de la justicia de la Corona, y surgió de forma paulatina una segunda rama de la justicia monárquica, la *Equity*, administrada por el canciller del rey. Esta justicia correctora prohibía en ciertas ocasiones que las facultades permitidas en el *common law* se ejercieran en virtud de que aplicar derechos “injustos” sería un pecado. La relación entre la actividad de esta *Equity* con el alto clero derivó en una gran influencia del derecho romano sobre esta figura.

Luego se creó la institución del jurado como consecuencia de la evolución del derecho germánico medieval en Inglaterra. Surgió de la costumbre, en materia penal, de que grupos de ciudadanos se presentaran espontáneamente ante los tribunales de los condados para acusar a las personas culpables de ciertos delitos, por los que aún no habían sido perseguidas.

Esta nueva institución fue justificada posteriormente por la teoría de que ella permite un compromiso entre los tecnicismos de la ley y el sentido común de 12 seleccionados al azar, desprovistos de todo pedantismo técnico-jurídico. Al lado del jurado acusatorio surgió el declaratorio, que sustituyó la dependencia de la decisión de las controversias del azar de un duelo judicial.

Los juristas de aquella época no confiaron la formación profesional de la próxima generación a las universidades, sino que se ocuparon personalmente de esta tarea. Dicha educación preparaba para el ejercicio de dos funciones distintas: la de los *barristers* (litigantes) y la de los *solicitors* (que mantenían contacto con los clientes). En Inglaterra continuó esta tradición de la separación de funciones, que también fue adoptada en Francia (*avocats* y *avoués*). Los jueces no eran producto de educación especial, sino elegidos por la Corona de los *barristers*.

Durante el Renacimiento se entabló en Inglaterra la lucha entre los tribunales y el rey. La victoria de los primeros se debió al desarrollo en ese país de la teoría de la existencia de ciertos derechos que eran superiores a la Corona y que fueron colocados bajo la protección de los jueces. **Edward Coke** fue el principal exponente de esta tendencia y jefe de la Justicia Real, quien argumentaba frente al rey **Jacobo I** las ideas de **Braeton**: “El rey se encuentra subordinado no a los hombres, sino a Dios y al derecho”. Gracias a **Coke** se creó el *Habeas corpus*, que llegó a ser una eficaz protección del individuo contra la Corona. Otras instituciones democráticas que se deben a este personaje son el principio de que también el jefe de Estado se halla sujeto al derecho, que no debe haber tribunales *ad hoc*, que el derecho marcial de suspensión de garantías sólo es admisible en tiempo de crisis nacional, que el individuo sólo puede ser acusado por el *Gran Jury*, que los cateos deben seguir ciertos requisitos y que el hogar es inviolable.

La labor de **Coke** se manifestó, en parte, en la *Petition of Rights*, victoria del parlamento sobre **Estuardo** en 1628. En el programa de **Coke** se encontraba el derecho del Poder Judicial a controlar que la legislación correspondiera a las tradiciones del *common law*, el cual no pudo realizarse pero fue retomado en el sistema jurídico estadounidense con la interpretación de la Constitución que hizo el magistrado **Marshall** en 1803 y que es el antecedente del amparo mexicano.

Así, la *Magna Charta Libertatum* de 1215, victoria de los feudales sobre el rey; la *Petition of Rights* de 1628, triunfo del parlamento sobre el rey, y su confirmación en la *Bill of Rights* de 1689 son tres momentos decisivos en el desarrollo constitucional inglés.

En esos siglos se afirmó el método típicamente anglosajón de crear un derecho mediante decisiones judiciales, lo cual obligó a los juristas a crear dos técnicas especiales:

- a) Descubrir, en cada decisión judicial, cuál *quid* allí ha quedado decidido y qué partes de la sentencia son *obiter dicta*, esto es, frases de relleno o secundarias, no obligatorias para lo por venir.

- b) Analizar agudamente los hechos de cada caso, con el fin de saber si no había motivo para hacer una distinción, es decir, para alegar que cierta sentencia anterior no era aplicable al caso actual, por referirse a hechos distintos.

Esa libertad judicial de crear derecho hizo de Inglaterra el paraíso de las teorías iusnaturalistas, pero perjudicó la seguridad jurídica. **Hobbes** y **Francis Bacon** protestaron contra este desarrollo y alegaron que “es tan esencial que el derecho sea cierto, que sin esta calidad no puede ser justo” (**Bacon**) y que “no es la sabiduría la que hace el derecho, sino la autoridad” (**Hobbes**). A su vez, **Jeremy Bentham** (1748-1832), indignado por la irracionalidad de muchas normas, tomó la iniciativa para preparar una magna labor legislativa, estrictamente racional, basada en que el Estado debe procurar la mayor felicidad para el mayor número de personas.

6.4.3.1 Estados Unidos de Norteamérica

Desde 1497 se inició la exploración a este territorio: el primer intento de establecer una colonia inglesa ocurrió en 1584 con **Walter Raleigh**. Desde entonces, poco a poco y en competencia con Francia, Holanda y España, empezaron a estructurarse las 13 colonias. De su legislación destaca el *Charter* de la *Massachussets Bay Company* de 1629. La colonia de Estados Unidos se convirtió en un baluarte de puritanismo y de intolerancia religiosa, con un espíritu que explicó los famosos excesos durante la persecución de las brujas de Salem y provocó como reacción el espíritu más liberal de la legislación de Connecticut y Rhode Island; además, desde 1619 se agregaron a la población los esclavos importados de África.

Inglaterra limitaba los aspectos mercantilistas de las colonias norteamericanas con leyes como la *Navigation Act* de 1651, la cual ordenaba que todo comercio marítimo con Inglaterra debía efectuarse en barcos ingleses; otra prohibición era la de extenderse libremente hacia el Oeste y la más importante era la relativa a los impuestos. La respuesta a todas estas restricciones fueron los actos violentos de destrucción de cajas de té en Boston en 1773; luego, por parte del Parlamento, hubo represalias en forma de leyes punitivas y, como respuesta, el Primer Congreso Continental de Filadelfia de 1774. Lo anterior terminó con la Declaración de Independencia el 4 de julio de 1776. Posteriormente, en 1783, Inglaterra reconoció en Versalles la independencia de la nueva nación.

Durante la guerra, varias colonias norteamericanas promulgaron sus constituciones, entre las cuales destaca la de Virginia con su *Bill of Rights*, obra de **Jefferson**, que era una lista de derechos individuales inviolables. Esta Constitución separaba al Estado de la Iglesia y suprimía los últimos restos del feudalismo inglés. A su vez, la Constitución federal de 1787 estableció un sistema federal y creó un estado de “dos pisos”: una capa básica de estados soberanos, cada uno completo, con todos sus órganos necesarios, sobre cuya base se erigía la estructura de la Unión, también con órganos propios. Esta Constitución disponía que todas las facultades no conferidas expresamente a la Unión correspondían a los estados.

6.5 Fundamentos constitucionales de los Estados de derecho

En el sistema jurídico mexicano debemos observar las vertientes doctrinarias contemporáneas en las cuales se manifiesta la cada vez más creciente preocupación por determinar lo que se entiende por Estado de derecho, a partir de la idea de democracia.

Para **Luigi Ferrajoli**, en el garantismo como base de la democracia sustancial y en un sentido no formal y político sino sustancial y social de democracia, el Estado de derecho equivale a la democracia, en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y necesidades de todos. Dicho autor redefine la democracia en su aspecto sustancial o social al Estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales.²⁵

La democracia ha venido a sustituir al Estado autoritario, que podía revestir la forma de Estado absoluto o constitucional. Los poderes del Estado no emanaban, del pueblo, ni el gobierno dependía de la confianza del jefe de Estado.²⁶

George Burdeau²⁷ afirma sobre el fenómeno de la democracia lo siguiente:

²⁵ **Luigi Ferrajoli**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2a ed, Madrid, 1997, pág 864.

²⁶ Véase **Gustav Radbruch** en las fuentes de consulta.

²⁷ Citado por **Enrique Sánchez Bringas**, *Derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1995, pág 325.

... La democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno. Esta riqueza de significaciones le viene tanto de lo que es efectivamente como de la idea que se hacen los hombres cuando ponen en ella su esperanza de una vida mejor. La amplitud y la densidad del fenómeno entrañan el riesgo de paralizar su examen, al obligar al observador a pasar sin cesar de un plano a otro y a modificar al mismo tiempo sus métodos y los valores que le sirven de centro de referencia.

La democracia es también una idea de carácter personalista o humanista. Se refiere al fundamento formal del poder político... La democracia es una respuesta a la pregunta sobre quién debe ejercer el poder del Estado. A esta pregunta contesta la democracia que el poder del Estado compete al pueblo.²⁸

La democracia efectiva no puede estar asentada en el individualismo a ultranza ni en el colectivismo exagerado. Debe estar basada siempre, en todo momento y lugar, en la síntesis dialéctica de la persona humana: en el hombre social. Y de aquí debe partir para elevar, con seguridad, todo el edificio social y político.²⁹

Para **Savater**, la revolución democrática es convertir a los individuos portadores del sentido político de la sociedad; por tanto, sirve de cimiento y aliento de la revolución filosófica, que estriba también en convertir a los individuos en portadores del sentido racional de la realidad.³⁰

Entonces se presenta el fenómeno del pluralismo y volvemos a encontrar en él, a la vez, el multiculturalismo, una multiplicidad de los lugares de producción del derecho y una remodelación de las soberanías, que reconoce nuestra Constitución en sus primeros artículos, a saber:

Art 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...*

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

²⁸ **Luis Recaséns Siches**, *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2001, pág 516.

²⁹ **Héctor González Uribe**, *Manual de filosofía social y ciencias sociales*, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pág 227.

³⁰ Para profundizar, véase la obra del autor en las fuentes de consulta.

Queda clara la preocupación manifiesta de la sociedad, que no duda en insertar en su máximo ordenamiento su preocupación por los temas de discriminación motivados por el pluralismo que, lejos de dividirnos, debe consolidarnos.

Art 2o. *La nación mexicana es única e indivisible.*

La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

En el pluralismo y como respuesta no del todo aceptada a los hechos violentos de enero de 1994, se establece como base del pluriculturalismo la tradición de los pueblos indígenas, así como se reconoce la herencia y esencia de la nación mexicana basada en la cultura previa a la Conquista.

Quienes un día se consideraron ciudadanos y descubrieron que el poder era una creación humana y que su forma podía transformarse por obra de una decisión colectiva dejaron de creer sin reserva en las tradiciones o en el derecho divino. La soberanía del pueblo y los derechos del hombre parecieron, en este momento fundamental, los dos aspectos de la democracia: el hombre afirma su libertad presentándose como ciudadano y la creación de la república, tanto en Estados Unidos como en Francia, aporta la garantía más sólida de los derechos individuales, aunque en la actualidad estas dos posturas polarizadas se confrontan.³¹

La democracia es, en primer lugar, el régimen político que permite a los actores sociales formarse y obrar libremente. Los principios constitutivos de la democracia son los que rigen la existencia de los actores sociales.

Lo anterior se traduce, en el orden de las instituciones políticas, en tres principios:

³¹ Para profundizar en el tema, consúltese la interesante obra del autor: **Alan Toraine**, *Crítica de la modernidad*, 2a ed, trad **Alberto Luis Bixio**, FCE, México, 2002, págs 319 a 321.

- El reconocimiento de los derechos fundamentales, que el poder debe respetar.
- La representatividad social de los dirigentes y de su política.
- La conciencia de la ciudadanía de pertenecer a una colectividad fundada en derecho.

6.5.1 Directivas de la interpretación constitucional

Sabemos que la base de todo Estado de derecho está en su democracia; al mismo tiempo y como parte del contrapeso también debe estar en un Poder Legislativo y Judicial. Ponemos especial interés en los criterios o consejos que da **Luis Vigo** a los jueces para saber cómo interpretar la Constitución, que presentamos en la lista siguiente:

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución.
 - Hacer eficaz la Constitución.
 - Maximizar sus significados.
 - Las autoridades deben interpretar y aplicar la Constitución.
2. La Constitución como sistema:
 - Las partes están interrelacionadas y son parte de un todo (jurisprudencia, antecedentes históricos, núcleo axiológico, decisiones políticas fundamentales, preceptos constitucionales que no contradicen los actuales preceptos).
 - Hay un deber de armonización o concordancia entre esos preceptos.
 - Para no privar de vigencia a alguna de las partes.
 - Con excepción de la jerarquía de los preceptos.
3. La unidad del ordenamiento jurídico:
 - Postura más conservadora. Así como todas las partes están interrelacionadas también lo están en el ordenamiento secundario, que se interpreta con la Constitución y viceversa.
 - Interpretación de la Constitución a partir del derecho secundario, por ejemplo: el derecho de petición de cuatro meses se deriva de la ley secundaria.
 - En ocasiones esto no es posible y se debe presumir que el legislador es racional (regla de equivocación clara).
 - Depende del caso concreto.

4. La máxima funcionalidad del régimen político:

- Es más importante en materia de controversias constitucionales.
- Las decisiones políticas fundamentales no pueden modificarse.
- Es orientada a fortalecer la unidad y el régimen político establecido en la Constitución, y la unidad de la sociedad en términos constitucionales.
- Resulta útil para la cooperación y no bloqueo de poderes.
- Garantiza pesos y contrapesos y fortalece la fórmula política.

5. Consolidación de los valores constitucionales:

- En Estados Unidos hay polémica entre originalistas y evolucionistas.
- Hay un ala conservadora y otra progresista.

6. Atender las consecuencias sociales:

- El intérprete debe tener en cuenta las consecuencias sociales sin que esto sea determinante.
- No por aplicar el derecho se van a cometer injusticias sociales.
- La eficacia depende del acatamiento social.
- El Poder Judicial obtiene la legitimidad por consenso social.

7. Fidelidad no estática al Poder Constituyente:

- Es menester determinar hasta dónde se debe respetar al constituyente originario.
- **Dworking** distingue entre conceptos y concepciones; las concepciones no se pueden cambiar.
- Los conceptos se pueden cambiar porque no forman un núcleo duro axiológico de la Constitución.
- Debe haber fidelidad cuando estemos en presencia del núcleo duro de la Constitución, pero en los demás casos se pueden hacer cambios.
- La SCJN llega a ser un constituyente permanente, ya que otorga significados a la Constitución.

8. Estabilidad relativa de las decisiones interpretativas:

- Debe haber cambio en las jurisprudencias; de lo contrario, dejará de haber reflexión.

- En la retórica, las decisiones interpretativas cambian y se cubren al decir que siguen haciendo lo mismo.
- Por el contrario, si se cambian mucho los criterios, podrá haber desigualdad en la aplicación de la ley, falta de seriedad e inseguridad.
- La estabilidad cambia según la argumentación, que es más fuerte que la anterior.
- Se debe argumentar la razón de por qué es positivo el cambio.
- Debe haber una continuidad jurisprudencial evaluada críticamente.

9. Fundamentación apropiada de las decisiones:

- Motivación única (arts 14 y 16 constitucionales) para evitar la arbitrariedad.
- En otros países, cada magistrado elabora su propio proyecto, lo cual favorece el conocimiento pleno del asunto, así como se discute y los argumentos que prevalecen se imponen, a la vez que es más amplio el nivel de argumentación.
- El inconveniente es el tiempo.
- Hay derechos que no se pueden cambiar democráticamente, y los tribunales constitucionales protegen los derechos de un individuo frente a la mayoría.
- Cómo debe ser la motivación:

–Axiológica: que derive del núcleo duro de la Constitución.

–Lógica: con un nivel de coherencia.

–Fáctica: adecuada a los hechos.

–Normativa: conforme a la ley.

10. Esfuerzo coordinador del derecho constitucional interno con el derecho comunitario:

- Relación del derecho interno e internacional:
- Tratado = ley; tratado + que ley; tratado = Constitución; tratado + Constitución.

6.5.2 Del Estado legislativo al Estado constitucional

Ha habido un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional. Por Estado constitu-

cional se entiende no sólo aquel en el que está vigente una Constitución, sino también aquel en el que la Constitución contiene:³²

- a) Un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea, la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales.
- b) Ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho.
- c) Mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, mayor demanda de argumentación jurídica. El ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza.

Así, el avance del Estado constitucional se halla acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de las exigencias de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

Autoevaluación

1. Reflexione críticamente sobre los problemas de la ciencia jurídica como disciplina con aspectos humanos. _____

2. Explique con palabras propias qué es la interpretación y cuál es su importancia. _____

3. Mencione la importancia de los principios ontológicos y lógicos aplicados a lo jurídico. _____

³² Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, cátedra de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004, pág 75.

4. Fije su postura conforme a la teoría del logos de lo razonable, de **Recaséns Siches**. _____

5. Mencione los problemas que estudia la jurisprudencia técnica. _____

6. Ubique alguna antinomia y aporte posibles soluciones. _____

7. Establezca las diferencias entre el derecho legislado y el consuetudinario.

8. ¿Qué es la democracia y qué papel desempeña en la construcción de los estados de derecho? _____

9. Aplique tres directivas de la interpretación constitucional al art 14 de la Constitución. _____

10. Diga cuál es la diferencia entre Estado legislativo y Estado constitucional.

UNIDAD 7

Derecho en la posmodernidad

Objetivo particular: Al concluir esta parte del curso, el alumno(a): Reflexionará sobre el papel que desempeña el derecho ante la actual vertiente de la posmodernidad, revisará las principales teorías de destacados teóricos y asumirá un punto de vista razonado y crítico respecto a este fenómeno.

De igual manera, reflexionará en torno al tipo de derecho que debe prevalecer en la posmodernidad.

7.1 Modernidad y posmodernidad

Aquí estudiaremos conceptos tan complejos que no caben definiciones reduccionistas sino el mayor número de opiniones, en aras de enriquecer el debate con el mayor número de ellas.

El primer uso de término *posmodernismo* es anterior a 1926. Las expresiones *posimpresionismo* de 1880 y *posindustrial* de 1914-1922, marcan el

comienzo de los *pos*, que florecen a comienzos de la década de 1960 en la literatura, el pensamiento social, la economía e incluso la religión.¹

La fortaleza del término *posmodernismo* sugiere que hemos dejado atrás la imagen moderna (que significa “ahora mismo”) del mundo, sin especificar hacia dónde vamos. Lo moderno acaba en guerra consigo mismo, por lo que inevitablemente se convierte en posmoderno.

Para **Liotard**: “Todo aquello que es recibido, aunque sea de ayer, debe ser objeto de sospecha. Con la asombrosa aceleración, las generaciones se precipitan. Una obra no puede convertirse en moderna si en principio no es ya posmoderna. El posmodernismo así entendido no es el fin del modernismo sino su estado naciente, y este estado es constante”.²

Lo posmoderno sería aquello que alega lo impresentable en lo moderno y en la presentación de la modernidad, aquello que se niega a consolidar las formas bellas, al consenso de un gusto que permitiría experimentar en común la nostalgia de lo imposible; aquello que indaga por presentaciones nuevas, no para gozar de ellas sino para hacer sentir mejor que hay algo impresentable.

Lo *posmoderno* será comprender según la paradoja del futuro (pos) anterior (modo).

7.1.1 Consideraciones previas

El posmodernismo es un movimiento que empezó en la década de 1970. Sus principales exponentes incluyen a **Jean-Francois Lyotard**, **Jean Baudrillard**, **Guilles Deleuze** y **Felix Guattari**. Se funda en la filosofía, la cultura y las artes y tiene como antecedente más relevante a **Nietzsche**.³

¹ Para un primer acercamiento al análisis del posmodernismo véase: **Richard Appignanesi**, *Posmodernismo para principiantes*, trad **Guillermo Sabanes**, Era Naciente, Buenos Aires, 2002, págs 3 y siguientes.

² **Jean-Francois Lyotard**, *La posmodernidad (explicada a los niños)*, trad **Agustín Izquierdo**, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, págs 23 y 25.

³ **Stuart Brown** y otros, *Cien filósofos del siglo xx*, trad **Juan José Utrilla**, Editorial Diana, México, 2001, pág 285.

Aunque no puede darse ninguna definición clara del posmodernismo, éste incluye un examen de las tendencias sociales y culturales que han dominado las sociedades capitalistas avanzadas desde fines de la década de 1950, y se caracteriza por una dislocación y fragmentación; un interés por las imágenes, lo superficial y lo efímero; y un rechazo de la tradicional búsqueda de unidad, realidad, orden y coherencia subyacentes en todos los fenómenos. El movimiento es sucesor y a la vez crítica del modernismo, término del que **Lyotard** se vale: para designar cualquier ciencia que hace un llamado explícito a alguna grandiosa narrativa.⁴

Para remplazar las grandiosas narrativas existen juegos del lenguaje, que son relativos, restringidos e inconmensurables. Cada juego del lenguaje está gobernado por su propio conjunto de reglas y es jugado por aquellos que los contratan, ya sea implícita o explícitamente. No hay una autolegitimación de los juegos del lenguaje, los cuales son arbitrarios y, por tanto, remplazables. Siempre están en contra de un adversario, ya sea otra persona o el lenguaje tal como se usa tradicionalmente.

El posmodernismo también defiende la idea de que el tiempo se ha dislocado. Para esta doctrina no hay una realidad objetiva que rija la estructura del lenguaje: lo que tradicionalmente se ha pensado que estaba en el pasado o en el futuro se puede recordar o inscribir en lo que tradicionalmente se ha considerado el presente. Las novelas que juegan con el proceso temporal, como las de **James Joyce**, a este respecto deben considerarse posmodernistas, así como todas las obras de vanguardia del arte que son presentaciones de un tiempo, un espacio o un significado dislocado o fragmentado, sea o no del periodo de la posguerra.

Una obra como la de **Samuel Beckett**, *Esperando a Godot*, se considera un rechazo de la expectativa modernista de que haya un significado general y comprehensivo que puede encontrarse dentro del texto, o que sea legítimamente aportado por algún miembro modernista no regenerado del público.

El término *posmodernidad* tiene la desventaja de ser muy amplio, en el que cabe de todo; es un vocablo negativo, parásito del de *modernidad*. Algunos autores se niegan a aceptar que la modernidad haya pasado, e

⁴ Ibidem, pág 286.

insisten en que este movimiento de cambio terminará siendo absorbido por los valores que dejaron bien plantados los ilustres filósofos franceses y alemanes del siglo XVIII. Otros, en cambio, sostienen que el proyecto de la modernidad está agotado y que algo nuevo —no sabemos exactamente qué— surgirá de los cambios que están provocando la tecnología y la globalización.⁵

En este apartado estudiaremos las características de lo que consideran tres autores contemporáneos, la modernidad y la posmodernidad. **Lyotard** y **Habermas** toman dos posturas disidentes, y una última crítica con tendencias conciliadoras. Ya **Vattimo** lo deduce: “La crítica de la ideología y, como en el fondo quería **Nietzsche**, no puede desembocar en una crítica de la crítica. El problema reside en saber si también la historia del ‘final de la historia’ puede o no valer como un relato o un ‘metarrelato’ legítimamente, capaz de señalar objetivos, criterios de elección y de valoración y, por tanto, algún curso de acción todavía dotado de sentido”.⁶ Hasta la fecha, los estudiosos que han tratado el tema no han llegado a un acuerdo acerca de esta paradoja.

7.1.2 Jürgen Habermas⁷

En *El discurso filosófico de la modernidad*, **Habermas** hace diversas reflexiones con base en la filosofía de **Nietzsche**. Con la entrada de este último filósofo en el discurso de la modernidad cambia de raíz la argumentación. [...] **Nietzsche** [...] renuncia a una nueva revisión del concepto de razón y licencia a la dialéctica de la ilustración. Sobre todo las deformaciones historicistas de la conciencia moderna, su inundación con cualquier contenido y su vaciamiento de todo lo esencial hacen dudar que la modernidad pueda aún extraer de sí misma los criterios que necesita.

Ciertamente, **Nietzsche** dirige y aplica una vez más, ahora contra la ilustración historicista, la figura de pensamiento que la dialéctica de la ilustración representa, pero con la única finalidad de hacer explotar la envoltura de razón de la modernidad como tal.

⁵ www.economiaufm.edu.gt, 1o de marzo de 2003.

⁶ **Gianni Vattimo**, *Ética de la interpretación*, trad **Teresa Oñate**, Paidós, Barcelona, 1991, pág 18.

⁷ Lo que a continuación se resume es la reflexión que hace **Vattimo** del pensamiento de **Habermas** en la obra señalada.

Nietzsche se apoya en la razón histórica para finalmente desecharla y hacer pie en el mito, en lo otro de la razón:

Pues el origen de la cultura historiográfica —y de su en el fondo absoluta y radical contradicción contra el espíritu de la edad moderna, de una conciencia moderna—, ese origen tiene que ser aprehendido a su vez en términos historiográficos; es el saber histórico el que tiene que resolver el problema del saber histórico; el saber tiene que volver su aguijón contra sí mismo —este triple “tiene que” es el imperativo del espíritu de la “edad moderna”, en caso de que esta edad moderna entrañe algo realmente nuevo, poderoso, prometedor para la vida y originario.

En el *Origen de la tragedia*, el filósofo alemán hace una investigación practicada con medios histórico-filológicos que, pasando por detrás del mundo alejandrino y del mundo romano-cristiano, transporta a **Nietzsche** a los orígenes, a la Grecia arcaica, al protomundo de lo grande, lo natural y lo humano. Este camino es el que han de emprender también los “retoños tardíos” de la modernidad, atrapados ahora en un pensamiento practicado en actitud de anticuario, para convertirse en los “primeros retoños” de una época posmoderna —un programa que **Heidegger** hará después suyo en *Ser y tiempo*—. Para **Nietzsche**, la situación de partida es clara: por un lado, la ilustración historicista sólo refuerza las escisiones que las adquisiciones de la modernidad llevan anejas y que cada vez se hacen sentir con más fuerza; la razón que se presenta de esa forma cuasirreligiosa que es el humanismo culto ya no desarrolla ninguna fuerza sintética capaz de sustituir el poder unificante de la religión tradicional. Por otro lado, la modernidad tiene cerrado el camino de vuelta a una restauración. Las imágenes religioso-metafísicas de las viejas civilizaciones son un producto de la ilustración y, por tanto, *demasiado racionales* para oponer todavía algo a la ilustración radicalizada que la modernidad representa.

Como todos aquellos que tratan de escapar de la dialéctica de la ilustración, **Nietzsche** emprende nivelaciones sorprendentes. La modernidad pierde su posición de privilegio y sólo constituye una última época en la historia de la racionalización que viene de muy lejos y que se inició con la disolución de la vida arcaica y la destrucción del mito.

En Europa, esta censura se halla caracterizada por **Sócrates** y **Cristo**, por el fundador del pensamiento filosófico y por el fundador del monoteísmo eclesiástico. Pero la conciencia moderna del tiempo prohíbe

continúa

toda idea de regresión, toda idea de un retorno inmediato a los orígenes míticos. Sólo el futuro constituye el horizonte para el despertar de los pasados míticos; esta actitud *utópica* dirigida hacia el dios venidero marca la distinción entre la empresa de Nietzsche y el grito reaccionario de "vuelta a los orígenes".

Mientras que el historicismo convierte el mundo en una exposición y a los contemporáneos que gozan de ella en espectadores indiferentes, sólo el poder suprahistórico de un arte que se consume en actualidad puede poner remedio "a la verdadera necesidad e íntima miseria del hombre moderno". El joven Nietzsche tiene aquí a la vista el programa de Richard Wagner, quien había abierto su ensayo sobre la religión y el arte con estas palabras: "Cabría decir que allí donde la religión se torna artística queda reservado al arte salvar el núcleo de la religión, captando en su genuino valor de imágenes sensibles los símbolos míticos que la primera quiere que sean creídos como verdaderos y contribuyendo así, por medio de una exposición ideal de ellos, al conocimiento de la profunda verdad que llevan oculta en su seno".

Como es sabido, más tarde Nietzsche volvería con repugnancia la espalda al mundo de la ópera wagneriana; pero más interesante que las razones personales, políticas y estéticas de tal apostasía es el móvil filosófico que se oculta tras la pregunta ¿cómo tendría que ser una música que ya no fuera de origen romántico (como la de Wagner), sino dionisiaco? De origen romántico es la idea de una nueva mitología, y romántico es también el recurso a Dionisos como dios venidero. Nietzsche pretende distanciarse del uso romántico de estas ideas y proclama una versión manifiestamente más radical, que apunta más allá de Wagner. Pero ¿en qué se distingue lo dionisiaco de lo romántico?

En el romanticismo, el recurso a Dionisos sólo tenía por objeto alumbrar aquella dimensión de libertad pública en que las promesas del cristianismo habían de cumplirse en el más acá, para que el principio de la subjetividad, ahondado por la Reforma y la Ilustración, a la vez que convertido por éstas en principio de dominación autoritaria, pudiera perder su carácter limitado.

El Nietzsche maduro se da cuenta de que Wagner, en quien a su juicio "se resume" la modernidad, compartía con los románticos la perspec-

tiva de una consumación y *plenitud* “aún pendientes” de la edad moderna. Precisamente **Wagner** lleva a **Nietzsche** al “desengaño acerca de todo lo que a nosotros los modernos nos queda para entusiasmarlos”, porque él, un rematado decadente, “súbitamente... ha caído de rodillas ante la cruz cristiana”. **Wagner** permanece, pues, atenido a la conexión romántica y no venera en **Dionisos** al semidiós que libera radicalmente de la maldición de la identidad, que deja en suspenso el principio de individuación y que hace valer lo polimorfo contra la unidad del Dios trascendente, y la anomia contra toda clase de orden. En **Apolo** divinizaron los griegos la individuación, la atencencia del individuo a sus propios límites; pero la belleza y mesura apolíneas no hacían sino ocultar el subsuelo de lo titánico y bárbaro que rompía en el tono extático de las fiestas dionisiacas.

Nietzsche recuerda la referencia de **Schopenhauer** a aquel “elemento inhumano que se apodera del hombre cuando súbitamente se le hunde el suelo de las formas cognoscitivas de los fenómenos, y el principio de razón suficiente... parece sufrir una excepción. Cuando a este elemento inhumano añadimos el deleite del éxtasis que al hundirse el principio de individuación surge del fondo más profundo de la naturaleza, vislumbramos la esencia de lo dionisiaco”.

Pero **Nietzsche** no sólo fue discípulo de **Schopenhauer**, sino también contemporáneo de **Mallarmé** y de los simbolistas, un defensor *de l'art pour l'art*. Así, en la descripción de lo dionisiaco —como subida de punto de lo subjetivo hasta el completo olvido de sí— penetra también la experiencia, radicalizada una vez más frente al romanticismo, del arte contemporáneo. Lo que **Nietzsche** llama *fenómeno estético* se revela en el descentrado trato consigo misma de una subjetividad liberada de las convenciones cotidianas de la percepción y de la acción.

Sólo cuando el sujeto se *pierde*, cuando se mueve a la deriva de las experiencias pragmáticas que hace en los esquemas habituales de espacio y tiempo, se ve afectado por el choque de lo súbito y, perdido de sí, se sume en el instante: sólo cuando se vienen abajo las categorías del hacer y del pensar tejidos por el intelecto, cuando caen las normas de la vida cotidiana, cuando se desmoronan las ilusiones de la normalidad en que uno ha crecido, sólo entonces se abre el mundo de lo imprevisible, de lo absolutamente sorprendente, el ámbito de la apariencia estética que no oculta ni manifiesta, que no es fenómeno ni esencia, sino superficie.

Aquella purificación del fenómeno estético de toda adherencia teórica y moral, que el romanticismo había iniciado, **Nietzsche** la ahonda aún más.

En la experiencia estética, la realidad dionisiaca queda blindada mediante “un abismo de olvido” contra el mundo del conocimiento teórico y de la acción moral, contra la cotidianidad. El arte sólo abre el acceso a lo dionisiaco al precio del éxtasis, al precio de una dolorosa desdiferenciación, de la pérdida de los límites individuales, de la fusión de la naturaleza amorfa, tanto dentro del individuo como fuera.

En el *Origen de la tragedia*, tras el arte se oculta la vida. El mundo aparece como un tejido hecho de simulaciones e interpretaciones a las que no subyace ninguna intención ni ningún texto. La potencia creadora de sentido constituye, juntamente con una sensibilidad que se deja afectar de las maneras más variadas posibles, el núcleo estético de la *voluntad de poder*.

Tal voluntad es al tiempo una *voluntad de apariencia*, de simplificación, de máscara, de superficie; y el arte puede considerarse la genuina actividad metafísica del hombre, porque la vida misma descansa en la apariencia, el engaño, la óptica y la necesidad de perspectiva y de error.

No puede haber fenómenos ópticos ni morales, al menos no en el sentido en que **Nietzsche** habla de fenómenos estéticos. A la demostración de tal cosa sirven los conocidos proyectos de una teoría pragmática del conocimiento y de una historia natural de la moral, que reducen la distinción entre “verdadero” y “falso”, “bueno” y “malo” a preferencias por lo útil para la vida y por lo superior. Según este análisis, tras las pretensiones de validez en apariencia universales se ocultan las pretensiones subjetivas de poder inherentes a las estimaciones valorativas. Ello no quiere decir que en estas pretensiones de poder se haga valer la voluntad de autoafirmación estratégica de sujetos individuales.

La teoría de una voluntad de poder que se cumple en todo acontecer ofrece el marco en que **Nietzsche** explica cómo surgen las ficciones de un mundo del ente y de lo bueno, así como la apariencia de identidad de los sujetos cognoscentes y que actúan moralmente, cómo la metafísica, la ciencia y el ideal ascético llegan a dominar y, finalmente, cómo la razón centrada en el sujeto debe todo este inventario a una fatal inversión masoquista acontecida en lo más íntimo de la voluntad de poder. La do-

minación nihilista de la razón centrada en el sujeto es concebida como resultado y expresión de una perversión de la voluntad de poder.

Como la voluntad de poder no pervertida es la versión metafísica del principio dionisiaco, el filósofo alemán puede entender el nihilismo de la actualidad como noche de la lejanía de los dioses, en que se anuncia el advenimiento del dios ausente. Su “aparte” y “más allá” es interpretado por el pueblo como huida ante la realidad, y el afamado pensador germano define el instante del retorno del anticristo como “*angelus* del mediodía”.

Nietzsche debe el concepto que en términos de teoría del poder desarrolla de la modernidad, a una crítica desenmascaradora de la razón, que se sitúa a sí misma fuera del horizonte de la razón. Esta crítica posee cierta sugestividad, porque, al menos implícitamente, apela a criterios tomados de las experiencias básicas de la modernidad estética, pues dicho autor introniza el gusto, “el sí y el no del paladar”, como órgano de un conocimiento allende lo verdadero y lo falso, allende el bien y el mal. Pero estos criterios del juicio estético, de los que pese a todo sigue haciendo uso, **Nietzsche** no puede legitimarlos porque transporta las experiencias estéticas a un mundo arcaico, porque la capacidad crítica de estimación valorativa, aguzada en el trato y comercio con el arte moderno, no queda reconocida como un momento de la razón, que, al menos en términos procedimentales (es decir, en virtud del procedimiento de fundamentación argumentativa), pudiera todavía ser puesto en relación y quedar articulado con el conocimiento objetivo y la capacidad de juicio moral.

Lo estético como puerta de salida a lo dionisiaco queda más bien mistificado y convertido en lo otro de la razón. Así, los desvelamientos que **Nietzsche** lleva a efecto en términos de teoría del poder se ven atrapados en el dilema de una crítica a la razón, que al convertirse en total se torna autorreferencial. Mirando retrospectivamente el *Origen de la tragedia*, el filósofo teutón confiesa la juvenil ingenuidad de su tentativa de “trasplantar la ciencia al terreno del arte, ver la ciencia bajo la óptica del artista”. Pero tampoco en su edad madura parece tener muy claro qué significa ejercer una crítica ideológica que acaba atacando sus propios fundamentos. A la postre, **Nietzsche** oscila entre dos estrategias:

Por un lado, se sugiere a sí mismo la posibilidad de una consideración artística del mundo, practicada con medios científicos pero en actitud antimetafísica, antirromántica, pesimista y escéptica. Una

continúa

continuación

ciencia histórica de esta guisa, al estar al servicio de la filosofía de la voluntad de poder, puede escapar a la ilusión de la fe en la verdad; pero entonces habría que empezar presuponiendo la validez de esta filosofía. De ahí que, por otro lado, **Nietzsche** tenga que afirmar la posibilidad de una crítica de la metafísica, que ponga al descubierto las raíces de ésta, pero sin considerarse a sí misma filosofía. El destacado pensador declara a **Dionisos** filósofo y a sí mismo último discípulo e iniciado de este dios filosofante.

Por ambas vías ha sido proseguida la crítica de **Nietzsche** a la modernidad. El científico escéptico que con métodos antropológicos, psicológicos e históricos trata de desenmascarar la perversión de la voluntad de poder, la rebelión de las fuerzas reactivas y el surgimiento de la razón centrada en el sujeto tiene sus continuadores en **Bataille**, **Lacan** y **Foucault**; el crítico de la metafísica que, como iniciado, reclama para sí un saber especial y que persigue el nacimiento de la filosofía del sujeto hasta sus raíces en el pensamiento presocrático, tiene sus sucesores en **Heidegger** y **Derrida**. Ahora veamos los conceptos de otro autor que ha reflexionado respecto al concepto de lo posmoderno.

7.1.3 Jean-Francois Lyotard⁸

Este autor considera que la condición *posmoderna* es el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado las reglas del juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX. Esto es la crisis de los relatos.

Simplificando al máximo, se tiene por posmoderna la incredulidad respecto a los metarrelatos. Nos encontramos en una dispersa nube de elementos lingüísticos; además, no formamos combinaciones lingüísticas necesariamente estables, y las propiedades de las que formamos no son necesariamente comunicables.

⁸ Reflexiones contenidas en la obra de **Jean-Francois Lyotard**, *La condición posmoderna*, trad **Mariano Antolín Rato**, Red Editorial Iberoamericana, México, 1990.

Sin embargo, la condición posmoderna es extraña tanto al desencanto como a la positividad ciega de la deslegitimación. ¿Dónde puede residir la legitimación después de los metarrelatos? El criterio de operatividad es tecnológico, pero no pertinente para juzgar lo verdadero y lo justo. ¿Es obtenido por discusión el consenso, como piensa **Habermas**? Violenta la heterogeneidad de los juegos del lenguaje, y la invención siempre se hace en el disenso.

El saber posmoderno no sólo es el instrumento de los poderes, sino también hace más útil nuestra sensibilidad ante las diferencias y fortalece nuestra capacidad para soportar lo inconmensurable.

El saber posmoderno encuentra su razón no en la homología de los expertos, sino en la paralogía de los inventores.

El saber científico es una clase de discurso. Se puede decir que desde hace 40 años las ciencias y las técnicas llamadas *de punta* se apoyan en el lenguaje. El saber se encuentra o se encontrará afectado en dos principales funciones: la investigación y la transmisión de conocimientos. El saber es y será producido para ser vendido; deja de ser en sí mismo su propio fin y pierde su "valor de uso".

El saber científico no es todo el saber, pues siempre ha estado en excedencia, en competencia, en conflicto con otro tipo de saber, que para simplificar llamaremos *narrativo*.⁹ El problema se presenta en la legitimación, entendida, de acuerdo con la doctrina jurídica alemana, como el proceso por el cual un legislador está autorizado a promulgar una ley como una norma; o como enunciado científico, que debe presentar un conjunto de condiciones para ser aceptado como científico.

La legitimación es el proceso por el cual un "legislador" que se ocupa del discurso científico está autorizado a prescribir las convenciones convenidas para que un enunciado forme parte de ese discurso y pueda ser tenido en cuenta por la comunidad científica. Hay un hermanamiento en-

⁹ **Lyotard** reconoce la exageración de la importancia que diera al género narrativo. Resulta excesivo identificar el conocimiento con el relato. Postula que debemos distinguir los regímenes de frases diferentes y los géneros de discursos distintos.

tre el tipo de lenguaje llamado *ciencia* y ese otro denominado *ética y política*: uno y otro proceden de una misma perspectiva o, si se prefiere, de una misma "elección", llamada *Occidente*.

Cuando **Wittgstein**, retomando desde cero el estudio del lenguaje, centra su atención en los efectos del discurso, nombra los diferentes tipos de enunciados que localiza y enumera algunos de los juegos del lenguaje:

- a) La primera es que sus reglas no tienen su legitimación en ellas mismas, sino que forman parte de un contrato explícito o no entre los jugadores.
- b) La segunda es que a falta de reglas no hay juego.
- c) La tercera es que todo enunciado debe ser considerado una "jugada" hecha en el juego.

De aquí se derivan dos principios:

- a) El primero es que hablar es combatir, en el sentido de jugar, y que los actos del lenguaje se derivan de una agonística general.
- b) El segundo es que el lazo social está hecho de "jugadas" del lenguaje.

El saber no es la ciencia, sobre todo en su forma contemporánea; y esta última, lejos de ocultar el problema de su legitimidad, no puede dejar de plantearlo en toda su amplitud, que no es menos sociopolítica que epistemológica. El conocimiento sería el conjunto de enunciados que denotan o describen objetos y susceptibles de ser declarados verdaderos o falsos. El saber hace a cada uno capaz de emitir "buenos" enunciados denotativos, prescriptivos y valorativos. Existe una afinidad del saber con la costumbre. Los primeros filósofos han llamado *opinión* al modo de legitimación de los enunciados, consistente en que sean conformes con los criterios pertinentes admitidos en el medio constituido por los interlocutores del "sabiente".

En la formulación del saber tradicional hay una preeminencia de la forma narrativa. El relato es la forma por excelencia de ese saber, en varios sentidos: en primer lugar, esos relatos populares cuentan lo que se puede llamar *formaciones positivas o negativas*; en segundo, la forma narrativa admite una pluralidad de juegos del lenguaje y la tercera como la transmisión de los relatos. Lo que se transmite con los relatos es el grupo

de reglas pragmáticas que constituye el lazo social. Un cuarto elemento es su incidencia sobre el tiempo. Hay una inconmensurabilidad entre la pragmática narrativa popular y ese juego del lenguaje conocido en Occidente que es la cuestión de la legitimidad.

Para acreditar que nuestra demostración sobre algo es verdadera se debe observar una doble regla. La primera es dialéctica o incluso retórica de tipo judicial: es referente lo que puede ser materia a probar, elemento de convicción, en el debate; la segunda es metafísica: el mismo referente no puede proporcionar una pluralidad de pruebas contradictorias o inconsistentes. Todo consenso no es indicio de verdad, pero se supone que la verdad de un enunciado no puede dejar de suscitar el consenso.

No se puede considerar la existencia ni el valor de lo narrativo a partir de lo científico, ni viceversa: los criterios pertinentes no son los mismos en unos y otros. Lamentarse de “la pérdida del sentido” en la posmodernidad consiste en dolerse porque el saber ya no es principalmente narrativo. El saber narrativo no valora la cuestión de su propia legitimación, sino que se acredita a sí mismo por la pragmática de su transmisión. El científico se interroga sobre la validez de los enunciados narrativos y constata que éstos nunca se hallan sometidos a la argumentación y a la prueba.

Con la ciencia moderna aparecen dos nuevos componentes en los problemas de la legitimación, primero, para responder a la pregunta ¿cómo probar la prueba? o, más generalmente, ¿quién decide las condiciones de lo verdadero?

Se abandona la búsqueda metafísica de una prueba primera o de una autoridad trascendente y se reconoce que las condiciones de lo verdadero (es decir, las reglas del juego de la ciencia) son inmanentes a ese juego y que sólo pueden ser establecidas en el seno de un debate en sí mismo científico; además, no existe otra prueba de que las reglas resulten buenas, como no sea el consenso de los expertos.

La disposición general de la modernidad a definir las condiciones de un discurso en un discurso acerca de esas condiciones se combina con el restablecimiento de la dignidad de las culturas narrativas. La narrativa deja de ser un lapso de la legitimación y el saber de los relatos retorna a Occidente para aportar una solución a la legitimación de las nuevas auto-

ridades. En la nueva actitud científica, el héroe es el pueblo, el signo de la legitimidad su consenso y su modo de normativación la deliberación.

El gran relato ha perdido su credibilidad. Se puede ver en esa decadencia de los relatos un efecto del auge de técnicas y tecnologías a partir de la Segunda Guerra Mundial, que ha puesto el acento en los medios de la acción más que en sus fines. La nostalgia del relato perdido ha desaparecido por sí misma para la mayoría de la gente, lo cual no implica que estén entregados a la barbarie; lo que se lo impide es saber que la legitimación no puede provenir de otra parte que de su práctica lingüística y de su interacción comunicacional.

El uso de los lenguajes no es indiscriminado, sino que éstos se hallan sometidos a una condición que se puede llamar pragmática, la de formular sus propias reglas y pedir al destinatario que las acepte. Al satisfacer esta condición, se define una axiomática, la cual comprende la definición de símbolos que serán empleados en el lenguaje propuesto. Deberá existir un metalenguaje determinante si un lenguaje satisface las condiciones formales de una axiomática: este metalenguaje es el de la lógica. Se debe reconocer que existen limitaciones internas a los formalismos.

El principio de un metalenguaje universal es remplazado por el de la pluralidad de sistemas formales y axiomáticos capaces de argumentar enunciados denotativos, sistemas que están descritos en un metalenguaje universal, pero no consistente. Se sigue una dirección completamente distinta en lo que concierne a la administración de la prueba en la investigación, la cual es, en principio, una parte de la argumentación destinada a hacer aceptar un nuevo enunciado como el testimonio o la prueba en el caso de la retórica judicial.

El problema surge en lo referente a qué debe probar la prueba. En líneas anteriores dijimos que administrar una prueba es hacer constatar un hecho. Pero ¿qué es una constatación? Si los sentidos confunden y están limitados en alcances, en poder discriminador.

Los juegos del lenguaje científico se convierten en juegos ricos, en los que el más rico tiene más oportunidades de tener razón. Una ecuación

se establece entre riqueza, eficiencia y verdad. No hay técnica sin riqueza, pero tampoco riqueza sin técnica. El deseo de enriquecimiento más que el de saber impone en principio a las técnicas el imperativo de mejorar las actuaciones y realizar los productos.

La administración de la prueba, que en principio es una parte de la argumentación en sí misma destinada a obtener el asentimiento de los destinatarios del mensaje científico, pasa así bajo el control de otros juegos de lenguaje, en los cuales lo que se ventila no es la verdad, sino la performatividad, es decir, la mejor relación *input/output* (energía gastada/ informaciones o modificaciones obtenidas). Así, se abandona el relato de legitimación idealista o humanista para justificar el nuevo objetivo.

Lo que se adquiere se hace no para saber la verdad, sino para incrementar el poder. La cuestión es saber en qué puede consistir el discurso del poder y si es capaz de constituir una legitimación. Lo que a primera vista parece impedirlo es la distinción hecha por la tradición entre la fuerza y el derecho, entre la fuerza y la sabiduría, o sea, entre lo que es fuerte, lo que es justo y lo que es verdadero.

En cuanto a la relación entre justicia y performatividad: las oportunidades de que un orden sea considerado justo aumentarán con las que tiene de ser ejecutado y éstas con la performatividad del "prescriptor".

La "realidad" al ser, al proporcionar las pruebas para la argumentación científica y los resultados para las prescripciones y las promesas de orden jurídico, ético y político, se apodera de unos y otras al apoderarse de la "realidad" y, por tanto, las oportunidades de que sea justa y tenga razón. Recíprocamente, se refuerzan más las técnicas que se pueden disponer del saber científico y de la autoridad decisoria.

Así adquiere forma la legitimación por el poder, el cual no sólo es la buena performatividad, sino también la buena verificación y el buen veredicto. Legitima la ciencia y el derecho por medio de su eficacia y ésta por aquellos. De este modo, el incremento del poder y su autolegitimación pasan ahora por la producción, la memorización, la accesabilidad y la operacionabilidad de las informaciones, mientras que la relación de la ciencia y de la técnica se invierten. La complejidad de argumentaciones parece entonces interesante, sobre todo porque obliga a sofisticar los medios de probar y porque la performatividad se beneficia de ello.

El determinismo es la hipótesis sobre la que reposa la legitimación mediante la performatividad, la cual se define por una relación *input/output*. La expansión de la ciencia no se hace por medio del positivismo de la eficiencia, sino que es lo contrario: trabajar con la prueba es trabajar con la argumentación, buscar la “paradoja” y legitimarla con nuevas reglas del juego de razonamiento. Lo que ya no tiene vigencia no es preguntarse lo que es verdadero y lo que es falso. La pregunta ¿de qué sirve tu argumento o tu prueba? forma parte de la pragmática del saber científico, que asegura la metamorfosis del destinatario del argumento y de la prueba en cuestión y es destinador de un nuevo argumento y de una nueva prueba y, por tanto, de la renovación de los discursos y de las generaciones científicas. Todo se reduce a la pregunta ¿de qué sirve tu “de qué sirve”?

La ciencia posmoderna hace la teoría de su propia evolución como discontinua, catastrófica, no rectificable y paradójica. Cambia el sentido de la palabra saber y dice cómo puede tener lugar ese cambio; produce no lo conocido, sino lo desconocido, y se sugiere un modelo de legitimación denominado *paralogía*, que reagrupa a la sistemática abierta, la localidad y el antimétodo.

El recurso de los grandes relatos está excluido, pues sólo valen como medio para el verdadero fin, el que legitima el sistema, el poder. El acento debe situarse de ahora en adelante en la disensión. El consenso es un horizonte, aunque nunca se adquiere; pero sorprende que siempre alguien desordene el orden de la “razón”. Es preciso suponer un poder que desestabiliza la capacidad para explicar y que se manifiesta por la promulgación de nuevas normas de inteligencia o de juegos de lenguaje científico que circunscribe un nuevo ámbito de aplicación.

Las ventajas del criterio de performatividad son las siguientes:

- Excluye la adhesión a un discurso metafísico.
- Requiere el abandono de las fábulas.
- Exige mentes claras y voluntades frías.
- Hace asumir a los “jugadores” la responsabilidad no sólo de los enunciados, sino también de las reglas a que los somete para hacerlos aceptables.
- Saca a plena luz las funciones pragmáticas del saber, pues éstas parecen colocarse según un criterio de eficiencia.
- Contribuye a elevar todos los juegos del lenguaje.

El derecho no proviene del sufrimiento, sino de que el tratamiento de éste hace al sistema más preformativo. Las necesidades de los más desfavorecidos no deben servir en principio como reguladoras del sistema, pues al ser conocida la manera de satisfacerlas, su satisfacción no puede mejorar sus actuaciones, sino solamente dificultar sus gastos. La única contraindicación es que la no satisfacción puede desestabilizar el conjunto.

Cuanto más fuerte es una "jugada", más cómodo resulta negarle el consenso mínimo justamente porque cambia las reglas del juego sobre las que existía consenso. Se da entonces un comportamiento terrorista, entendiendo como terror la eficiencia obtenida por la eliminación o por la amenaza de eliminación de un "compañero" del juego de lenguaje al que jugaba con él. Este "compañero" se callará o dará su asentimiento no porque sea rechazado, sino porque se le amenaza con ser privado de jugar. Así, los decididores imponen su voluntad, lo cual es uno de los principales obstáculos para el desarrollo de la imaginación de los sabedores.

El reconocimiento del heteromorfismo de los juegos del lenguaje implica la renuncia al terror, mientras que el consenso que haya en torno a las jugadas debe ser local y sujeto a una eventual rescisión y con ello se orienta a múltiples meta-argumentaciones finitas, limitadas en el espacio-tiempo. El contrato temporal es favorecido por el sistema a causa de su gran flexibilidad, de su menor costo y de la efervescencia de las motivaciones que lo acompañan, contribuyendo así a una mejor operatividad. Con ello surge la finalidad de conocimiento de los juegos de lenguaje en cuanto tales y la decisión de asumir la responsabilidad de sus reglas y de sus efectos, el principal de los cuales es el que da valor a la adopción de aquéllas, la búsqueda de la paralogía.

7.1.4 Gianni Vattimo¹⁰

Sólo en relación con la problemática nietzscheana del eterno retorno y con la problemática heideggeriana del rebasamiento de la metafísica ad-

¹⁰ Reflexiones contenidas en: Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, trad Alberto L. Bixio, Gedisa, México, 1986.

quieren, en verdad, rigor y dignidad filosófica las dispersas y no siempre coherentes teorizaciones del periodo posmoderno.

Desde el punto de vista de **Nietzsche** y **Heidegger**, la modernidad se puede caracterizar como un fenómeno dominado por la idea de la historia del pensamiento, entendida como una progresiva iluminación, de modo que las evoluciones, teóricas y prácticas de la historia occidental se presentan y se legitiman como renacimientos o retornos.

Nietzsche y **Heidegger** se encuentran en la situación de tener que tomar críticamente distancia respecto al pensamiento occidental en cuanto pensamiento del fundamento, pero, por otro lado, no pueden criticar ese pensamiento en nombre de otro más verdadero. Por ello, son considerados los filósofos de la posmodernidad. El *pos* de posmoderno indica una despedida de la modernidad.

Uno de los contenidos característicos de gran parte de la filosofía de los siglos XIX y XX es precisamente la negación de estructuras estables del ser (**Nietzsche** y **Heidegger** conciben al ser como evento). La ontología no es otra cosa que interpretación de nuestra condición o situación, pues el ser no está fuera de su "evento", el cual sucede en el "historicizarse" suyo y nuestro. Sólo la modernidad, al desarrollar y elaborar en términos puramente terrenales y seculares la herencia judeocristiana, confiere dimensión ontológica a la historia y da significado determinante a nuestra colocación en el curso de la historia.

La modernidad se caracteriza por la idea de historia con sus corolarios: el concepto de progreso y el concepto de superación. A su vez, la posmodernidad se caracteriza no sólo por su novedad respecto a lo moderno, sino también como disolución de la categoría de lo nuevo, como experiencia del "fin de la historia", en lugar de presentarse como un estadio diferente de la historia.

Ahora en la sociedad de consumo, la renovación continua está exigida fisiológicamente para asegurar la pura y simple supervivencia del sistema: la novedad nada tiene de "revolucionaria" ni de perturbadora, sino que es aquello que permite que las cosas marchen de la misma manera.

Con la “destrucción de la ontología” se trata de dar cabida a una concepción no metafísica de la verdad, que la interprete, no tanto a partir del modelo positivo del saber científico sino a partir de la experiencia del arte y del modelo de la retórica. Se puede decir que la experiencia posmoderna de la verdad es probablemente una experiencia estética y retórica; así, debe reconocerse el vínculo de la verdad con el monumento, la estipulación de la transmisión histórica.

La modernidad es aquella época en la cual el ser moderno se convierte en un valor, más aún: en el valor fundamental al que los demás valores se refieren. La modernidad se caracteriza por la secularización cuyo punto clave es la fe en el progreso, catalogado más como un valor en sí, y la secularización extrema de la visión providencial de la historia equivale simplemente a afirmar lo nuevo como valor y como valor fundamental.

La diferencia entre *Überwindung* (superación o rebasamiento) y *Ueberwindung* (dejar atrás) puede ayudarnos a definir el pos de lo posmoderno en términos filosóficos. Por ello, se puede sostener legítimamente que la posmodernidad filosófica nace de la obra de **Nietzsche**, que expone por primera vez el problema del epigonismo, es decir, del exceso de conciencia histórica que encadena al hombre del siglo XIX y le impide producir verdadera novedad histórica que le dificulta tener un estilo específico.

En *Humano, demasiado humano*, **Nietzsche** presenta una verdadera y propia disolución de la modernidad mediante la radicalización de las mismas tendencias que las constituyen. Si la modernidad se define como la época de la superación y de la novedad que envejece y es sustituida inmediatamente por una novedad más nueva, en un movimiento incesante que desalienta toda creatividad al mismo tiempo que la exige y la impone como única forma de vida, no se podrá salir de la modernidad con sólo pensar en superarla. Con la radicalización de la misma tendencia y disolviendo el valor de verdad se puede salir de la modernidad mediante una conclusión nihilista.

Como afirma **Vattimo**, probablemente una de las caracterizaciones más ampliamente aceptadas de la posmodernidad es aquella que la presenta como el fin de la historia. Esta caracterización es un tanto fatalista, situación que han acentuado las interpretaciones de izquierda de lo posmoderno, ya sea cuando lo refutan polémicamente como **Habermas**, o cuando se trata como una nueva oportunidad de emanciparnos, que, sin tener nada que ver con los ideales humanistas, representa una alternativa positiva, como lo expone **Lyotard**.

Las dos posturas que en relación con este tema se contraponen de manera diametral y, sin embargo, comparten la misma descripción de la posmodernidad y divergen sólo en cuanto a la evaluación del fenómeno describen el venir a menos de los grandes “metarrelatos” que legitiman la marcha histórica de la humanidad por el camino de la legitimación y el papel de guía que los intelectuales desempeñan en ella. Para **Habermas**, esto es tanto una calamidad como imponerse a una mentalidad conservadora, que renuncie al proyecto del iluminismo, identificado con el proyecto de modernidad; en cambio, para **Lyotard** (que sigue a **Nietzsche**, **Heidegger** y **Foucault**) representa un paso adelante en la liberación del subjetivismo y de los humanismos modernos.

En ambos casos, el “final de la historia” significa el final del historialismo, esto es, de la comprensión de las vicisitudes humanas como si estuvieran insertas en un curso unitario dotado de un sentido determinado que, en la medida en que llega a ser reconocido, se descubre como sentido de emancipación.

Para **Lyotard**, esta pérdida es irremediable e indica el fracaso del proyecto moderno: un fracaso con el que, se sobreentiende, no se pierde nada, pues los metarrelatos legitimantes siempre han sido la expresión de una violencia ideológica. La objeción de **Habermas** consiste en que el fracaso de los proyectos emancipatorios de la modernidad no los invalida en cuanto a su fundamento teórico; este autor se limita a señalar que, sin un metarrelato fuerte que se sustraiga a la disolución y desmitificación del historialismo, esta disolución y desmitificación dejará de tener sentido y ni siquiera podrá ser pensada.

Para **Habermas**, la disolución de los metarrelatos tendrá significado sólo si uno de ellos se exceptúa, con lo cual en realidad llega a eliminar de la disolución de los metarrelatos el sentido catastrofista del final de la historia; la historia no puede acabarse sin que se acabe lo humano. A su vez, para **Lyotard**, la disolución de los metarrelatos es completa, pero el motivo por el que ésta se considera tal y “verdaderamente” tal ¿se sustrae en realidad a la fuerza que antes se atribuía a los metarrelatos?, ¿qué significa afirmar que los metarrelatos han sido invalidados, sino volver a proponer un metarrelato?

Vattimo expone la idea de **Rorty** que afirma que puede valer la idea de posmodernidad como fin de la historia: en el sentido de que la idea de

historia es una invención de la filosofía y especialmente de la metafísica, cristiana primero y después moderna, y de que la pérdida de importancia de la tradición filosófica coincide con la pérdida de sentido de apelar a la historia, a sus leyes y a sus indicaciones, por parte de la comunidad social. La reconstrucción de la filosofía moderna que **Vattimo** propone parece tener sólo como función hacerse cargo de un error, usar la metafísica como una historia de eventos casuales, y no indicar ninguna vía a seguir. Esta postura resulta problemática porque supone también apelar a metarrelatos.

Pensar lo posmoderno como fin de la historia, como el final del fin, no significa, entonces, darse cuenta de que la cuestión hubiera dejado de proponerse, sino situar en el primer plano de una atención central la cuestión de la historia como raíz de legitimaciones. La modernidad es la época de la legitimación metafísico-historicista, mientras que la posmodernidad es la puesta en cuestión explícita de este modo de legitimación.

La posmodernidad es seguramente un modo diverso de experimentar la historia y la temporalidad y, por tanto, entrar en crisis de la legitimación historicista que se basa en una pacífica concepción lineal-unitaria del tiempo histórico. No podemos declarar invalidada toda forma de legitimación por referencia a la historia, como quiere **Lyotard**, ni seguir quedándonos en el metarrelato de la modernidad, como hace **Habermas**, quien asevera que los eventos invalidantes, a los que hace referencia **Lyotard**, suponen sólo un fracaso provisional del proyecto moderno. Ambas posiciones extremas rehúsan tematizar seriamente la historia del fin de la historia, como lo hace **Lyotard**, quien la considera un hecho no objeto de relato, pero al cual debemos adecuarnos; o como un incidente teóricamente irrelevante que debe explicarse en términos de psicología o sociología del conocimiento, como lo hace **Habermas**.

Después de la crítica a las posturas de **Lyotard** y **Habermas**, **Vattimo** expone su tesis, consistente en que esas dificultades del concepto de posmoderno, todas las cuales giran alrededor del hecho de que el fin

continúa

de la modernidad sea el fin de la historia como curso metafísicamente justificado y legitimante, sólo podrán tener alguna solución si se tematizan explícitamente los problemas que originan la invalidación de la legitimación de los grandes metarrelatos.

En **Nietzsche**, el final del proceso de desmitificación no da lugar a desembocar en ninguna posición de certeza o en las verdaderas estructuras, sino a una actitud piadosa, lo cual el filósofo alemán denomina en varias ocasiones *filosofía de la mañana*. Quien ha logrado tematizar acertadamente sobre la posmodernidad es **Heidegger**, cuando en el *Andenken* asume dentro del pensamiento posmetafísico la función que era propia de la fundamentación metafísica. Este autor trata de definir el pensamiento no fundacional: pensar es recordar, retomar-aceptar-distorsionar.

De acuerdo con **Nietzsche**, vivimos probablemente en una condición en la cual, como decía **Gorgias** de los espectadores de la tragedia, resulta más sabio dejarse engañar que querer ser de los que engañan; también el valor de no ser engañado (es decir, el valor de la verdad), se nos ha terminado por develar como un “engaño”, como un interés práctico ligado a determinadas situaciones de la existencia humana del pasado. La rememoración “piadosa” de **Heidegger** o la “fiesta de la memoria” nietzscheana parecen ser el único motivo posible. Lo que nos libera para la *pietas* es la disolución de la metafísica. Como dijera **Nietzsche**: una vez descubrimos que todos los sistemas de valores son producciones demasiado humanas; por ende, ¿qué nos queda por hacer?, ¿liquidarlos como mentiras y errores? No, entonces resultan más queridos, porque son todo lo que tenemos en el mundo, la única densidad, espesor y riqueza de nuestra experiencia, el único “ser”.

Nietzsche veía en la metafísica un intento de predominar y hacerse con la fuerza de las “regiones más fértiles” según fundamentos de legitimación metafísicos (religiosos, ontológicos, de moral natural, etc); en cambio, **Heidegger** propone una filosofía de la historia que escapa de la metafísica no sólo en cuanto a su modo de legitimarse, sino, sobre todo, también en cuanto a que su propio contenido es el mismo fin y disolución de la metafísica, el cual indica también varias “normas” por seguir.

Las dificultades del pensamiento de la posmodernidad muestran que no se puede dejar vacante sin más el puesto antes ocupado por los metarrelatos y por la filosofía de la historia. Se debe asumir como tema de una nueva y paradójica filosofía de la historia, el final de la (filosofía de la) historia.

Así, **Habermas**, **Lyotard** y **Vattimo** coinciden con **Nietzsche**, quien, anticipándose a su tiempo, supo ver las consecuencias del exceso de racionalismo en la forma de construcción de concepciones del pensamiento occidental. Pero ¿cómo se construyen las visiones? Definitivamente, el lenguaje tiene un papel fundamental.

7.2 Reflexiones en torno al tipo de derecho que debe prevalecer en la posmodernidad

Utilizando como referente teórico la filosofía de **Friedrich Nietzsche**, analizaremos el tipo de derecho que debe prevalecer en la posmodernidad, de esta forma desarrollaremos temas como la metáfora de “la muerte de la ley”, la propuesta de renovación de la concepción del derecho en la posmodernidad considerando al derecho como arte y la verdad en el derecho, además de realizar las reflexiones finales acerca de cómo podemos visualizar al derecho.

7.2.1 La “muerte de la ley”

Nietzsche no se presenta únicamente como un destructor. Este filósofo comprueba la destrucción de todos los valores al introducirse en el estudio del nihilismo europeo. Agotado, habiendo usado de la nada y precipitado en la nada a la vez lo mejor y lo peor de sí mismo —lo divino— el hombre moderno se encuentra ante esta nada. Religión, felicidad, fe, sabiduría, virtud, lógica y ciencia ya no tienen significación. El hombre moderno tiene un poder inmenso, una lucidez costosamente ganada. El hombre actual ignora las inmensas posibilidades de su conciencia y se encuentra impotente y vacío. ¡Es necesario resucitar la grandeza perdida, pero transformándola, creándola de nuevo en lo sobrehumano y no en lo divino!¹¹

¹¹ **Henri Lefebvre**, *Hegel, Marx, Nietzsche*, 10a ed, trad **Mauro Armíño**, Siglo XXI, México, 2001, pág 114.

Es momento de romper las barreras que ha fincado nuestro intelecto, ya no más las decisiones decimonónicas de un supuesto objetivismo, hay que reconocer la propia esencia del ser humano. Debemos matar a la ley para ser insolentes y destruir los fundamentos arcaicos sobre los que se tambalea, pero antes debemos ver qué tanto el lenguaje, como forma fundamental de creación y comunicación, ha influido en esa falta de fe en la ley, esa ley que no es más que una palabra.

Como parte de la posmodernidad hemos dejado de creer en las instituciones olvidando que tenemos la capacidad de cambiarlas. Con la "muerte de la ley" se presenta el compromiso de asumir nuevas formas de considerar al derecho; lo que no podemos permitir es el estancamiento en figuras arcaicas que no aportan nuevas y mejores soluciones a los problemas contemporáneos.

7.2.2 Propuesta de renovación de la concepción del derecho en la posmodernidad

Nietzsche afirma la unidad del hombre con la naturaleza, el desarrollo de la subjetividad libre, es decir, no sujeta a sociedad o religión, en el terreno de lo natural que es el verdadero hogar del hombre. La unificación llega al punto de negar a la *humanitas* el carácter que distingue al hombre de lo natural, o dicho de otro modo, a afirmar que "el hombre es completamente naturaleza en sus más altas y nobles fuerzas". La *humanitas* es, pues, "naturaleza", un "tremendo rasgo del hombre", el rasgo de la crueldad, del "placer felino de la aniquilación" que "a los que manejamos el débil concepto de la moderna *humanitas* nos debe llenar de terror".¹²

El derecho debe recuperar su sentido "vital" como motor que impulse a conseguir una mejor vida para las personas que crean y creen en sus instituciones, con el fin de lograrlo se debe dejar de desdeñar la naturaleza del ser humano: impulsiva, cruel y vengativa, pero también amorosa y solidaria. La razón y la intuición deben ir de la mano, ya hemos vivido los excesos a los que se puede llegar si se va a los extremos de estas opciones, debemos equilibrar las posturas y no negarnos la oportunidad de hacer lo que sea necesario en aras de una mejor calidad de vida.

Coincidiendo con **Villoro Toranzo** cuando expresa que **Dilthey** hace de la intuición algo irracional y de carácter exclusivamente emotivo y

¹² **Rafael Gutiérrez Girardot**, *Nietzsche y la filología clásica. La poesía de Nietzsche*, Panamericana, Colombia, 2000, pág. 103.

afectivo, los racionalistas que rechazan su existencia porque ven en ella un peligro de caer en el subjetivismo y el fin de todo conocimiento científico. Algo hay de verdad en ambas interpretaciones extremas pero, como tantas veces ha acontecido en la historia de las ideas, se ha exagerado lo verdadero hasta la negación de otros aspectos que se creían contradictorios cuando en realidad son complementarios.¹³

La discrepancia surge en la forma como establecemos el inicio del conocimiento, ésta se centra en cuestiones de carácter gnoseológico que escapan a los límites que nos presenta este trabajo. Queremos apuntar que la forma de conocimiento que se pretenda seguir será coincidente con la visión de mundo que cada quien tenga, lo que no podemos permitirnos es la falta de honestidad intelectual que dificulta la comprensión del pensamiento que se nos expone y no permite la crítica sana en aras de compartir visiones que, aunque divergentes, pueden coincidir en algunos puntos permitiendo una mejor organización social.

7.2.3 Derecho como arte

Nietzsche señala en su aforismo 788: “Nuestra religión, nuestra moral y nuestra filosofía son formas de la decadencia del hombre. El “movimiento opuesto” es el “arte”.¹⁴ De acuerdo con lo anterior debemos recuperar esa capacidad creativa del derecho como arte.

Conforme al *Diccionario de la Lengua Española* el arte es virtud, disposición y habilidad para hacer alguna cosa. Acto o facultad mediante los cuales, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando.¹⁵ No debemos temer a la imaginación, la mayoría de las veces la realidad supera las abstracciones que de ella hacemos, hay que retar al intelecto y a la intuición, no temer a las corazonadas ni a nuestros sentimientos, no debemos limitar las pasiones con ayuda de la razón, sino permitir que razón y pasión convivan y así, seremos menos severos con nosotros mismos y con los demás.

El lenguaje originario —en general, el lenguaje hablado— es una abstracción y un olvido. Esto hace que las relaciones entre arte y filosofía,

¹³ **Miguel Villoro Toranzo**, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1999, pág 27.

¹⁴ **Friedrich Nietzsche**, *La voluntad de poderío*, trad **Aníbal Froufe**, Biblioteca EDAF, España, 1998, pág 429.

¹⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, edición en CD-ROM, 21a ed, Espasa-Calpe, Madrid, 2000.

entre mito y ciencia, se vuelvan menos nítidas. No es necesario establecer barreras entre las conexiones de las ciencias, las artes, la filosofía y lo místico, si eso lejos de favorecer un desarrollo vital nos encierra en un cuarto lleno de culpas y temores que nosotros mismos hemos formado, ¿qué caso tiene?, ¿qué tipo de seres humanos queremos ser? y ¿qué tipo de relaciones y sociedades queremos formar?

Filosofía y ciencia se presentarían así como abstracciones que se han delimitado en el ámbito del lenguaje mítico-retórico; pero el lenguaje (mítico-científico) es por esencia retórico, y por tanto, analógico, metafórico, mitológico, en una palabra, estético (artístico). El intelecto, como medio para conservar al individuo, desarrolla sus fuerzas principales en la ficción.

El problema del lenguaje y la interpretación lleva implícita la frase: "Todo lo profundo ama la máscara". Hay una hermenéutica infinita cuyo vehículo es el lenguaje. El conocimiento es interpretación no explicación. Si todo es interpretación, no perdamos la oportunidad de ofrecer interpretaciones audaces que cuestionen los paradigmas.

De establecer dogmas, el primero sería *duda*, pero con ese afán de destrucción, de ánimo de no dejar ni una piedra en pie, con la finalidad de ver si efectivamente las estructuras que sometemos a reflexión se derrumban, si no lo hacen debemos seguir construyendo sobre las bases sólidas de esos edificios, si lo hicieran, debemos aprender por qué y no pretender imponer la base de arena que se derriba ante los primeros vientos.

El derecho, como creación humana, no debe detenerse ante actitudes anacrónicas de fe en la "leyes" que ya no rinden fruto, revisemos las estructuras, resaltemos las virtudes del buen uso del lenguaje, el exquisito estilo literario que se permite en el derecho. Los tecnicismos y los disfraces metodológicos no siempre dan resultado, atrevámonos a destruir, crear y conservar.

El derecho como arte debe responder a lo que **Nietzsche** postulaba y que podemos resumir de la manera siguiente:



¿Cómo puede lo racional nacer de lo irracional, la lógica de lo ilógico, la contemplación desinteresada de la contemplación ávida, el altruismo del egoísmo? Nos enfrentamos aquí con el problema del nacimiento de los opuestos, no se trata de un antagonismo u oposición sino más bien de una sublimación.

El fundamento de la metafísica y de toda la filosofía dogmática es una simple superstición popular que se remonta a épocas inmemorables, quizás algún juego de palabras, una seducción de la gramática o una generalización audaz de datos que son de hecho mucho más limitados, muy personales, muy humanos, demasiado humanos.¹⁶

La filosofía es el lenguaje de esta mentira necesaria: el hombre en sí mismo es este lenguaje. Toda filosofía oculta otra filosofía, toda opinión es un escondrijo, toda palabra una máscara. El derecho debe responder a la naturaleza del ser humano, ayudar a desenmascarar lo necesario y dejar encubierto lo evidente, mucho de lo místico toma su fuerza de lo oculto y lo incomprensible.

¹⁶ Ideas tomadas de la obra de **Friedrich Nietzsche** *Humano, demasiado humano*, 13a ed, trad **Carlos Vergara**, Edaf, Madrid, 2000.

Si quisiéramos extrapolar el pensamiento nietzscheano al derecho tendríamos que el devenir es la forma como se ha manifestado el derecho a través del tiempo, sin origen ni finalidades trascendentales, sólo como una forma funcional y pragmática que ha sustentado la estructura de organización y convivencia de las sociedades. El ser humano interpreta, de este modo, si vemos las dos caras de la misma moneda apolíneo-dionisiaco, tenemos por un lado lo apolíneo representado por la ley, el Estado y las instituciones, y lo dionisiaco por la interpretación y argumentación que deben servir de contrapeso a las excesivas funciones que se pueden atribuir los que ejercen el poder si no se revisa el contenido de las creaciones artificiales que permiten su permanencia.

De esta manera, siguiendo una “filosofía de la sospecha” no debemos temer a supervisar la forma en que se elaboran las estructuras, como son las políticas jurídicas, la relación con la sociología y la economía, etc, la destrucción de valores inservibles no debe preocuparnos ya que recordaremos la forma en que los creamos y los podemos sustituir.

Lo que hemos expuesto puede representarse de la manera siguiente:



La “naturalización” del ser humano se hace posible ante todo si se reconocen los “cuatro errores”:

1. El ser humano es incapaz de verse a sí mismo de un modo completo.
2. Se atribuye cualidades extraordinarias.
3. Tiene una falsa localización jerárquica respecto del animal y de la naturaleza.
4. Establece continuamente y al azar tablas de valores a las que considera eternas e incondicionadas.

Comprender qué es, en un juicio de valor, lo perteneciente a la perspectiva, es decir, el desplazamiento, la deformación y la aparente teleología de los horizontes; entender cuál es la dosis de estupidez en la confrontación de los valores opuestos y la pérdida intelectual con que se paga todo pro y todo contra.

Además hay que comprender la necesaria injusticia de todo pro y de todo contra, la injusticia como algo inseparable de la vida, la vida misma condicionada por la perspectiva y por la injusticia. En cada caso, lo único que es imposible es la racionalidad. Hay, es verdad, un poco de razón; pero la sabiduría forma parte de todas las cosas justamente por amor a la locura.

En opinión de **Recaséns Siches**: “El Derecho como realidad es un arte práctico, una técnica, una forma de control social. Por lo tanto, de ese utensilio, que el Derecho es, no se puede predicar ni el atributo de verdad ni el de falsedad, porque el Derecho no es un ensayo de conocimiento, ni vulgar ni científico”.¹⁷

Dentro del derecho como arte tenemos que lo importante es la técnica de pensar sobre los problemas, la cual se desarrolló en el seno de la retórica, o sea del arte de la persuasión. La retórica dialéctica toma como punto de partida el sentido común, el cual va intuyendo el camino en el campo de las verosimilitudes, y se guía por la prudencia humana. Por todo eso adiestra la imaginación, enseña a considerar las circunstancias

¹⁷ **Luis Recaséns Siches**, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000, pág 251.

desde muy diversos aspectos y trabaja ponderando la respectiva fuerza de convicción de cada uno de los varios puntos de vista que encuentra y ensaya. Se trata del arte de los debates y de las deliberaciones, para averiguar cuál, entre varias opiniones diferentes, tiene un mayor peso de convencimiento.¹⁸

El pensamiento sobre problemas se origina en la consideración de los problemas concretos, sin dejarse influir por una doctrina total preconcebida. El espíritu del pensamiento sobre problemas radica en la penetrante visión de que el jurista inevitablemente se encuentra con cuestiones abiertas, esto es, no resueltas previamente ni siquiera de un modo implícito. Es decir, esta actitud se encuentra con la correcta visión de que los problemas humanos no pueden encontrar solución dentro de la cárcel de un sistema dogmático. Por eso, uno se siente urgido, una y otra vez, de evadirse de esa cárcel sistemática.¹⁹

7.2.4 La verdad en el derecho

Uno de los problemas que se presenta en el derecho al momento de su aplicación es la concepción que se tiene de la verdad, la cuestión es cómo lograr la imparcialidad ante lo relativo o incluso imposible del conocimiento de los hechos tal y como sucedieron. Llega el momento en que los hechos se reducen a interpretaciones y el juzgador se encuentra perdido en un laberinto de palabras. A manera de ejemplo citaremos la obra de **Michele Taruffo**, *La prueba de los hechos*, para reflexionar cómo, en el caso de Italia, los procesalistas tratan de resolver el problema de la verdad en la solución de controversias.²⁰

La idea de que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos está difundida en todas las culturas jurídicas. El problema es que el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos en el proceso y para qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. El

continúa

¹⁸ *Ibidem*, pág 260.

¹⁹ *Ibidem*, pág 261.

²⁰ Apartado desarrollado conforme a lo expuesto en **Michele Taruffo**, *La prueba de los hechos*, trad **Jordi Ferrer Beltrán**, Trotta, Madrid, 2002, págs 25, 26, 33, 34, 51 a 53 y 59.

continuación

problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general y al proceso civil en particular.

Taruffo cita como ejemplo la corriente *Critical legal studies*, que ha llevado hasta el extremo del análisis crítico de las implicaciones metodológicas de la doctrina tradicional, esa corriente parte de premisas anti-realistas, es decir, de la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno. A partir de aquí, se obtiene un subjetivismo radical de tendencia idealista, según el cual, precisamente, no se puede hablar de conocimiento objetivo y racional de la realidad; en consecuencia, no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico sino únicamente decisiones individuales y valorativas. Así, resulta evidente la exclusión de toda posibilidad de determinación aceptable de los hechos en el ámbito del proceso.

La concepción retórica del proceso racionaliza y lleva al extremo el punto de vista del abogado dándole lo que puede parecer un fundamento teórico. Esa concepción ha elaborado además una estrategia defensiva que no carece de interés, según la cual los conceptos “no retóricos” como el de “determinación” o de “verdad de los hechos” no serían otra cosa que expresiones dirigidas a disfrazar el hecho de que no existen fenómenos de conocimiento sino sólo de persuasión.

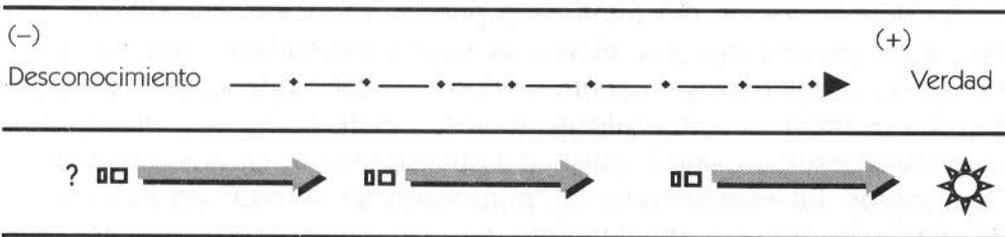
— La determinación del significado puede producirse únicamente dentro del propio lenguaje, sin referencia alguna a la realidad empírica (cuya existencia queda necesariamente en duda) y desencadena, en consecuencia, el mecanismo de la semiosis ilimitada, es decir, del continuo e infinito reenvío desde un dato lingüístico a otro en un intercambio continuo de significados. En este sentido, la “pretensión de verdad” no es más que una parte del discurso, un elemento del mensaje enviado por el narrador, pero obviamente no dice nada acerca de la veracidad de la narración.

Está claro que no toda la teoría de la verdad como correspondencia es sostenible, pero hay al menos una concepción de la verdad como correspondencia que parece aceptable: la concepción “semántica” de **Tarski**. Así pues, existe la posibilidad teórica de evitar la escisión total entre

el lenguaje y la realidad empírica y de hablar sensatamente de una verdad como correspondencia, es decir, de una verdad que no se reduce de forma exclusiva a la coherencia interna del discurso o del sistema de conceptos que éste utiliza. De esa forma, se podrá discutir y delimitar el alcance del concepto de correspondencia, pero sigue siendo posible evitar considerar como un discurso sin sentido a todo aquel que aspire a “hablar racionalmente de la realidad” en términos de verdad de las aserciones sobre hechos.

La teoría semántica de la verdad como correspondencia sirve para definir el concepto de verdad, mientras que las otras concepciones ofrecen distintos criterios posibles para determinar la verdad, útiles en función del contexto en que se plantee el problema de la verdad.

En el ámbito de cualquier versión relativista de la verdad, para la que dado un sistema de referencia existen grados o medidas de conocimiento, parece inevitable que estos grados se sitúen a lo largo de una escala o una dimensión en la que puedan ser ordenados, distinguidos y comparados. En un extremo está el desconocimiento y el extremo opuesto puede ser representado por la verdad absoluta; lo que permanece inalterable es que esta última es sólo un punto de referencia teórico, un valor tendencial que no puede ser concretamente realizado, pero que, sin embargo, sirve para determinar y para orientar los valores “relativos” concretos. Un grado de conocimiento es un “grado” en la medida que se sitúa en algún punto intermedio entre el desconocimiento y el conocimiento de la verdad absoluta de algo; se determina en positivo en función de la distancia respecto del extremo del desconocimiento y en negativo en función de la distancia respecto del extremo de la verdad absoluta.²¹



Puede haber distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta, partiendo de un grado 0 y aumentando la

²¹ *Ibidem*, págs 179 y 180.

aproximación a medida que aumentan los elementos de conocimiento a favor de la hipótesis de que la descripción se corresponde con la realidad. Este tipo de discurso adquiere un valor especial si está referido a la determinación de los hechos en el proceso.²²

La asunción de la verdad absoluta, como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la función del valor límite, permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que se acaba por llamar “verdadero” a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien se llama “no verdadero” a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados.

El grado de credibilidad no depende nada más del fundamento científico o argumentos que respaldan una afirmación, sino que de hecho está influenciado por diversos factores no científicos, como son el medio ambiente, los deseos, simpatías, antipatías, tanto conscientes como inconscientes, los prejuicios de nuestra formación cultural, y las ideas y actitudes propias de nuestra posición filosófica y religiosa.

Desde la perspectiva de **Taruffo**, la relación entre prueba y verdad se plantea en términos bastante claros: la prueba es el instrumento del que disponen las partes y el juez para determinar en el proceso si se pueden o no considerar como verdaderos los enunciados relativos a los hechos principales del caso, bajo la premisa de que en el proceso es posible, con criterios racionales, obtener una aproximación adecuada a la realidad empírica de esos hechos.²³

El verdadero problema no es si se debe o no buscar la verdad de los hechos en el proceso y tampoco si la verdad puede o no ser alcanzada en abstracto, sino comprender cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de la decisión. Ésta es una opción funcional de la forma en cómo debe ser aplicado el derecho.

²² Ibidem, págs 180 y 181.

²³ Ibidem, pág 525.

7.2.5 Reflexiones finales

El sentido de las múltiples y continuas críticas de **Nietzsche** a la cultura occidental no es el de una búsqueda de la verdad más originaria —la de la vida—, sino el de un simple ejercicio de desmontaje de cualquier tipo de totalizaciones sin intención alguna de sustituirlas por otras más verdaderas y originarias.

Como objetivo de la crítica de **Nietzsche** está cualquier sacralización de un *éthos* en el que se plasmen códigos de comportamiento personal o formas de organización política que tiendan a configurarse y a imponerse como verdadera esencia de la naturaleza humana o como verdadera totalización de los intereses sociales. Si algo distingue a la figura del nihilista activo es su permanencia en el descreimiento sin más, o sea, en que no sustituye el deber ser de la verdad o de la ética con nuevas verdades o nuevos valores, sino que ese deber ser es sustituido por la negativa a seguir hablando de verdades y valores, a seguir introduciendo la perspectiva de la verdad y del valor.²⁴

El superhombre no sería sino el hombre que se ha liberado ya de creer en los metarrelatos de salvación montados en los conceptos de verdad y de valor como absolutos, y que, por tanto, puede ver en la ciencia o en la moral meras instancias pragmáticas en las que actúa una concurrencia de intereses y de derechos.

Nietzsche sugiere un tipo de organización política en la que el vínculo de subordinación o de pertenencia de los individuos al sistema sería un mero contrato libremente firmado, y no la subordinación basada en una jerarquía verdadera y justificada por una visión filosófico-teológica de la historia y la sociedad. Cuando **Nietzsche** afirma que lo propio del superhombre es la liberación de todas las ataduras de la metafísica y de la moral tradicionales, esto significa: ante un dogma, una ley, una consigna política o una norma moral cualquiera, el individuo ya no ve en todo eso más que el poder contingente e interesado de quien lo afirma. Ya no ve en ellos la encarnación de una verdad o de un destino que le llevará a una perfección originaria liberándole de su alineación. Por tanto, el superhombre es, en efecto, el hombre liberado, pero en cuanto que ya no cree esos metarrelatos de salvación, sino que ve en el mundo y en la sociedad

²⁴ **Friedrich Nietzsche**, *Sabiduría para pasado mañana: Selección de fragmentos póstumos*. (1869-1889), trad J.L. López y López de Lizarga y Sascha Pablo Koch, Tecnos, Madrid, 2000, págs 20 y 21.

meras organizaciones pragmáticas en las que luchan y se hacen la competencia una multiplicidad de intereses y de derechos.²⁵

Debemos recordar para qué crearon otros lo que ahora utilizamos y si no nos funciona no temer a cambiarlo ni a construir nuevas formas de organización como lo hicieron en otras épocas nuestros antepasados, no nos quedemos en el “todo es vano”, veamos qué es útil para seguir adelante y qué es lo que nos hace falta para alcanzar una vida que sea digna de ese nombre.

Las sociedades pluralistas actuales —aquéllas marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para ser exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado— dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.²⁶ Es una oportunidad valiosa que sólo la brinda la pluralidad y la divergencia de opiniones.

La asimilación del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencia posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo.²⁷ Las abstracciones siempre encuentran un límite y es cuando regresan al punto de partida que no es otro más que la mente del ser humano.

La filosofía del derecho de la posmodernidad debe estar determinada por la preocupación por el derecho, esto significa la preocupación por el hombre, aún más, la preocupación por la vida en todas sus formas.²⁸

No hay un solo hombre que no interprete, ya que el ser humano es por naturaleza “retórico”. Vivir e interpretar son idénticos para el ser humano. La conclusión natural de la genealogía nietzscheana reside en la “transmutación de todos los valores”. Transmutar todos los valores significa revelar ante sí misma la fuerza interpretativa de la vida, o sea, desen-

²⁵ *Ibidem*, pág 22.

²⁶ **Gustavo Zagrebelsky**, *El derecho dúctil*, 5a ed, trad **Marina Gascón**, Trotta, España, 2003, pág 13.

²⁷ *Ibidem*, pág 14.

²⁸ **Arthur Kaufmann**, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 2a ed, trad **Luis Villar Borda**, Themis, Colombia, 1991, pág XII.

trañar la naturaleza última del ser humano, su naturaleza hermenéutica, para volver a colocarla en un nuevo horizonte de libertad.

El mismo espíritu libre es el que pregunta: ¿se pueden invertir todos los valores?; ¿si el bien fuera el mal? Dentro de esta parábola, el nuevo "filosofar histórico" y, por ende, la genealogía entendida como filosofía de la sospecha llegan a su consecuencia extrema y más importante en la medida que anuncian justamente la "muerte de Dios" y, por consiguiente, del fundamento último de todo valor que quiera proponerse en términos absolutos.²⁹

Lo importante es no dejar de reflexionar, de sospechar de lo ya dado, y sobre todo, desde la docencia enseñar a los alumnos a ser insolentes, hay que saber respetar a las instituciones siempre y cuando éstas se ganen ese respeto. El derecho como profesión del jurista es una de las labores más nobles, precisamente ahí es donde debe prevalecer más que nunca la libertad de opinión y las discusiones profundas, la difusión de los pensamientos no debe cesar, la relación mística con el derecho se engalana con la literatura que permite la belleza creativa de la expresión.

Concluimos el presente trabajo con una invitación: siempre sospeche. No dude en dudar. Como seres humanos cuya vida desde el inicio rompe el silencio, lo que menos podemos permitirnos es permanecer callados. Someto las reflexiones aquí planteadas a la crítica y a la discusión, en ningún momento se pretendió establecer verdades absolutas, simplemente es un experimento en el cual se conjugaron la filosofía de **Nietzsche** y la visión del derecho hasta la posmodernidad para someter con el método genealógico la concepción jurídica actual.

Una reflexión final: El ser humano al nacer cuenta con tres sentimientos: amor, miedo e ira, al mezclarse entre sí originan un cúmulo de sentimientos derivados. Así como el ser humano desarrolla estas sensaciones tenemos que, plasmándolas en el ámbito jurídico, el amor es el derecho familiar, el miedo es la teoría de las obligaciones y la ira es el derecho penal. No podemos negar los rasgos dionisiacos en nuestras propias creaciones, la pulcritud con que se expre-

continúa

²⁹ Véase **Carlo Sin**, *Semiótica y filosofía*, Colección Hachette Universidad, Buenos Aires, 1985, págs 109 a 111.

continuación

san la logramos con la parte apolínea que prevalece en nuestra forma de pensar, pero por más que nos esmeremos en negar nuestra naturaleza, ésta siempre emergerá y nos recordará que si existe la esencia, ésta no es más que la “música” que marca el ritmo de nuestra existencia, que mezcla de manera equilibrada lo apolíneo y lo dionisiaco, y que sobre todo es arte.

Ya lo dijo el Zaratrusta de **Nietzsche** en *La segunda canción del baile*, queda ahí la invitación a asumir el riesgo del pensar peligroso:³⁰

¡Una!

¡Oh hombre! ¡Presta atención!

¡Dos!

¿Qué dice la profunda medianoche?

¡Tres!

“Yo dormía, yo dormía,

¡Cuatro!

de un profundo soñar me he despertado:

¡Cinco!

El mundo es profundo.

¡Seis!

Y más profundo de lo que el día ha pensado.

¡Siete!

Profundo es su dolor.

¡Ocho!

El placer es más profundo aún que el sufrimiento:

¡Nueve!

El dolor dice: ¡Pasa!

¡Diez!

Mas todo placer quiere eternidad,

¡Once!

¡quiere profunda, profunda eternidad!”

¡Doce!

³⁰ Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratrusta*, trad Andrés Sánchez Pascual, Ediciones Alaya, España, 2000, págs 312 y 313.

Autoevaluación

1. Elabore un concepto personal de posmodernidad y modernidad. _____

2. Haga un cuadro de distinción entre el pensamiento de **Habermas**, de **Lyotard** y de **Vattimo** en torno a la posmodernidad. _____

3. Manifieste su conformidad o inconformidad respecto a la postura de los autores tratados. _____

4. Explique por qué es importante estudiar la posmodernidad en el curso de filosofía del derecho. _____

5. En su opinión, ¿qué tipo de derecho debe prevalecer en la posmodernidad? _____

Fuentes de consulta

- AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, 2a ed, trad **Pablo Larrañaga**, Fontamara, México, 2000.
- APPIGNANESI, Richard, *Posmodernismo para principiantes*, trad **Guillermo Sabanes**, Era Naciente, Buenos Aires, 2002.
- ARNAUD, André-Jean, *Entre modernidad y globalización*, trad **Natalie González Lujore**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 3a ed, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- , *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.
- , *El derecho como argumentación*, cátedra de **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2004.
- , *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, núm 6, Bogotá, 1998.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2003.
- , *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000.
- BIELSA, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961.

- BOURDIEU, Pierre y Gunther TEUBNER, *La fuerza del derecho*, trad **Carlos Morales de Se-tián Rabian**, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Bogotá, 2002.
- BROWN, Stuart y otros, *Cien filósofos del siglo xx*, trad **Juan José Utrilla**, Editorial Diana, México, 2001.
- BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Logos, Bogotá, 1957.
- , *Crisis y reconstrucción de la filosofía*, trad **Rafael González del Solar**, Gedisa, Barcelona, 2002.
- BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.
- CÁCERES NIETO, ENRIQUE, *¿Qué es el derecho?*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura y UNAM, México, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, trad **Ángel Osorio**, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1940.
- CHALMERS, Alan F., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, trad **Eulalia Pérez Sedeño y Pilar López Máñez**, Siglo XXI, México, 1999.
- CHANDLER, Daniel, *Semiótica para principiantes*, Eds. Abya-Yala, Quito, 1999.
- COLLI, Giorgio, *Después de Nietzsche*, 2a ed, trad **Carmen Artal**, Anagrama, Madrid, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad **Pablo Larra-ñaga**, Fontamara, México, 1999.
- CORREAS, Óscar, *Introducción a la crítica de derecho moderno (esbozo)*, Fontamara, Méxi-co, 2000.
- , *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993.
- , *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1998.
- DELFGAAUW, Bernard, *Filosofía del siglo xx*, México, Promexa, 1979.
- DILTHEY, Wilhem, *Historia de la filosofía*, trad **Eugenio Imaz**, FCE, México, 1975.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2a ed, Trotta, Madrid, 1997.
- FLORES, Imer B., "El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el dere-cho", en *La ciencia del derecho durante el siglo xx*, Instituto de Investigaciones jurí-dicas, UNAM, México, 1998.
- FOUCAULT, Michel, *Estrategias de poder*, vol II, trad **Julia Varela y Fernando Álvarez-Uria**, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.
- , *Estética, ética y hermenéutica*, vol III, trad **Ángel Gabilondo**, Paidós, Barcelo-na, 1999.
- , *Nietzsche, la genealogía, la historia*, trad **José Vázquez Tellez**, Pretextos, Madrid, 1988.
- FRONDIZI, R., *¿Qué son los valores?*, FCE, México, 2001.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- , *Importancia de la teoría jurídica pura*, 2a ed, Fontamara, México, 1999.
- , *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 2001.
- , *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- , *Positivismo jurídico, realismo jurídico y iusnaturalismo*, 4a ed, UNAM, México, 1997.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (comp), *Derecho y filosofía*, 3a ed, trad **Carlos de Santiago**, Fontamara, México, 1999.
- GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso (perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico)*, 3a ed, UNAM, México, 1989.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología jurídica*, 4a ed, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1999.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Manual de filosofía social y ciencias sociales*, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
- , *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, 1998.
- GUTIÉRREZ GIRARDOT, Rafael, *Nietzsche y la filología clásica. La poesía de Nietzsche*, Panamericana, Colombia, 2000.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1999.
- , *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2003.
- , *Derecho civil para la familia*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad **Rolando Tamayo y Salmorán**, UNAM, México, 2000.
- HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, trad **Manuel Entenza**, Colofón, México, 1994.
- HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sandra Luz y Rosalío LÓPEZ DURÁN, *Técnicas de investigación jurídica*, 2a ed, Oxford University Press, México, 2000.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5a ed, trad **Genaro R. Carrió**, Fontamara, México, 2001.
- KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 2a ed, trad **Luis Villar Borda**, Themis, Colombia, 1991.
- KELSEN, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002.
- , *¿Qué es la justicia?*, 3a ed, trad **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2001.
- , *Teoría pura del derecho*, 12a ed, trad **Roberto J. Vernengo**, Editorial Porrúa, México, 2002.
- KUTHY PORTER, José y otros, *Temas actuales de bioética*, Editorial Porrúa-Universidad Anáhuac, México, 1999.
- LEFEBVRE, Henri, *Hegel, Marx, Nietzsche*, 10a ed, trad **Mauro Armíño**, Siglo XXI, México, 2001.
- LEVY-ULLMAN, Henri, *Introducción general al estudio de las ciencias jurídicas. La definición de derecho*, trad **César Camargo y Marín**, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1925.
- LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología jurídica*, Iure Editores, México, 2002.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad **Ignacio de Otto**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, trad **Mariano Antolín Rato**, Red Editorial Iberoamericana, México, 1990.
- , *La posmodernidad (explicada a los niños)*, trad **Agustín Izquierdo**, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

- MARDONES, J.M. y URSÚA N., *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Ediciones Coyoacán, México, 1999.
- MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 4a ed, Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.
- MONTALVO, Manuel, *Samuel Beckett*, Ediciones del Orto, Madrid, 2000.
- MORENO NAVARRO, Gloria, *Teoría del derecho*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, trad **Andrés Sánchez Pascual**, Ediciones Alta-ya, España, 2000.
- , *Aurora*, trad **Eduardo Knörr**, Edaf, Madrid, 1996.
- , *El caminante y su sombra*, trad **Carlos Vergara**, Edaf, Madrid, 1999.
- , *Humano, demasiado humano*, 13a ed, trad **Carlos Vergara**, Edaf, Madrid, 2000.
- , *La voluntad del poderío*, trad **Aníbal Froufe**, Edaf, Madrid, 1998.
- , *Sabiduría para pasado mañana. Selección de fragmentos póstumos (1869-1889)*, trad **J.L. López y López de Lizarga y Sascha Pablo Koch**, Tecnos, Madrid, 2002.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 5a reimp, trad **Ernesto Garzón Valdés**, Fontamara, México, 2002.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del derecho*, 7a ed, Duero, México, 1992.
- PALAZZANI, Laura, *Bioética y filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 4a ed, Oxford University Press, México, 2002.
- PHILIPP, Heck, *El problema de la creación del derecho*, trad **Manuel Entenza**, Colofón, México, 1994.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a ed, UNAM, México, 1997.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad **Wenceslao Roces**, FCE, México, 1997.
- RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.
- , *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3a ed, México, 1980.
- , *Tratado general de filosofía del derecho*, 15a ed, Editorial Porrúa, México, 2001.
- RÍOS ESTAVILLO, Juan José, *Derecho e informática en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, 6a ed, Editorial Porrúa, México, 1971.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a ed, Ediciones Universitaria, Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- SAUER, Wilhelm, *Filosofía jurídica y social*, trad **Luis Legaz Lacambra**, Labor, Madrid, 1933.
- SENIOR, Alberto F., *Filosofía del derecho*, edición particular, México, 1999.
- SIN, Carlo, *Semiótica y filosofía*, Colección Hachette Universidad, Buenos Aires, 1985.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 2002.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho* (introducción al estudio de la ciencia jurídica), 2a ed, Editorial Themis, México, 2001.

- , *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, UNAM, México, 1989.
- , *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 2003.
- , *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad **Jordi Ferrer Beltrán**, Trotta, Madrid, 2002.
- TORAINÉ, Alan, *Crítica de la modernidad*, 2a ed, trad **Alberto Luis Bixio**, FCE, México, 2002.
- VÁZQUEZ, Rodolfo y José María LUJAMBIO (comps), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, Fontamara, México, 2002.
- VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, trad **Teresa Oñate**, Paidós, Barcelona, 1991.
- , *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, trad **Alberto L. Bixio**, Gedisa, México, 1986.
- VIGO RODOLFO, Luis, *Interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho. El proceso de la razón y el derecho*, 4a ed, Editorial Porrúa, México, 1999.
- VINOGRADOFF, sir Paul, *Introducción al derecho*, 4a ed, trad **Vicente Herrero**, FCE, Chile, 1994.
- WALLERSTEIN, Immanuel (coord), *Abrir las ciencias sociales*, trad **Stella Mastrángelo**, Siglo XXI, UNAM, México, 2001.
- WITKER VELÁSQUEZ, Jorge y Rogelio LARIOS VELASCO, *Metodología jurídica*, 2a ed, McGraw-Hill Interamericana, México, 2002.
- WROBLEWSKI, Jerzy, "Los lenguajes del discurso jurídico" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm 14, UNAM, México, 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 5a ed, trad **Marina Gascón**, Trotta, España, 2003.
- ZEA, Leopoldo, *Introducción a la filosofía. La conciencia del hombre en la filosofía*, 9a ed, UNAM, México, 1983.

Diccionarios

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, trad **Alfredo N. Galletti**, FCE, México, 2000.
- Diccionario de la lengua española*, edición en CD-ROM, 21a ed, Espasa-Calpe, Madrid, 2000.
- Enciclopedia jurídica Omeba*, t VIII, Driskill, Buenos Aires, 1978.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, t II, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por **Joseph-Maria Terricabras**, supervisión de **Priscilla Cohn Ferrater Mora**, Ariel, Barcelona, 2001.
- SAWATER, Fernando, *Diccionario filosófico*, Planeta, Madrid, 1995.

Revistas

- Artículo "El derecho como imaginación", **Kahn W. Paul**, "The Cultural Study of the Law: Reconstructing Legal Scholarship", Yale University Press, Nueva Haven, 1999, trad **Daniel Bonilla**, *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa y Yale University Press, Barcelona, 2001.

Proceso, semanario de información y análisis, **Rafael Rodríguez Castañeda** (dir), edición especial 10/septiembre de 2002.

Revista Cauces, año I, núm 2, abril-junio de 2002.

Internet

www.cddhcu.gob.mx/2004

www.csc.azc.uam.mx/2004

www.economiaufm.edu.gt/2004

www.esmas.com/noticierostelevisa/2004

www.etcetera.com.mx/2004

www.globalizate.org/2004

www.infojuridicas.unam.mx/2004

www.lajornada.mx/2004

www.senadodelarepublica.gob.mx/2004

www.unam.mx/2004

Índice de materias

- Aarnio, Aulis**, 99, 139
- Abbagnano, Nicola**, 9, 19, 53, 57, 153, 157-158, 171
- Adorno, Theodore W.**, 12, 83
- Alexy**, 83, 95
- Alston**, 23
- Álvarez-Uría, Fernando**, 65
- Análisis filosófico de la posible clasificación de la ciencia jurídica, 53-58
- Antinomias, importancia de la solución de, 199-201
- Antolín Rato, Mariano**, 228
- Antropología filosófica, concepto de, 25
- Apel, K.O.**, 12, 99
- Apolo**, 225
- Appignanesi, Richard**, 48-49, 220
- Aristóteles**, 7, 12, 21, 25, 83, 97, 132-133
- Armiño, Mauro**, 152, 241
- Arnaud, André-Jean**, 169, 181
- Aspectos político-económicos en la concepción del derecho, 52-53
- Atienza, Manuel**, 28, 60, 62, 78, 88-89, 128, 155, 216
- Aubry**, 116, 118
- Autopoiesis, 81
- Avances científicos y tecnológicos en biomedicina, 43
- Axiología, concepto de, 24
- Aznar**, 36
- Bacon, Francis**, 209
- Bataille**, 228
- Baurillard, Jean**, 220
- Beckett, Samuel**, 124, 221
- Bentham, Jeremy**, 24, 56-57, 73, 209
- Berumen Campos, Arturo**, 21, 65, 83, 147
- Bidart, Germán J.**, 180
- Bielsa, Rafael**, 122-123
- Bien común, 165-166

- y mal, 152
- Bioética, definición de, 44
- Bixio, Alberto Luis**, 212
- Bobbio, Norberto**, 78, 89
- Bonesana, Cesare**, 205
- Bourdeau, George**, 210
- Bourdieu, Pierre**, 79, 82, 84, 87
- Bradley Thayer, James**, 124
- Braeton**, 208
- Brown, Stuart**, 23, 71, 73, 82-83, 85, 92, 220
- Bulygin**, 89
- Bunge, Mario**, 9, 100-102, 156, 180
- Bunoir**, 116, 118
- Burgoa Orihuela, Ignacio**, 176

- Cáceres Nieto, Enrique**, 121-122
- Camargo y Marín, César**, 115
- Campos del derecho, 31
- Carácter científico en la filosofía del derecho, 58-67
- Carnelutti, Francesco**, 10
- Carrió, Genaro R.**, 89, 124, 132
- Caso, Alfonso**, 18
- Categorías jurídicas
 - aplicables al derecho como un todo, 136-142
 - o conceptos fundamentales del derecho, 29
- César**, 116
- Chalmers, Alan F.**, 11
- Chandler, Daniel**, 90
- Cicerón**, 7, 97
- Ciencia
 - concepto de, 8-11
 - del derecho comparado, 60-61
 - jurídica, 30-31
 - análisis filosófico de la posible clasificación de la, 53-58
 - como una ciencia de aspectos humanos, el gran problema de la, 185-186
 - concepto de, 14-17
 - diversos niveles de la, 58-60
 - principales corrientes de la filosofía y de la, 69-101
 - poder y construcción de la, 63
- Cisneros Ruiz, Juan Carlos**, 42
- Clasificación
 - de la ciencia, 53-55
 - de los derechos de la persona humana, 182
- Clonación, definición de, 46-48
- Coacción, 140
- Códigos modernos, conformación de los, 204-205
- Coercibilidad, 140
- Cohen, G.A.**, 23
- Coke, Edward**, 208
- Colli, Giorgio**, 66
- Comanducci, Paolo**, 88
- Comportamiento humano y
 - comportamiento normativo, 55-56
- Comte, Auguste**, 12, 101
- Concepción del derecho en la posmodernidad, propuesta de renovación de la, 242-243
- Concepto(s)
 - de antropología filosófica, 25
 - de axiología, 24
 - de ciencia, 8-11
 - jurídica, 14-17
 - de Estado y de política, 32-34
 - de ética, 21
 - de filosofía, 6-8
 - analítica, 23
 - del derecho, 13-14
 - de gnoseología, 21
 - de lógica, 20
 - de metafísica, 19
 - de metodología, 21
 - de ontología, 19
 - de semiología, 24
 - de teleología, 25
 - jurídicos fundamentales, 131-148
 - que integran o estructuran la norma jurídica, 145-148
 - y categorías, 132-134
 - jurídicas, 135
- Conclusiones para llegar a una definición del derecho, 121
- Conducta social y ética, 153-155
- Conflicto de leyes
 - en el espacio, 198
 - en el tiempo, 197

- Consecuencias de derecho, 148
- Constant, Benjamín**, 111
- Correa, Sara**, 112
- Correas, Óscar**, 19, 64, 72, 79, 168, 173
- Corrientes contemporáneas de la filosofía del derecho, 87
- Cosmovisiones del mundo, 2
- Cotta, S.**, 29
- Cristo**, 223
- Cruz, Sebastián**, 113
- Cultura y valores, 160
- de Aquino, santo Tomás**, 7, 100
- de Otto, Ignacio**, 80
- de Santiago, Carlos**, 161
- de Saussure, Ferdinand**, 24, 90, 92
- Deberes fundamentales de los estados de derecho, 175-179
- Declaración d los derechos humanos y su crítica, 179-180
- Definición(es)
- de bioética, 44-45
 - de clonación, 46-48
 - de derecho, 70, 103-129
 - de informática jurídica, 37-39
 - doctrinarias, 116-120
- Del Vecchio**, 13, 127
- Deleuze, Guilles**, 220
- Deliberación jurídica, 96
- Derecho(s)
- aspectos político-económicos en la concepción del, 52-53
 - carácter científico en la filosofía del, 58-67
 - categorías jurídicas o conceptos fundamentales del, 29
 - como argumentación, 128-129
 - como arte, 243-248
 - como manifestación cultural, 162
 - como palabra, 122-127
 - comparado, ciencia del, 60-61
 - conclusiones para llegar a una definición del, 121
 - de la persona humana, 182
 - definición de, 114
 - definiciones del concepto de, 70
 - del hombre y del ciudadano en los Estados de derecho, 181-182
 - en la posmodernidad, 219-241
 - explicación y fundamento de una posible definición o concepción del, 112
 - filosofía analítica del, 88
 - filosofía del, 63
 - formas de abordar el, 31
 - humanos y su papel en el orden mundial, 181-183
 - niveles del lenguaje en el, 59
 - noción y posible definición del, 28
 - sistemática y técnica jurídica en el, 60
 - teorías del, 61-62
 - tipos de definiciones de, 107-110
 - tipos ideales de, 27
- Derrida**, 228
- Descartes**, 7, 132
- Determinismo e indeterminismo, 152
- Dewey**, 158
- Diké**, 113-114
- Dilthey**, 83, 242
- Dione**, 114
- Dionisos**, 224-225
- Directivas de la interpretación constitucional, 213-215
- Disposición jurídica, 148
- Distinción entre filosofía y ciencia, 11-12
- Diversos niveles de la ciencia jurídica, 58-60
- Dogmática jurídica, 202
- Dray**, 23
- Duguit**, 117-118
- Durkheim, Emile**, 12, 79, 80
- Dworkin**, 23, 95, 99, 214
- Eco, Humberto**, 91
- Eduardo I**, 206
- Eficacia, 139
- Ehrlich, Eugene**, 79
- Elementos de una definición del derecho, análisis de los, 106-112
- Entenza, Manuel**, 106, 186
- Equidad, 169-170
- Escudero, J. Francisco**, 110
- Escuelas de interpretación jurídica, revisión filosófica de las, 187-190

- Estado
 como orden jurídico y como persona jurídica, 34
 legislativo, del, al Estado constitucional, 215-216
 y política, conceptos de, 32-34
- Estimativa jurídica, 151-182
 y proyección de los valores en el mundo de lo jurídico, 164
- Estructura formal de la norma jurídica, 147
- Estructuralismo, 92
- Estuardo**, 208
- Ética
 concepto de, 21
 judicial, principios rectores de la, 156
 y conducta social, 153-155
 y derecho, axiología y teleología como ramas de la filosofía, 152
- Explicación de las nociones: filosofía, ciencia, filosofía del derecho y ciencia jurídica, 5-17
- Ferrajoli, Luigi**, 157, 177, 210
- Ferrater Mora, José**, 7, 19, 24, 63, 104, 132, 152
- Ferrater Mora, Priscilla Cohn**, 7, 104
- Ferrer Beltrán, Jordi**, 248
- Fichte**, 83
- Filosofía
 analítica
 del derecho, 88
 concepto de, 23
 concepto de, 6-8
 del derecho, 63
 carácter científico en la, 58-87
 concepto de, 13-14
 corrientes contemporáneas de la, 87
 nuevos temas de la, 37-53
 problemas actuales de la, 100-101
 su ubicación en la filosofía y sus relaciones con la ciencia jurídica, 1-68
 temas clásicos de la, 26-31
 teoría del Estado y ciencia política, 31-37
 principales corrientes de la ciencia jurídica y de la, 69-101
 y ciencia, diferencias, 11
- Fines, 152
- Flores, Imer B.**, 12
- Foot**, 23
- Forma de Estado, 34
- Formalismo jurídico, 78
- Formas de abordar el derecho, 31
- Foucault, Michel**, 65, 99, 109, 228
- Franco**, 36
- Froufe, Anibal**, 243
- Fundamentación de los derechos humanos, 174
- Fundamentos constitucionales de los Estados de derecho, 210-216
- Gadamer, H.G.**, 12, 91, 95
- Galileo**, 12
- Galletti, Alfredo N.**, 153
- Garantías individuales y sociales, 175-179
- García Máynez, Eduardo**, 11, 18, 26, 57, 78-79, 85, 89, 102, 108, 127, 141, 143, 145, 158, 164-165, 167, 188, 192, 202
- Garfias, Galindo**, 199
- Garzón Valdés, Ernesto**, 28, 76, 110, 161
- Gascón, Marina**, 34, 253
- Gastón, M.**, 117-118
- Genoma, 48-52
- Giménez, Gilberto**, 119
- Giuliani**, 95
- Globalización, 53
- Gnoseología
 concepto de, 21
 jurídica, 104
- Golmann, Lucien**, 12
- Gómez Pérez, Rafael**, 175
- González del Solar, Rafael**, 101, 156
- González Lujore, Natalie**, 169
- González Uribe, Héctor**, 13, 70, 107, 160, 211
- Gorgias**, 240
- Grados de certeza psicológicos, 3
- Grocio, Hugo**, 63, 73
- Guastini**, 89

Guattari, Félix, 220
 Gutiérrez Girardot, Rafael, 242
 Gutiérrez y González, Ernesto, 34, 52,
 121, 141

Habermas, Jünger, xiv, 12, 83, 84-85,
 99, 222-229, 237-238, 241, 241

Hall, Jerry, 47

Hare, 23

Hart, H.L.A., 23, 89, 95, 100, 154

Hecho jurídico, 147

Hegel, 21, 63, 82-83, 152

Heidegger, 91, 223, 228-238, 240

Hernández Estévez, Sandra Luz, 15

Hernández, Preciado, 110

Herrero, Vicente, 117

Hesiodo, 113

Hipócrates, 43

Hirst, 23

Hitler, Adolf, 28

Hobbes, 157, 209

Höfding, 18

Hohfeld, W.N., 124, 132, 135, 136

Hombre (antropología filosófica), cultura
 y valores, 159-161

Homero, 113

Horkheimer, 83

Identidad del Estado con el derecho, 34

Igualdad, 170-171

Ihering, 117-118

Informática jurídica, definición de, 37-
 39

Internet

antecedentes y regulación, 39-40

en México, 42

posible regulación de, 42

Iusnaturalismo, 71-73

referencias históricas del, 72

Iustitia, 114

Izquierdo, Agustín, 7, 180, 220

Jacobo I, 208

Jefferson, 210

Jellinek, 153-154

Joyce, James, 124, 221

Juan sin Tierra, 206

Juicio de elección, 96

Júpiter, 113-114

Jurisprudencia técnica

o sistemática y técnica jurídica, 185-
 216

problemas que estudia la, 196-199

revisión filosófica de los problemas de
 la, 190-201

Jusmarxismo, 82-85

Jusnaturalismo y iuspositivismo frente al
 problema de los derechos
 humanos, 175-180

Justicia, 166-168

Justiniano, 115

Kahn, Paul W., 162-164

Kant, 7, 83, 117-118, 132-135

Kaufmann, Arthur, 95, 253

Kelsen, Hans, 15-16, 33, 55, 64, 74-77,
 93, 95, 110, 116-117, 119, 138-
 139, 141, 144-145, 167-168,
 200

Khun, T.S., 12

Knör, Eduardo, 109

Kriele, 95

Kuthy Porter, José, 29, 43, 49

Lacan, 228

Lara Sáenz, Leoncio, 15

Larios Velasco, Rogelio, 71, 79, 83, 88,
 91

Larrañaga, Pablo, 88, 139

Lefebvre, Henri, 152, 241

Legaz Lecambra, Luis, 159

Lenguaje y derecho, 110-112

Lévi-Strauss, 92

Levy-Ullman, Henri, 115-118

Ley

de los Institutos Nacionales de Salud,
 49

jurídica y ley natural, 57-58

muerte de la, 241-242

Libertad, 171-172

y necesidad, 152

Libre albedrío, responsabilidad jurídica,

nexo de imputación y su

diferencia con la imputabilidad,

172-173

Lógica, concepto de, 20

- López Durán, Rosalío**, 15, 61, 70, 83
López Máñez, Pilar, 11
Luhmann, Niklas, 79, 80, 82, 84, 99
Lujambio, José María, 89
Lytard, xiv, 5, 7, 9, 64, 180, 220-222, 228-229, 237-239, 241
- MacCormick**, 89
Mach, Ernst, 75
Mallarmé, 225
Mandujano, Ovilla, 139
Marcó Bach, Francisco Javier, 46
Mardones, J.M., 12
Margadant, Guillermo F., 72, 75, 204-205
Marshall, 208
Marx, 82-83
Mastrángelo, Stella, 65
Mauoris, 111
Medios de la retórica, 96
Metafísica, concepto de, 19
Metodología(s)
 concepto de, 21
 para definir el derecho, 104
Métodos para elaborar un lenguaje
 adecuado a la ciencia, 4
Michell, 23
Modernidad y posmodernidad, 219-241
Montaigne, 111
Montalvo, Manuel, 124
Morales de Setién Rabian, Carlos, 82
Moreno Navarro, Gloria, 61, 142, 187, 199-200
Mounin, 91
Muerte de la ley, 241-242
Müller, 95
- Napoleón**, 111, 204
Necesidad y libertad, 152
Nietzsche, Friedrich, xiv, 10, 35-36, 91, 101, 109, 125, 170, 222-228, 236-237-238, 240-245, 252, 254-255
Nino, 71, 89
Niveles del lenguaje, 91
 en el derecho, 59
Noción y posible definición del derecho, 28
- Norma(s), 137-139
 de conducta y leyes naturales, 57
Nuevos temas de la filosofía del derecho, 37-53
- Objeto(s)
 del derecho y de la ciencia del derecho, 15
 jurídico, 148
Olivecrona, Karl, 110, 112, 123
Ontología, concepto de, 19
Oñate, Teresa, 222
Orientación(es)
 formalista, historicista, naturalista, teológica y axiológica del derecho, 105
 positivista del derecho, 104
Ortega y Gasset, 152
Osorio, Ángel, 10
Ovilla Mandujano, Manuel, 79, 83
- Palazzani, Laura**, 44
Paradigmas de la interpretación jurídica
 judicial, 98-100
Parson, 80
Pastor García, Luis Miguel, 46
Peirce, 91
Peñuelas Reixach, Luis, 137, 195
Perelman, 95, 99
Pérez Sedeño, Eulalia, 11
Pereznieto Castro, Leonel, 15-16
Persona jurídica, 140-142
Peters, 23
Pfänder, 133
Philipp, Heck, 106, 186
Piaget, Jean, 12
Piaget-Kolhberg, 84
Pitágoras, 6
Planiol, 116
Platón, 6, 132
Poder y construcción de la ciencia, 63
Política jurídica, 30-31
Popper, Karl R., 12, 61
Posible clasificación de: bien común, justicia y seguridad jurídica, 165-169
Posible regulación de Internet, 42
Positivismo jurídico, 73-78

- Spranger**, 159
Stevenson, 23
Stillman, Robert, 47
Suárez, 63, 73
 Supuesto jurídico, 147
Swinbure, 23
- Tamayo y Salmorán, Rolando**, 10, 15-17, 22, 32, 59, 121, 138, 154, 188, 196
- Tarasco Michel, Martha**, 46
Tarello, 89
Tarski, 249
Taruffo, Michele, 248, 251
 Técnica jurídica, consideraciones respecto a la, 195
 Teleología, concepto de, 25
Téllez, Julio, 38
 Temas clásicos de la filosofía del derecho, 26-31
- Teoría(s)
 crítica, 84-85
 de la acción comunicativa, 83-85
 de la argumentación, 93-100
 de los sistemas, 80-81
 de los tres círculos, 85-87
 del derecho, 61-62
 del Estado y ciencia política, 31
 del positivismo jurídico, 74
 fundamental del derecho, 104
- Terricabras, Joseph-Maria**, 7, 104
Teubner, Gunther, 82, 84, 87
Themis, 113-114
- Tipo(s)
 de definiciones de derecho, 107-110
 de derecho que debe prevalecer en la posmodernidad, reflexiones en torno al, 241-255
 ideales de derecho, 27
- Toraine, Alan**, 212
- Ubicación de la filosofía del derecho en la filosofía, 1-68
Ulpiano, 115-116
- Unamuno**, 111
Ursúa, N., 12
Utrilla, Juan José, 23, 71
- Validez, 139
 Valores, 152
 (axiología) y fines (teleología), 156-158
 problemas inherentes a los, 161 y cultura, 160
 y fines jurídicos en el derecho, 29 y ser humano, 159
- Varela, Julia**, 65
Vattimo, Gianni, xiv, 222, 235, 237-239, 241, 256
Vázquez Pérez, José, 109
Vázquez, Rodolfo, 89
 Verdad en el derecho, 248-251
Vergara, Carlos, 36, 170, 245
Vernengo, Roberto J., 15, 74, 141
Viehweg, 95
Vigo Rodolfo, Luis, 93, 98, 201, 213
Villar Borda, Luis, 253
Villey, 95
Villoro Toranzo, Miguel, 2, 107, 193, 242-243
Vinogradoff, Paul, 117-118
Vitoria, 63, 73
Voltaire, 205
von Wright, G. Henrik, 12, 89
- Wagner, Richard**, 224-225
Wallerstein, Immanuel, 65
Weber, Max, 12, 27, 79, 83
Wilhelm Sauer, 159
Winch, Peter, 12, 23
Witker Velásquez, Jorge, 71, 79, 83, 88, 91
Wittgenstein, 12, 101, 230
Wollheim, 23
Wroblewski, Jerzi, 71
- Zagrebelsky, Gustavo**, 34, 253
Zea, Leopoldo, 6
Zeus, 113-114

La filosofía del derecho está retomando su papel central en el ámbito jurídico, toda formación académica desprovista de un examen a los principales temas que encierra esta área queda ineludiblemente despojada de una de las principales herramientas de reflexión y crítica que permite la construcción de los nuevos horizontes del conocimiento jurídico.

En el presente libro se tratan los aspectos más relevantes que encierran la filosofía en general y la filosofía del derecho en particular. Se hace un análisis de los temas clásicos y las nuevas temáticas de la filosofía del derecho, destacando la informática jurídica, los avances científicos en materia de bioética, clonación y genoma y las tendencias actuales en materia político-económica como la globalización.

En el desarrollo de los puntos centrales se da fiel seguimiento a lo establecido por el plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, integrando las exigencias del anterior y del nuevo plan de estudios, por lo que los estudiantes pueden localizar con facilidad cada uno de los aspectos que enriquecen ambos programas.

Como parte de la preocupación por estudiar las vertientes filosóficas actuales, la autora analiza el fenómeno de la posmodernidad por medio de la visión de sus principales representantes e inicia una serie de reflexiones en torno al tipo de derecho que debe prevalecer bajo esta corriente.

En la forma de exposición de los temas la autora no sólo se ocupó de detallar la información respectiva, sino que, utilizando métodos didácticos, su exposición procura ser lo más clara y accesible al alumno(a) que comienza la exploración de esta disciplina. Recordemos que la filosofía del derecho es el punto culminante del recorrido por asignaturas como introducción al estudio del derecho, teoría del derecho, metodología jurídica y ética jurídica, por lo que en este texto se encierra de manera sistemática el conjunto de aportaciones que brinda cada una de estas disciplinas.

ISBN 968540992-7



9789685 409926