

## LA ENSEÑANZA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Leticia BONIFAZ ALFONZO\*

Cuando me invitaron a participar en un libro de homenaje al doctor Jorge Witker, recordé, por supuesto, sus clases de metodología para la enseñanza del derecho, allá por 1984. Sobra decir que, en mi caso, las técnicas de la enseñanza del derecho y toda la teoría pedagógica en su conjunto<sup>1</sup> fueron siempre asignaturas que me interesaron, porque sabía que iba a dedicarme a la docencia gran parte de mi vida. Agradezco al doctor Witker sus enseñanzas y le dedico este pequeño ensayo, que resume lo que ha sido la enseñanza de una de mis materias predilectas en el posgrado de la Facultad de Derecho: epistemología jurídica.

Han sido ya varios semestres los que he experimentado respecto de cómo acercarse al conocimiento del derecho y sus problemas y cómo generar en los estudiantes curiosidad para seguir construyendo su propio camino epistemológico, una vez terminado el curso, ya fuera del aula.

Una enseñanza fundamental de mis maestros de teoría pedagógica fue la de tener claro que la función del maestro es la de ayudar a los estudiantes a acercarse al conocimiento, en vez de ser un transmisor que puede distorsionar lo que transmite, por la subjetividad que le imprime y el filtro que representa. Enseñar a acercarse al conocimiento implica que el maestro es guía inicial, pero después, cada estudiante elige su propio rumbo.

Así que esta lección, bien aprendida, ha implicado que en los últimos años haya acercado a cientos de estudiantes a las fuentes originales de donde se abreva el conocimiento, para ir logrando su propio proceso de aprendizaje con el ritmo que el grupo vaya fijando y con los descubrimientos

\* Catedrática de epistemología jurídica en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y directora de Estudios Jurídicos del CIDE.

<sup>1</sup> En la edición conmemorativa del Medio siglo de la *Revista de la Facultad de Derecho*, en 1991, mi aportación se denominó “Ciencia y dogmatismo en la enseñanza del derecho”. Es un artículo que refleja mis inquietudes de entonces, muchas de ellas válidas 22 años después.

individuales que se vayan dando. Un libro te lleva a otro libro. Un autor te presenta a otro autor, y así se van adentrando en el conocimiento infinito.

Cada grupo, cada conjunto de estudiantes, es distinto cada semestre, aunque los roles se repiten y las inquietudes pueden ser semejantes, siempre hay un guía, o dos, que, junto con el maestro, van fijando la pauta y el ritmo a sus compañeros.

El primer día de clases, siempre es necesario saber quiénes son los nuevos integrantes del grupo, cuántos trabajan, dónde, de qué escuelas provienen, etcétera, qué nivel traen, para conocer el punto de partida y tomar experiencias de sus propios trabajos para ejemplos en clase.

Asimismo, en los primeros días, es necesario explicar por qué existe en el currículo de la maestría en derecho una materia como epistemología jurídica, simultáneamente a recordarles que una de las funciones de la universidad es la contribución a la construcción del conocimiento, y que, para que ellos puedan hacer aportaciones en esa tarea, es necesario que conozcan cómo se construye el conocimiento en la disciplina que eligieron como especialidad.

Algunos estudiantes presentaron una tesis como trabajo recepcional en la licenciatura, pero no siempre estuvieron conscientes de que se trataba de una aportación para la construcción del conocimiento. En la enseñanza de la epistemología jurídica es indispensable que el proceso, ahora sí, sea totalmente consciente y crítico.

No se pueden entender los problemas de la epistemología jurídica en particular si no se conocen los problemas de la epistemología en general. Por esta razón, se ubica a la epistemología como una de las ramas de la filosofía y se revisan los puntos que la mayoría de los teóricos han señalado como sus principales problemas, buscando fijar las semejanzas y diferencias entre los distintos planteamientos.

El primer problema al que nos enfrentamos para la discusión, es respecto a la objetividad y subjetividad en el proceso del conocimiento. Aunque ya sabemos que se debe buscar objetividad para lograr una descripción que pueda ser compartida por otros investigadores, debe quedar clara la dificultad que hay para lograr un conocimiento cien por ciento objetivo, por la carga de subjetividad que le imprime quien conoce. Por ello, es necesario analizar cuál es la carga ideológica con prejuicios y preconcepciones que cada investigador tiene y qué tanto es posible desprenderse de dicha subjetividad, después de tener conciencia de ello.

Asimismo, los problemas que se tienen cuando el sujeto es a la vez parte del objeto de la investigación, como sucede en las ciencias sociales, así como

las características del objeto para ser cognoscible y las dificultades para su descripción, dependiendo de su concreción o abstracción.

Es muy relevante, desde este momento, hablar de la importancia del lenguaje y de cómo el objeto debe coincidir con la descripción que se hace de él, pero que finalmente son dos cuestiones distintas. En cada descripción se conceptualiza. Y son los conceptos los que van constituyendo la herramienta para el trabajo científico. Con el lenguaje se define, se delimita el objeto. Más adelante, respecto del derecho, habrá que diferenciar entre el lenguaje normativo y el metalenguaje con el que se describe al derecho.

Inmediatamente después, aparece el tema respecto de qué se busca: un conocimiento cierto, un conocimiento verdadero o un conocimiento válido, y de qué depende el calificativo. Así, nos encontramos con la importancia del método, que, atendiendo a su etimología, es el camino que elige el sujeto para acercarse al objeto que pretende describir, y que, por lo tanto, resulta esencial en la búsqueda de objetividad y validez del conocimiento. Es importante, en este momento, recurrir a muchos ejemplos de conocimientos que se consideraron verdaderos en cierto momento y que, después, se demostró que no lo eran, y, en consecuencia, las ventajas de hablar de conocimientos válidos en cierta época que fueron invalidados tiempo después.

Hay que aclarar que el calificativo de verdadero o falso o de válido o inválido no se le da al objeto, sino a la descripción que se hace de él.

Un conocimiento que se estimaba verdadero, que después se demuestra que es falso, nunca fue verdadero, pero sí un conocimiento válido atendiendo a los elementos que se tenían ese momento.

Se pueden analizar para esos efectos las “verdades” de Ptolomeo, Galileo, Kepler, Copérnico o Newton, respecto del universo. Con esos mismos ejemplos, se puede hacer una exposición del proceso del conocimiento acumulativo y sustitutivo; es decir, hay descubrimientos que anulan al conocimiento anterior, pero hay otros que pueden sumarse e ir así acumulándose sin sustituirse.

Somos herederos del conocimiento acumulado de cultura occidental de 24 siglos. Hay premisas aristotélicas que permanecen con validez total en la actualidad, hay otras cuestiones que los griegos daban como válidas que fueron sustituidas por otros conocimientos más precisos poco tiempo después.

En materia de filosofía, podemos echar mano de Kant, de Hegel, de Hume, de Heidegger, sin que pareciera importar el tiempo que ha transcurrido y la época en que ellos formularon sus teorías. Hay neokantianos que revisan y reviven el pensamiento de Kant, y vuelve a tomar actualidad su contenido, porque sigue siendo aplicable.

La siguiente pregunta puede darse respecto de si el conocimiento es absoluto o relativo. En clase, se puede ver la dificultad e imposibilidad del conocimiento absoluto, y más bien se constata que lo que sabemos o alcanzamos a saber en cierto momento, es relativo, aunque tengamos la pretensión de que sea absoluto. Asimismo, ante la pregunta de si el conocimiento es acabado o inacabado, abierto o cerrado, se llega a la conclusión de que es inacabado y que está abierto, aunque el investigador puede hacer cierres temporales atendiendo al interés particular de su investigación, y con el cierre correspondiente, pareciera que está acabado, aunque cualquier fin puede ser un nuevo comienzo.

En este momento, es importante que el estudiante, al saber que camina entre incertezas y planteamientos inacabados, no se desanime, sino que, por el contrario, sepa que tiene frente a sí un importante reto, y que si “el conocimiento es una isla rodeada de un mar de desconocimiento, y que a cada generación nos toca recuperar un poco más de tierra”, es necesario procurar que exista el deseo de contribuir a generar más conocimiento y a romper paradigmas, en medio de la incertidumbre que el proceso de conocimiento les va generando, haciéndose patente la paradoja de que mientras más se conoce, más idea se tiene de lo que se desconoce.

Así, sabiendo que tiene que pasar de lo objetivo a lo subjetivo, y viceversa, y que el conocimiento es relativo, está abierto, es inacabado y se sigue construyendo permanentemente, la propuesta es hacer un repaso histórico, poniendo especial énfasis en cómo comenzaron los griegos, particularmente Aristóteles, a construir la ciencia, hasta llegar a las ciencias paradigmáticas que los griegos consideraron como tales. El conocimiento del derecho todavía no aparece, porque faltaban siglos para que éste apareciera como objeto de estudio con los romanos.

En este momento es conveniente revisar los objetos y métodos de las ciencias paradigmáticas y el nacimiento de aquellas que se quedaron fuera del núcleo de aquellas ciencias, siguiendo lo señalado por Rolando Tamayo y Salmorán.<sup>2</sup>

En el repaso histórico nos detenemos a revisar qué sucedió en la Edad Media con el conocimiento en general, cómo se dio el proceso del Iluminismo y, después de la Revolución Industrial, las características del pensamiento de finales del siglo XIX y principios del XX, con especial énfasis en la vorágine de la segunda mitad de este siglo, para terminar con las inquietudes del siglo XXI con el reinado de la complejidad y el caos.

<sup>2</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1992.

En todo el repaso histórico se insiste mucho en mostrar cómo el conocimiento recibido en las escuelas normalmente se obtuvo de manera descontextualizada y separada en estancos. La idea de esta primera parte del curso es poner en contexto cada uno de los procesos y mostrar cómo todo tiene relación con todo. Causa-efecto, efecto-causa. Muchas causas, muchos efectos. Muchos efectos, muchas causas.

Antes de abordar al derecho como objeto de estudio, se analiza por qué otras disciplinas, hoy cercanas y familiares, como la sociología o la psicología, adquirieron su carta de naturalización como ciencias a finales del siglo XIX o principios del XX, no porque antes no hubiera existido la sociedad o la psique, sino porque no habían sido abordadas con métodos científicos ni habían ofrecido productos que se consideran científicos por la forma como están hechas las descripciones de sus respectivos objetos. Asimismo, la mezcla de disciplinas que dan como resultado nuevas disciplinas, como las ciencias biomédicas, la geofísica o la bioquímica, por ejemplo.

Terminado este recorrido, que resulta muy útil para saber dónde nos encontramos y qué problemas tenemos, ya con la mente más abierta y con menos resistencia a desprenderse de algunos dogmas y a desandar algún camino trillado, comenzamos a ver el problema del conocimiento del derecho. De nuevo hay que hacer un retroceso, pero ya no a Grecia, sino a Roma. Es indispensable revisar cómo los romanos comenzaron a construir la ciencia del derecho y cómo, después, ésta fue enseñada en las universidades medievales.<sup>3</sup>

Algunos estudiantes, no obstante haber terminado ya la carrera de derecho, descubren hasta ese momento cuál es la diferencia entre el derecho y la ciencia del derecho; que, por supuesto, hubo derecho antes de que hubiera ciencia del derecho, y que una de las mayores contribuciones de Roma a la civilización fue, justamente, haber sistematizado la descripción del derecho y haber generado las primeras generalizaciones, los primeros conceptos, los primeros principios y las primeras categorizaciones, y que, además de que seguimos usando muchos de los conceptos que ellos construyeron, la forma de hacer ciencia del derecho sigue siendo la misma, independientemente del derecho positivo cambiante que se tenga en cada lugar.

En estas clases, es indispensable que quede absolutamente clara la diferencia entre la disciplina y el objeto de estudio, entre la ciencia del derecho y el derecho. Aunque esto ya debió haber quedado claro desde la licenciatura, se precisa que el derecho tiene un propósito prescriptivo (prescripción de conductas), y la ciencia del derecho es eminentemente descriptiva (describe

<sup>3</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *La universidad, epopeya medieval*, México, UNAM, 1987.

las prescripciones del derecho); que el derecho tiene un lenguaje prescriptivo, y la ciencia del derecho, un metalenguaje con el que describe las prescripciones; que el derecho está constituido por leyes, decretos, acuerdos, laudos, sentencias, etcétera, y la ciencia del derecho, por teorías, clasificaciones, definiciones, axiomas, etcétera; que el derecho lo formula el legislador, los jueces, el presidente de la República, e incluso los particulares, y la ciencia del derecho, los juristas. Es necesario precisar que parte de la confusión se da, en general, porque en el caso de nuestro objeto de interés, la disciplina derecho, se denomina igual que lo que estudia: el derecho como conjunto de normas. La disciplina es la ciencia del derecho, se hace ciencia respecto del derecho. El antecedente de la Facultad de Derecho fue la Escuela de Jurisprudencia, empleándose ahí el término “jurisprudencia” en el sentido que los romanos lo usaban como sinónimo de ciencia del derecho.

Existen maestros que enseñan sólo el derecho (el contenido de los códigos y las normas); hay otros que, simultáneamente, van haciendo referencia a las teorías que se han construido respecto del contenido de esos códigos; ellos enseñan la ciencia del derecho; es decir, la construcción teórica que se ha hecho respecto de la regulación normativa, y otros eligen en el ámbito de la filosofía una reflexión de segundo nivel respecto de cómo se construye la ciencia, cómo se construye el conocimiento científico y hacen la problematización respecto de ello.

Hay que detenerse a revisar cómo construyeron los romanos algunos conceptos o cómo establecieron algunos principios. Puede ser útil el concepto persona, o el concepto obligación, y asimismo, demostrar que, independientemente de los contenidos de cada derecho positivo, hay conceptos como el de norma, o teorías, como la del acto jurídico, que siguen siendo válidas independientemente del tiempo y el lugar. Asimismo, que hay conceptos jurídicos fundamentales que resisten a todos los cambios de contenidos legislativos.

Cómo se construyó la teoría del acto jurídico, la teoría de las nulidades, la teoría del delito, la teoría del acto administrativo, la teoría de las contribuciones, etcétera, y las principales clasificaciones y distinciones que se hacen en cada uno de los campos, y los problemas que tienen disciplinas de formación más reciente, como el derecho ambiental, por ejemplo.

Se puede revisar aquí cómo cada rama del derecho construye sus conceptos básicos, y que algunos pueden tener variaciones en función de cambios legislativos: el concepto ejido, por ejemplo, en el derecho mexicano, que podría no tener equivalente en otros órdenes jurídicos, y que corresponde específicamente a la regulación del fenómeno agrario en nuestro país después de la Revolución de 1917, o conceptos muy tradicionales, como el

concepto matrimonio (el *connubium* o *ius connubi* romano), que está teniendo modificaciones en varios países del mundo con la ampliación de la regulación hacia las personas del mismo sexo.

Del mismo modo, cómo algunos conceptos pueden tener un significado para la ciencia del derecho distinto al concepto sociológico, político o económico. Nos referimos, por ejemplo, al concepto familia, o al concepto soberanía, o al concepto propiedad que, al ser abordados por otras disciplinas, pueden tener significados más amplios, más restringidos o diferentes, dependiendo del enfoque dado.

Después de este gran marco teórico, se comienza con un acercamiento a las teorías del derecho más simples, que son el origen de la teoría analítica, y que ya contienen elementos que permanecerán para revisión en las teorías posteriores. Nos referimos a las teorías de Jeremías Bentham y John Austin. Estos estudios teóricos se realizaron a finales del siglo XVIII y siguen teniendo elementos que son útiles. Importa sobre todo cómo construyeron la teoría, ¿qué elementos consideraron esenciales?, ¿qué elementos quedaron fuera y por qué?, ¿qué críticas se han hecho a esas teorías?, ¿cómo se describe al derecho si se coloca al mandato en el centro de la teoría?, ¿cómo se identifica a una sociedad política independiente?, ¿cómo se identifica a la fuente del derecho?, ¿dónde queda la labor de los jueces?, ¿qué papel juega el hábito de obediencia?, ¿hay espacio para la explicación de los derechos subjetivos? En fin, son muchos los planteamientos que resultan útiles como punto de partida para la mayoría de los problemas que reiteradamente aparecerán como problemas sin resolver o parcialmente resueltos, durante el curso.

En estas teorías, por ejemplo, se pone el énfasis en la obligación y en la sanción, no en el derecho subjetivo. Es clara la pretensión de los autores de colocar al mandato en el centro, y no al derecho subjetivo, que aparece como un correlato. Vendrán más adelante otras teorías, que cambiarán el foco de atención hacia los derechos. Debe quedar claro cómo es a criterio del investigador lo que se coloca como más relevante y lo que se deja en un papel secundario, por decisión subjetiva. Aunque esta decisión encuentre su justificación en la propia teoría.

Analizadas las aportaciones de los padres de la teoría analítica, el paso posterior es hacia uno de los autores que, en su momento, y mucho tiempo después causó y sigue causando gran polémica con su teoría pura del derecho. Nos referimos, por supuesto, a Hans Kelsen. Hay, sin duda, un antes y un después de la elaboración de una obra que marcó un antes y un después en los estudios del derecho. El acercamiento a Kelsen se hace, como sucede con todos los autores que se revisan en el curso, de manera crítica, ordenada y directa.

Se revisa el presupuesto metodológico de inicio, ¿por qué elaborar una teoría pura?, ¿qué estaba sucediendo a principios del siglo XX?, ¿por qué se quería evitar el sincretismo metódico?, ¿por qué liberar al derecho de los elementos que Kelsen consideraba ajenos?, ¿qué utilidad práctica tiene construir una teoría pura del derecho?

Y más adelante ¿logró Kelsen su propósito?, ¿qué tropiezos epistemológicos tuvo?, ¿salió bien librado de su intento?, ¿qué han dicho sus críticos, seguidores y detractores?

Kelsen es sentado en el banquillo de los estudiados para hacer una disección de cada una de sus principales aportaciones. Lo que importa en esta materia y en el trabajo con el grupo es poner énfasis en cómo construye el conocimiento del derecho, con las aclaraciones metodológicas que hace este autor desde las primeras páginas de su obra, mostrando con ello gran honestidad intelectual y dejando claro a los lectores lo que se busca.

El análisis comienza con la separación de derecho y hecho y, derivado de lo anterior, con la premisa de que el último fundamento de validez de una norma sólo puede estar en otra norma. La primera parte, donde Kelsen dice que el derecho sirve para dar significación a los hechos, no tiene problema alguno, pero cuando hace las primeras referencias a la eficacia, los estudiantes comienzan a tener claro cómo los hechos están presentes, y que, aunque se tenga la intención de echarlos por la ventana, ellos regresan siempre por la puerta grande de la teoría.

Aunque Kelsen hace una distinción muy precisa entre validez y eficacia y señala que el derecho es válido antes de ser eficaz, al establecer que la eficacia es condición de validez, le da a los hechos una fuerza muy importante para invalidar al derecho. Asimismo, aunque la norma hipotética fundamental sirva, en su construcción teórica, para mantener la pureza metódica, la existencia del presupuesto último sólo se puede constatar en los hechos. En este punto, los alumnos dividen sus opiniones en cuanto a las dificultades metodológicas de la construcción teórica y empiezan a dividirse las opiniones. Algunos quedan satisfechos con la explicación; otros, en cambio, tienen ya la curiosidad de si autores posteriores a Kelsen dieron una explicación más convincente, no desde el punto de vista lógico formal, sino de la relación entre lo social y lo normativo.

También se revisan las llamadas estática y dinámica jurídicas y todo el análisis que se hace de la revolución y de los procesos revolucionarios generadores de nuevo derecho. Aquí, se ponen muchos ejemplos de países latinoamericanos que vivieron revoluciones y golpes de Estado en el siglo XX. El paso de la Rusia zarista, a la Unión Soviética y a la Federación Rusa,

además de los casos más actuales, como el de Irak, Egipto, o el que durante el semestre que corresponda se esté gestando.

La propia experiencia mexicana con los avatares del siglo XIX. El gobierno simultáneo de Maximiliano de Habsburgo y Juárez; el proceso revolucionario de 1910 y la Constitución del 1917, además de temas de actualidad, como el poder del narcotráfico o las guardias comunitarias. Todo esto da pie a una revisión muy profunda de las relaciones que hay entre legalidad y legitimidad. Los ejemplos históricos concretos y los sucesos que se están dando durante el curso que corresponda, son muy útiles, porque son referentes de conocimientos que todos tienen de alguna manera, y que sirven para aplicar las teorías. Con esto se logra la liga entre teoría y realidad, liga que muchas veces está ausente en los salones de clase y que puede hacer pensar que la teoría no tiene ninguna utilidad práctica. Idea que, por supuesto, se busca desterrar.

Después de revisar extractos de la *Teoría pura del derecho* y de ver si Kelsen pudo mantenerse fiel al propósito original o fue, en palabras de Martín Díaz,<sup>4</sup> un sociólogo involuntario, los estudiantes ya tienen claro cuáles son los principales problemas del conocimiento del derecho y están ávidos de nuevas propuestas teóricas. Se contrasta la teoría de Kelsen con las de Austin y Bentham para ver los avances en el conocimiento acumulativo.

La mayoría de los estudiantes reconocen en clase, que en los acercamientos previos a Kelsen durante la carrera no recurrieron a la fuente directa, y que el referido autor sufrió distorsiones y simplificaciones, al grado de hacerlos sinónimo de una pirámide, en alusión a la construcción escalonada o jerarquizada (Stufenbau) a la que hace referencia en su teoría. Recurrir a la fuente directa los hace valorar al autor en su exacta dimensión y a tener una idea clara de cuáles fueron sus principales aportaciones teóricas, dejando en claro que sólo se analiza una de sus obras, seleccionada por sus dificultades epistemológicas para mantenerse fiel a la pureza y por las aportaciones derivadas de la separación de derecho y hechos.

En este punto ya los estudiantes están habituados a la consulta directa de las fuentes, con el auxilio del profesor, para la comprensión de aquellos pasajes que pueden resultar difíciles o generar controversia. Es importante, para que los conocimientos se refuercen, que después se haga una reseña de todos los puntos clave de la teoría para reafirmar el conocimiento.

Terminada, la revisión de Kelsen, se pasa al siguiente autor: H. L. A. Hart y el concepto de derecho.

<sup>4</sup> Díaz y Díaz, Martín, *El derecho y el orden*, México, Fontamara, 2000.

De nuevo, la mecánica es la misma: se comienza por revisar el contexto histórico en el que surge la teoría y las aportaciones en relación con los autores ya revisados. Básicamente, de Hart se toma el capítulo donde se hace la descripción del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. Desde el punto de vista epistémico, es muy relevante ver cómo este autor, a diferencia de Kelsen, no se puso una camisa de fuerza metodológica y, en consecuencia, tuvo más libertad de invitar a los hechos a la mesa teórica del derecho.

En Hart se revisa lo que él llama el paso del mundo prejurídico al jurídico, y cómo son necesarias reglas secundarias de convivencia para atender a la falta de certeza y a la presión social difusa que se da en sociedades más complejas. Se pone el énfasis en los elementos sociológicos, y se hace un comparativo entre la regla de reconocimiento que él plantea, con la norma hipotética fundamental de Kelsen. Los autores son confrontados en la metodología que utilizan y en el resultado que obtienen. Algunos estudiantes llegan a considerar que el modelo de Kelsen es más sólido, y otros, que Hart sí dio un avance teórico importante con la regla de reconocimiento. Por supuesto que respecto de este punto son muchos los autores que han hecho análisis comparativo de estos autores, por lo que son bienvenidos estos productos teóricos, como los de Pompeu Casanovas<sup>5</sup> o Juan José de Páramo<sup>6</sup> o José Antonio Ramos Pascua.<sup>7</sup>

El debate queda abierto, y cada estudiante arma su propia conclusión. También se retoma de este autor la visión externa e interna del derecho. En este punto resulta de gran utilidad ver cómo se han realizado la mayoría de los estudios sobre la organización de las comunidades indígenas en México. Y cómo hacen una descripción distinta quienes forman parte de la comunidad que se estudia, a diferencia del enfoque que dan los externos, que llegan a ver comportamientos y regularidades que para el observador interno pasan desapercibidas.

La principal crítica que se le hace a Hart, con la visión de siglo XXI, es que su teoría muestra un paso ascendente y lineal de lo prejurídico a lo jurídico, pero no alcanza a explicar fenómenos como el multiculturalismo y la permanencia de lo simple en lo complejo. Claro, la teoría fue elaborada en Europa antes del fin del colonialismo y del fenómeno de la globalización. Estudios posteriores tratan de explicar la permanencia de modelos simples

<sup>5</sup> Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994.

<sup>6</sup> Páramo, Juan R. de y Hart, H. L. A., *La teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>7</sup> Ramos Pascua, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.

de organización insertos en otros más complejos. También sería el caso de las comunidades indígenas, a veces separadas y a veces integradas a modelos más complejos de organización, como sucede en México, Perú, Bolivia, Guatemala y otros países latinoamericanos.

Cuando Hart elaboró su teoría, la Inglaterra de entonces no tenía la presencia de migrantes como la tiene ahora con usos y costumbres, que hacen contraste con lo establecido, y no es para nada un proceso de asimilación y desaparición de lo que culturalmente se trae. Francia y España tampoco habían recibido a los migrantes del norte de África, ni Alemania o Austria a los de Europa del Este. El siglo XX se cerró con un mosaico multicultural, que estaba lejos del modelo de explicación que Hart daba, porque hay una coexistencia de formas de organización, y no una sustitución de unas que se impone a la otra, y esta segunda queda asimilada a la primera.

Recuperadas las principales aportaciones de Hart, pasamos al análisis de la corriente realista para hacer la disección epistemológica correspondiente. ¿Por qué surge el nuevo enfoque?, ¿por qué se da en Norteamérica y en los países escandinavos?, ¿la teoría se construyó de esa manera, condicionada por el *common law*?, ¿aplica igual a los herederos de la tradición románica? Se analizan las preocupaciones y el replanteamiento que hicieron el juez Oliver Wendell Holmes, John Dewey y Benjamin N. Cardozo.

Como se sabe, Holmes, desde sus escritos y votos particulares en el Tribunal Supremo, adoptó una postura sobre el derecho basada en la experiencia, cimbrando al mundo jurídico con la frase: “Yo entiendo por derecho las profecías acerca de los que los tribunales harán en concreto; nada más, ni nada menos”.<sup>8</sup> La obra de Holmes llevó a la renovación de los estudios jurídicos en Estados Unidos y se extendió luego a los países nórdicos. También, indudablemente, se vieron influenciados por la jurisprudencia sociológica de Pound. Este autor concebía al derecho “no como un organismo que crece a causa de cualquier propiedad a él inherente, sino como un edificio construido por los hombres para satisfacer aspiraciones humanas y continuamente reparado, restaurado, reconstruido y ampliado a fin de venir al encuentro del crecimiento y a la variación de las aspiraciones”.<sup>9</sup>

Karl Llewellyn, en 1930, usó el término “realismo jurídico” para designar un cierto número de juristas americanos que en los años precedentes y bajo varios perfiles y en función de finalidades diversas habían sometido a una crítica que podía ser denominada realista (según el uso común del tér-

<sup>8</sup> *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 21.

<sup>9</sup> Castignone, Silvana, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 12.

mino) una serie de conceptos, de nociones, de procesos mentales, de técnicas argumentativas propias del pensamiento jurídico tradicional. Llewellyn señala que aunque no piensen del mismo modo sobre todos los problemas que se afrontan, los realistas tienen ciertos puntos de partida comunes que los impulsan sobre líneas de investigación que parecen formar un todo único. Entre estos autores se verifica una complementación, una conexión entre resultados, “como si fuesen guiados por una mano invisible”.<sup>10</sup>

Llewellyn sostuvo que el realismo consistía en un “método”, en una serie de “actitudes” o en un “movimiento”, antes que en una doctrina o teoría. Jerome Frank lo concibió como la desmitificación de la ideología del formalismo jurídico, y para otros solo es la necesidad de realizar estudios empíricos sobre el derecho.<sup>11</sup>

El propio Llewellyn sintetizó el punto de partida del realismo en un artículo que dio respuesta a otro de Pound denominado *The call for a realist jurisprudence*,<sup>12</sup> de la manera siguiente:

1. La concepción del derecho como flujo, como derecho cambiante y como creación judicial.
2. La concepción del derecho como un medio para alcanzar fines sociales y no como un fin en sí mismo.
3. La concepción de la sociedad en movimiento permanente, en movimiento típicamente más rápido que el derecho.
4. El divorcio *momentáneo* entre es (*is*) y debe (*ought*), a efectos de estudio.
5. La desconfianza respecto a las reglas y conceptos tradicionales en la medida en que éstos pretenden describir lo que los tribunales y la gente hacen en realidad.
6. La desconfianza respecto a la teoría de que las formulaciones normativas son el factor operativo más importante en la toma de decisiones por parte de los tribunales.
7. La confianza en la conveniencia de agrupar casos y situaciones jurídicos en categorías más estrictas que las elaboradas en el pasado.
8. La insistencia en que cada parte del derecho se valore por sus efectos, y en la necesidad de hallar estos efectos.
9. La insistencia en que los problemas jurídicos deben ser planteados sistemática y programáticamente a partir de las líneas indicadas.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>11</sup> Casanovas, Pompeu, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona 1994, p. 236.

<sup>12</sup> *Harvard Law Review* (1931), en Christie, George C., *Jurisprudence (text and readings on the philosophy of law)*, American Casebooks Series, Minnesota, West Publishing Co., 1973. p. 748.

<sup>13</sup> “Some Realism about realism” (1931), citado por Casanovas, Pompeu, *op. cit.*, p. 238, *cfr.* con el texto en inglés que aparece en Christie, George C., *op. cit.*, pp. 748 y 749.

En clase, se analiza el nuevo concepto de validez, pero sobre todo el nuevo punto de partida que ve al derecho en los hechos, y donde la eficacia juega un papel preponderante. Las predicciones que se pueden hacer y el papel que juega la psicología. El análisis del realismo resulta útil, porque provoca el contraste metodológico por el cambio en lo que es relevante en el objeto de estudio. Un cambio en el objeto, y en consecuencia, en el método, lleva a descripciones diferentes de un aparente mismo objeto: el derecho que realmente se aplica.

En esta parte, se pone como ejemplo el caso mexicano, donde, a partir del fin del presidencialismo, el Poder Judicial se convirtió en un verdadero poder que hace contrapesos reales con el propio Ejecutivo y con el Legislativo, y, simultáneamente, se revaloró a la jurisprudencia como fuente del derecho, provocando que muchos nuevos estudios se enfocaran a la tarea de los jueces, y sobre todo al juez creador de normas, y no sólo a su función de intérprete del legislador.

Después de analizar el realismo y de aplicar el modelo teórico al caso mexicano, se les presenta a los estudiantes a un autor que aún se comprende y conoce poco en nuestro país, al menos en las escuelas de derecho, pero que dio el salto epistemológico más importante a finales del siglo XX en la descripción del mismo. Nos referimos a Niklas Luhmann y a su teoría de sistemas. Semestre a semestre viene la sorpresa, la estupefacción y el paso del desaliento al aliento.

En primer término, ¿quién fue Luhmann?, ¿qué lo movió a elaborar una nueva teoría?, ¿por qué no estaba satisfecho con ninguna de las explicaciones anteriores?, ¿cómo aborda la complejidad?, ¿por qué tiene que crear nuevos conceptos e incluso otra terminología completamente nueva?, ¿qué influencia jugó la biología en todo ello y los primeros sociólogos?

Lo primero que se hace es, de nuevo, el repaso histórico, pero ahora mostrando cómo, desde Aristóteles hasta Descartes, las construcciones teóricas han buscado simplificar un mundo complejo y cancelar las diferencias. El autor hace la advertencia inicial de que es imposible evitar la complejidad, pudiendo cuando mucho reducirla y, asimismo, dejando en claro que las diferencias no se cancelan.

Se les pide a los estudiantes que no entren directo a la lectura de Luhmann, porque se puede generar un choque y una resistencia natural al romper con mucho de lo que estimaban sólidamente construido y sabido. Luhmann mueve el piso donde con cierta seguridad estaban parados, por lo que es importante que, llevados de la mano, se analicen los principales conceptos: diferencia, sistema, entorno, complejidad, comunicación, auto-poie-

sis, selectividad, clausura operacional, irritación, dislocación del problema, acoplamiento estructural, etcétera.

De esta manera, con una teoría que no tiene principio ni fin, donde todo tiene que ver con todo, se ve al sistema derecho comunicando e interactuando con los otros sistemas que son su entorno, haciendo sus procesos de selectividad.

Se explica de qué manera el derecho funciona como reductor de complejidad al fijar la *litis* y excluir, sólo momentáneamente, los elementos que no son relevantes para el sistema derecho, para procesarlos con sus propios códigos. Es muy útil, en esta parte del curso, insistir con ejemplos de la realidad cotidiana donde se ve a los sistemas interactuando.

Resulta muy interesante revisar, por ejemplo, el periodo reciente de la historia de México donde el sistema político hizo crisis, por irritación del sistema social, y el sistema derecho comenzó a jugar un nuevo rol, que provocó nuevos cambios en los sistemas político y social. Sin simplificar a Luhmann, uno y otro ejemplo sirven para mostrar la utilidad práctica de su construcción teórica.

El conocimiento de la teoría de Luhmann y la revisión de cómo y por qué se construyó resulta muy útil, porque la mayoría de las veces se encuentran respuestas a problemas cotidianos y ayudan a entender por qué el derecho no es omnipotente como se plantea normalmente cuando se le considera capaz de encauzar a la economía, a la sociedad y a la política, cuando en realidad el derecho se ve condicionado por ellas y se muestra impotente.

Pasar no sólo de la omnipotencia a la impotencia, de la certeza a la incertidumbre, del caos al orden y del orden al caos, nos lleva a los siguientes autores, con los que se cierra el curso: se trata del análisis de los autores belgas François Ost y Michel van der Kerchove, así como con planteamientos de Luigi Pannarale, en los libros intitulados *Le droit ou les paradoxes du jeu* con la traducción italiana *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* y la *Botiglia di Leyda*, respectivamente, donde proponen la dialéctica sin síntesis y el rejuego del *entre dos*. Se analizan las principales dicotomías que existen en el derecho y en la ciencia del derecho, y que se han manejado siempre a través de una lógica binaria que nos ha obligado a considerar uno u otro concepto, excluyendo y cancelando al contrario. A partir del trabajo de Merleau-Ponty, que propone la dialéctica sin síntesis, que implica un juego y rejuego de los contrarios que no cancela a ninguno de los dos y provoca movimiento, los autores belgas desarrollan de modo magistral la aplicación de la dialéctica sin síntesis en el derecho.

En efecto, con relación al fenómeno jurídico se nos han presentado las siguientes dicotomías: justicia-injusticia; validez-invalidéz; eficacia-inefeca-

cia y, en cuanto a los valores que se persiguen, orden-desorden; certeza-incerteza; seguridad-inseguridad.

Asimismo, las dicotomías público-privado; objetivo-subjetivo; material-formal; legalidad-ilegalidad; legitimidad-ilegitimidad; permanencia-cambio; rigidez-flexibilidad; etcétera.

Tradicionalmente, se nos han dado las reglas para distinguir en qué lado nos encontramos, sin desconocer muchas veces el problema de los límites difusos. La simplificación del conocimiento ha hecho que tratemos sistemáticamente de eliminar las contradicciones, las incongruencias y las paradojas, que son, en realidad, parte del mundo complejo que vivimos.

Ost y Van de Kerchove nos muestran la posibilidad del tránsito entre uno y otro concepto, señalando que el guión entre las dos palabras, al mismo tiempo que une, separa. Nace así el espacio que ellos llaman del *entre-deux*, que no es ni el justo medio ni una tercera vía. Pretenden desarrollar así una lógica de los opuestos que rompe de manera propositiva el esquema dicotómico. Se abandona el paradigma simple de la alternativa (o esto o aquello); de la exclusión (ni esto ni aquello); de la oposición (esto contra aquello) del idéntico (esto y aquello), para poner la atención en el *entre deux*; es decir, en la relación dinámica entre esto y aquello.<sup>14</sup>

El espacio del *entre dos* aleja los polos distintos para acercarlos inmediatamente después, tal vez invirtiendo sus posiciones, haciéndolos interactuar, tal vez sugiriendo las vías de mediación. Aplicada a cualquier dicotomía, el *entre dos* produce un irresistible efecto de movimiento —dicen—, y así se libera un formidable potencial creativo. En el espacio mínimo del entre dos cada uno de los polos opuestos se mueve, generando miles de figuras inéditas, donde poco a poco descubrimos el sigilo del tercero. Ese tercero que la lógica de lo simple había pretendido excluir, pero que el juego invita a la mesa.

Es ese el punto de partida de la naturaleza dialéctica, La dialéctica, evocada como correlato de la complejidad constituye el tercer tema cardinal y, fuera de duda, el as central de la filosofía lúdica del derecho. Se trata de una dialéctica entendida como progresión, como camino intelectual que conduce de un polo al otro y que en el cruce de las relaciones entre polaridad define el origen común del cual unos y otros proceden. Se trata de una dialéctica en grado de insinuarse en el corazón mismo de la identidad, definida del modo más radical, para hacer jugar la diferencia. Dialéctica que salta al vacío del *entre dos* para tejer ligas de complejidad entre los contrarios. Dialéctica que permite pensar en la historia de manera distinta a una sucesión insensata de

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 7.

avenimientos puntuales y que confiere un estatuto a la implicación del observador en la explicación del desarrollo de los eventos.<sup>15</sup>

Le dan al espacio del *entre deux* un estatuto de existencia, en donde se da la dinámica de las oposiciones. El paso sucesivo del uno al otro, la interacción. El modelo del juego construye una matriz particularmente fecunda de las copias dialécticas. Ost y Van der Kerchove proponen la siguientes relaciones:

Estrategia/representación; cooperación/conflicto; realidad/ficción; regulación/indeterminación; internalidad/externalidad.

Sin duda, con estos elementos, la visión del derecho es otra, y se les presenta a los estudiantes como una nueva alternativa epistemológica.

Terminado el curso, los estudiantes están en aptitud de hacer análisis muy precisos de los autores que tengan frente así, además de poder seguir construyendo conocimiento.

Es posible que ya por sí solos y sin necesidad de la guía del maestro puedan continuar sus respectivas búsquedas y armar las conclusiones que correspondan.

Para todos es claro, a estas alturas del curso, que el conocimiento está abierto y cerrado a la vez. Nadie verá el proceso del conocimiento como una línea ascendente continua, sino que verá los avances y retrocesos, la evolución y la involución, lo abierto y lo cerrado, la dificultad de trazar límites definitivos y de encasillar teorías. En fin, se les habrán dado las herramientas indispensables para seguir en el inacabado y fascinante proceso del conocimiento y de su propio crecimiento.

El maestro esperará las nuevas aventuras del siguiente grupo, que con sus particularidades marcará las diferencias y las coincidencias con los anteriores y continuará el permanente y motivador proceso de enseñanza-aprendizaje.

Asimismo, se cumplirá con la tarea de crear mentes críticas, abiertas y preparadas para continuar construyendo el conocimiento especializado en la disciplina que elegimos: el derecho, valorando los cruces con otras disciplinas que permiten nuevas visiones sobre el objeto de estudio.

Se busca que tengan una idea clara de qué problemas han enfrentado quienes han pretendido describir cómo se construye la ciencia del derecho, y, en general, los problemas del conocimiento para seguir en ese proceso. Pero, teniendo claro el objeto y el método de la ciencia del derecho, cómo entablar diálogos con disciplinas afines y no tanto.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 8.

El diálogo con la sociología, con la economía, con la ciencia política, con la historia, con la filosofía, va a permitir que se puedan realizar estudios no sólo pluri o multidisciplinarios, sino interdisciplinarios, o incluso transdisciplinarios. Cómo se ve el derecho desde la política y cómo se ve la política desde el derecho, por ejemplo. El fenómeno del poder visto desde la política y desde el derecho lleva a descripciones diferentes de un aparente mismo fenómeno. En el mundo del derecho, el poder siempre va ligado a competencia. A quién puede hacer qué. El límite de las competencias y el límite de las responsabilidades.

Abrir la mente del especialista en derecho es ya una contribución relevante, porque son décadas de diálogo roto y de visiones parciales. Sin embargo, abierta la visión es difícil que vuelva a cerrarse. El cruce de todos los puntos de vista acerca más a la realidad que se pretende describir. Las visiones parciales son útiles, sin duda, pero lo son más en la medida en que contribuyen a la comprensión del todo.

Quien se formó en el ámbito del derecho frecuentemente ve su mundo como el único mundo existente, olvidando que la separación de objetos de estudio sólo se hace para efectos de poder conocer algo más a fondo. La realidad normativa, que es una construcción humana, parece ser, en ocasiones, la única realidad, misma que se ve frecuentemente rebasada y condicionada por la política, la economía o la sociología. Y no se trata de ver cuál predomina, sino cómo se implican y explican en términos de Luhmann.

Antes de cerrar este ensayo, valdrían unas consideraciones sobre el examen final y la evaluación del curso.

Una clase que se construye todos los días con las aportaciones críticas de los estudiantes, no puede ser evaluada de manera tradicional. La participación en clase tiene que ser un factor muy importante a considerar. En el momento de ir haciendo comentarios en la clase se va viendo si se dio o no la lectura previa, y también qué tanta atención se pone en lo que los propios compañeros van aportando.

En una clase donde se privilegió el conocimiento crítico no podría en un examen final privilegiarse la repetición de datos o la memoria, por lo que se pide, normalmente, es la conclusión personal sobre los principales puntos revisados durante el semestre y un trabajo sobre cómo aplicar cualquiera de las teorías revisadas durante el curso a un caso concreto. De esta manera se fuerza a aplicar el conocimiento teórico a la práctica. Si es una habilidad que se desarrolló durante el curso, no podría no ser algo hasta cierto punto sencillo al final del curso; sin embargo, en algunos casos todavía se ve la teoría bien explicada, el problema bien explicado, pero débil la liga entre una y otro. Ese es el reto.

Otra cuestión, que no siempre se logra, sino sólo en algunos casos, es que sientan confianza en sí mismos en cuanto a sus potencialidades y a sus capacidades creativas; es decir, no capacidad de ser glosadores, sino ser creadores. El hecho de que sientan que pueden sumarse al selecto grupo de universitarios que tienen la capacidad de contribuir con nuevas explicaciones y planteamientos a la creación de nuevas teorías que echen por tierra otras o que se sumen a las preexistentes. Esta confianza es la que se tiene que imbuir clase a clase en los estudiantes, para así cumplir la misión encomendada.

### BIBLIOGRAFÍA

- BONIFAZ, Leticia, “Ciencia y dogmatismo en la enseñanza del derecho”, *Edición conmemorativa del medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, 1991.
- BUNGE, Mario, *Epistemología*, Siglo XXI Editores, 1980.
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994.
- CASTIGNONE, Silvana, *Il realismo giuridico scandinavo e americano: antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1981.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *El derecho y el orden*, Fontamara, 2000.
- DIEZ FAIXAT, José, *Entre la evolución y la eternidad*, Barcelona, Kairós, 1996.
- FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, 1993.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, 1979.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.
- MASSINI, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Barcelona, Labor, 1980.
- OST, François y VAN DER KERCHOVE, Michel, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Giuffrè, 1995.
- , *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- PANNARALE, Luigi, *La botiglia di Leyda*, Turín, Giapichelli, 1996.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1992.
- , *La universidad, epopeya medieval*, México, UNAM, 1987.