

IV. METODOLOGÍA JURÍDICA	133
Jusnaturalismo	134
Valoración del jusnaturalismo	137
Jusnormativismo	140
Jussociologismo	147
Evaluación de algunas de estas ideas	150
Valoración de las ideas de Ross	153
Jusmarxismo	154
Valoración del jusmarxismo	158
Filosofía analítica	160
Los juristas analíticos	162
Valoración de la filosofía analítica en general	165
Semiótica o semiología jurídica	166

IV. Metodología jurídica

Puede decirse que en el campo del conocimiento jurídico existen fundamentalmente tres grandes paradigmas en el sentido de Kuhn¹ —entendidos, en términos generales, como las estructuras conceptuales y valorativas que sirven de guía fundamental al trabajo de una comunidad de científicos—: uno de ellos es el jusnaturalismo; los otros dos se ubican dentro del juspositivismo, que, en sentido lato, comprende el paradigma que enfatiza el fenómeno normativo, y el que subraya el fenómeno jurídico-social.

A diferencia de otros campos científicos, en el conocimiento del derecho coexisten diferentes paradigmas, algunos radicalmente incompatibles entre sí. ¿Por qué la diferencia? es como si coexistieran la física aristotélica y la física cuántica. La hipótesis consiste en que cuando intervienen abiertamente en el campo del conocimiento —como sucede normalmente en relación al derecho—, las concepciones morales, políticas y emocionales, en lugar de sujetarse a la racionalidad, a la objetividad y al método científico, prácticamente no hay posibilidad psicológica de tener una nueva perspectiva.

En consecuencia, las diversas concepciones de lo jurídico que adelante se comentan, no representan la expresión de diversas etapas evolutivas en la historia del conocimiento del derecho, en el sentido de que las más evolucionadas son las únicas que actualmente se encuentran vigentes —aunque unas son más antiguas que otras—, sino que todas se encuentran vigentes.

Con el propósito de presentar de una manera mínimamente sistemática los diversos paradigmas jurídicos, utilizaremos como criterios de semejanza y distinción, para determinar mejor sus respectivos objetos de conocimiento —como podrían haberse utilizado otros—, a los principios gnoseológicos de causalidad y de imputación; entendido el primero como la aptitud mental para poder relacionar los hechos como causas y efectos; y, el segundo, como la

¹ Kuhn, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1980, pp. 33 y ss. Ha existido polémica sobre el alcance semántico de paradigma; se critica a Kuhn de que usa la palabra con una gran diversidad de significados. Una interpretación que compartimos, es la que hace Hilary Putnam: “un paradigma es simplemente una teoría científica junto con un ejemplo de alguna aplicación triunfal y sorprendente”. Dentro de *Revoluciones científicas*, p. 134.

actitud mental que posibilita conocer lo normativo, la autoridad y el deber ser como tales.

JUSNATURALISMO

En realidad, parece difícil hablar de un paradigma general jusnaturalista por dos razones: primera, porque no existe un único jusnaturalismo, sino múltiples —incluso excluyentes entre sí—; y, segunda, como el concepto de paradigma de Kuhn se refiere a los científicos, no parece aplicarse a la actividad metafísica y, en ocasiones, mística de los jusnaturalistas. Sin embargo, como posible justificación, puede indicarse que todas las variedades de jusnaturalismo tienen un elemento común, suficientemente importante que los identifica —que se comentará adelante—. Y, también, puede afirmarse que si el concepto citado de paradigma se traduce como “una forma especial de ver al mundo”, entonces se puede extender sin dificultad a ámbitos fuera de la sociología de la ciencia, y aplicarse a la filosofía tradicional e, incluso, a cualquier actividad humana en la que intervenga el uso de conceptos.

De acuerdo con Nino, la concepción jusnaturalista consiste en sostener conjuntamente dos tesis: la de que existen principios morales y de justicia universalmente válidos, asequibles a la razón humana y que conforman al derecho natural; y la tesis de que un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Pero los jusnaturalistas discrepan sobre el origen o fundamento de tales principios y acerca de cuáles son.²

Conforme al mismo autor, los principales tipos de jusnaturalismo son los siguientes:

En primer término, el jusnaturalismo teológico, en el que se piensa que el derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo, originado en Dios y asequible a la razón humana.

También se considera que ningún orden positivo es obligatorio si no concuerda con tal derecho natural.³

Santo Tomás de Aquino, principal representante del jusnaturalismo teológico, distingue cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y humana:

La primera es la razón que dirige todos los movimientos y acciones del universo, conocida sólo por Dios en su integridad.⁴

La ley natural, o derecho natural, es la percepción parcial e imperfecta de la ley eterna, que realiza el ser humano, por medio de la razón, aunque sea

² Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, pp. 27 y 28.

³ *Ibid.*, p. 28.

⁴ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, F. E., México, 1983, p. 145

incapaz de conocerla completamente. Este derecho natural posibilita a los hombres para distinguir entre el bien y el mal, y debe ser la guía y medida invariable de la ley humana. Su precepto básico es hacer el bien y evitar el mal. Son buenas todas las cosas a las que el hombre tiene inclinación natural, entre las que se encuentran de mayor importancia: la propia conservación; la crianza y educación de los hijos; el conocimiento de la verdad acerca de Dios y de vivir en sociedad, inclinación que lleva a combatir la ignorancia y a no ofender al prójimo; la justicia, que exige sobre todo, dar o dejar a cada uno lo que se le debe.⁵

La ley divina es la relevada por Dios, por medio de las Sagradas Escrituras, y contiene las direcciones particulares de cómo deben conducirse los hombres, y complementa los principios generales y abstractos del derecho natural.⁶

La ley humana es un acto volitivo del poder soberano del Estado; debe estar estructurada conforme a la razón para lograr el bien común, tratando de observar los principios de la ley eterna que se reflejan en la ley natural; si no es justa no es ley, sino una perversión de la ley.⁷

Dentro de la concepción neotomista actual, Preciado Hernández nos dice que, para la concepción tradicional aristotélico-tomista, el derecho natural es el conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes y universales, que

presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria, de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico. Esos criterios no pueden ser otros que[...] —el bien en sus acepciones de ontológico, moral y común, la justicia, la equidad, la seguridad—; y los principios son aquéllos implicados en dichas nociones, o que de ellas se deducen lógicamente.⁸

Preciado ejemplifica esos principios implicados en los criterios fundamentales o fines propios del derecho, o que se deducen de ellos inmediata y lógicamente, en los siguientes:

Dar y reconocer a otro lo que le es debido en justicia.

No causar al prójimo un daño injusto.

Cumplir las obligaciones, pagar las deudas, que no es sino consecuencia inmediata del deber de justicia que nos exige dar a cada quien lo suyo.

Asumir las consecuencias de nuestros actos frente al prójimo. (Principio de responsabilidad.)

Respeto a la vida y a la persona. (Deber y derecho de conservar la vida, derecho de legítima defensa, derecho al trabajo y a los frutos legítimos del

⁵ *Ibid.*, p. 146.

⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁷ *Idem.*

⁸ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, UNAM, México, p. 235.

mismo, derecho de propiedad, deber y derecho de mantener y educar a los hijos, deber de cooperar al bien común y derecho de participar en él, derecho a la libre disposición de sí mismo, derechos de libertad: de opinión, de conciencia, de enseñanza, de asociación, de vocación profesional y de trabajo, etcétera.)

No enriquecerse a costa de otro sin justa causa.

Devolver los depósitos.

No ser juez y parte en el mismo proceso.

No ser juez y testigo en el mismo juicio.

No juzgar a nadie sin oírlo y darle oportunidad de probar sus defensas.

En el orden internacional: respeto de los tratados (*pacta sunt servanda*), independencia e igualdad de los Estados, etcétera.⁹

Para Nino, el jusnaturalismo racionalista se originó en el iluminismo europeo de los siglos XVII y XVIII, y fue expuesto por Spinoza, Pufendorf, Wolff y finalmente por Kant. Para ellos, el derecho natural no deriva de Dios, sino de la naturaleza o de la razón humana, e intentaron formular sistemas jusnaturalistas detallados, cuyas normas básicas constituían axiomas autoevidentes para la razón, como sucede con los axiomas de los sistemas matemáticos. Este racionalismo influyó en la configuración de la llamada dogmática jurídica.¹⁰

Uno de los representantes dentro de este tipo de jusnaturalismo es Rudolf Stammler, de la escuela neokantiana. Para Stammler, en virtud de que la sociedad está cambiando constantemente, y de que el derecho positivo tiene que adecuarse siempre a las circunstancias específicas de tiempo y lugar, el contenido de este derecho no puede determinarse —al contrario del neotomismo—, de una vez por todas, a través de una concepción universalmente válida; por lo que una teoría del derecho que busque validez universal no puede ser más que de carácter formal e independiente del material empírico del derecho positivo, demasiado confuso en su variedad. Se debe basar en el razonamiento lógico y en nociones *a priori*, y guiarse por principios derivados de la teoría del conocimiento de Kant.¹¹ Según Stammler, el legislador, para realizar el ideal de justicia,

debe tener presentes cuatro principios fundamentales: 1. El contenido de la volición de una persona no debe depender del deseo arbitrario de otra. 2. Toda exigencia jurídica debe tener tal forma que la persona obligada pueda conservar la independencia de su personalidad. 3. Una persona sujeta a una obligación jurídica no debe ser excluida arbitrariamente de la comunidad jurídica. 4. Todo poder de disposición concedido por el derecho sólo puede ser excluyente en el sentido de que la persona excluida pueda conservar independientemente su personalidad.¹²

⁹ *Ibid.*, pp. 237 y 238.

¹⁰ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 29

¹¹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 198.

¹² *Ibid.*, p. 202.

De acuerdo con Nino, posteriormente surgieron otras corrientes jusnaturalistas de índole encubierta, porque no se asignaban a sí mismas como jusnaturalistas:

La concepción historicista, de Savigny y Puchta, que pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana. Ambos suponen que la historia se mueve por necesidad hacia algún destino. Esta dirección determina lo bueno y lo malo y, por tanto, ciertas normas se derivan de la descripción y predicción de la realidad.¹³

Nino también nos dice que la misma pretensión tiene la corriente jusnaturalista alemana que se funda en la naturaleza de las cosas, de autores como Dietze, Maihofer y Welzel. Dicha corriente sostiene que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa, a los cuales debe adecuarse el derecho positivo.¹⁴

Valoración del jusnaturalismo

La creencia en un derecho natural, independientemente de la diversidad de opiniones sobre cómo se integra y cuál es su naturaleza, se encuentra muy superada desde el punto de vista de la metodología científica, por lo que sólo debería tener interés histórico; sin embargo, dada su utilidad para la argumentación política y de la manipulación moral, siempre conserva actualidad. La base de esta creencia consiste en que las normas de conducta más importantes no son producto de la decisión del ser humano, sino de instancias superiores a él, lo cual ha sido y es, un medio efectivo de control social, que implica la idea de que el hombre no puede, o no debe, decidir éticamente sobre su propia vida. Parece que esta corriente nunca desaparecerá debido a que se vincula con la parte de conciencia moral —super yo freudiano— que tenemos todos los seres humanos.

Todas las tendencias jusnaturalistas tienen el rasgo de fundamentar la explicación del derecho en elementos que van más allá de la experiencia humana, y que no son considerados únicamente como medios de explicación, sino que como realidades en sí mismas aceptadas dogmáticamente, sin buscar, ni aceptar, posibilidad alguna de refutación; se tiene por evidente su verificación y, por tanto, innecesaria. Se tergiversa el significado de explicación y conocimiento del derecho, porque en realidad lo que se hace, es valorarlo y simultáneamente predicar sobre la moral. Su argumentación generalmente posee fuerte carga emocional.

En el tipo teológico del jusnaturalismo, en virtud de que las normas se infieren de una voluntad antropomórfica, es decir, como existe una autoridad

¹³ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴ *Idem.*

normadora y unas normas producidas por ella, no se comete la falacia de Hume;¹⁵ que consiste en inferir normas a partir de hechos, sin que intervenga la voluntad del ser humano para crearlas. Por tanto, se utiliza únicamente el principio de imputación para determinar como deber algo fuera del ámbito de lo humano.

Por su parte, la corriente racionalista, en virtud de su creencia de que a partir de la observación de la naturaleza del ser humano —que implica el conocimiento causal de los hechos—, es posible, con el uso de la razón, inferir prescripciones normativas —que conlleva el conocimiento de un deber ser— tiene la pretensión inconsciente del uso simultáneo de los principios de causalidad e imputación. Tal pretensión significa cometer la falacia de Hume, antes indicada.

En la concepción historicista y la que se funda en la naturaleza de las cosas, también se comete la falacia de Hume.

Para Kelsen, lo que busca la doctrina jusnaturalista es un criterio para evaluar al derecho positivo como justo o injusto; semejante criterio sólo es posible si las normas que manifiesta tienen la validez absoluta que pretende. Aunque su historia muestra que éste no es el caso; cuando se determina el contenido de estas normas, se incurre en las más agudas contradicciones y sus representantes no proclaman un derecho natural, sino varios muy diferentes y excluyentes entre sí; especialmente en cuestiones fundamentales como la propiedad y la forma del Estado. Para unos, sólo es natural o justa la propiedad privada; para otros, sólo la propiedad colectiva. Conforme a unos, sólo la democracia es lo natural, mientras que, para otros, lo es la autocracia. La doctrina del derecho natural está muy lejos de ofrecer el criterio firme que de ella se esperaba. Si se considera que el derecho natural es un orden instaurado por una autoridad naturalmente suprema, por encima del legislador humano, entonces, también el derecho natural es un derecho impuesto por una voluntad, es decir, es positivo, aunque se trate de una voluntad sobrehumana.¹⁶

Una de las críticas más contundentes en contra del jusnaturalismo fue realizada por Alf Ross, quien distingue, al respecto, los puntos de vista epistemológico, político, psicológico y de la teoría jurídica.

En relación al primero, nos dice que las aseveraciones metafísicas no admiten ser refutadas, porque se refieren a lo que se encuentra más allá de la verificación y, por tanto, no tienen función o lugar legítimo en el pensamiento científico.

¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quienes guían el curso del sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presuposición.¹⁷

¹⁵ Cfr., Vemengo, Roberto José, *Curso de teoría general del derecho*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 58.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982, p. 231.

¹⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4a. ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1977, p. 251.

La historia del derecho natural revela la arbitrariedad de los postulados fundamentales sobre la existencia, el hombre y las ideas jurídico-morales desarrolladas sobre ese fundamento. El jusnaturalismo busca lo absoluto y lo eterno, para hacer del derecho algo más que una obra de seres humanos, lo que libera al legislador de las penurias y responsabilidades de una decisión. Pero la experiencia muestra que esas doctrinas, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona.

¿Es una exigencia de la naturaleza que los hombres sean entre sí como hermanos, o es ley de la naturaleza que el fuerte impere sobre el débil, y que por ello la esclavitud y las diferencias de clase sean parte de lo que Dios ha querido para el mundo? Ambas proposiciones han sido afirmadas con el mismo sustento y el mismo 'derecho'.¹⁸

En el aspecto político, el derecho natural ha sido utilizado para justificar todo tipo de gobierno, desde el poder absoluto, como en el caso de Hobbes, hasta la democracia absoluta, en el caso de Rousseau. El derecho natural ha servido a quienes han querido consolidar el orden existente, como en el caso de Heráclito, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y otros, así como a quienes han preferido abogar por la revolución, como Rousseau.¹⁹

Ross enfatiza que la evidencia no puede ser un criterio de verdad, porque una proposición verdadera es algo distinto del hecho psicológico de que la proposición vaya acompañada de un sentimiento de certeza. Decir que la evidencia garantiza la verdad de una proposición no es analíticamente verdadero, porque el concepto de evidencia no forma parte de la definición de verdad, sino que tiene que entenderse sintéticamente, es decir, afirmar que el sentimiento de evidencia se presenta siempre junto con el estado de cosas que hace verdadera a la proposición. Pero, no existe ninguna prueba de que estos dos fenómenos se presentan siempre juntos. Es cierto que un sentimiento de evidencia acompaña muchas aseveraciones verdaderas, pero también el mismo sentimiento va unido, en muchas ocasiones, a errores y falacias. La firme creencia en la verdad de una proposición necesita siempre justificarse y jamás puede ser su propia justificación.²⁰

Por otra parte, Ross afirma que el punto de vista psicológico complementa al epistemológico: la fuerza de atracción de la metafísica moral y religiosa se debe al temor a las vicisitudes de la vida, a la transitoriedad de todas las cosas, a la inexorabilidad de la muerte, al temor de tener qué elegir y decidir en circunstancias cambiantes y bajo nuestra propia responsabilidad o, a la inversa, al deseo de lo absoluto, de lo eternamente inmutable, que desafía la ley de corrupción.²¹

¹⁸ *Ibid.*, pp. 251 y 252.

¹⁹ *Ibid.*, p. 253.

²⁰ *Ibid.*, pp. 254 y 255.

²¹ *Ibid.*, p. 255.

En cuanto al punto de vista político, Ross indica que aunque en el curso de la historia el derecho natural ha sido conservador, evolucionista y revolucionario, cumple primordialmente la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez. El derecho natural es, principalmente, una ideología creada por quienes se encuentran en él, como los estadistas, los juristas y el clero, con el propósito de legitimar y robustecer su autoridad.²²

En relación al punto de vista de la teoría jurídica, Ross señala que mientras el derecho natural fue sólo la filosofía moral para justificar al derecho positivo y guiar al legislador, postulando la adecuación a la naturaleza del hombre o a los principios supremos de justicia —como un amplio ropaje moral al derecho—, no se perturbó seriamente el pensamiento jurídico genuino, ni se impidió un tratamiento realista de los problemas de política jurídica, ni constituyó necesariamente una restricción a la libertad de pensamiento. Pero con el jusnaturalismo racionalista, se pasó de ser una filosofía moral a una disciplina jurídica, y se duplicó el sistema normativo al concebir al derecho como un conjunto de derechos naturales, por encima o detrás de los derechos subjetivos positivos. A diferencia de las especulaciones de la filosofía moral, dicha duplicación se tradujo en una confusión de conceptos, en el deterioro del análisis jurídico, y en el menoscabo del tratamiento de los problemas político-jurídicos.²³

JUSNORMATIVISMO

Se denomina así a la teoría que concibe al derecho como un fenómeno eminentemente normativo, pero considerado éste como un resultado exclusivo de la voluntad humana. Algunos autores agotan el positivismo jurídico con esta concepción, junto con el llamado realismo o sociologismo;²⁴ sin embargo, si entendemos al positivismo, en sentido negativo, como la concepción de lo jurídico que excluye toda creencia en una realidad irrefutable empíricamente; entonces, el positivismo comprende a una diversidad tan amplia de concepciones del derecho, que prácticamente todas las concepciones jurídicas que no sean jusnaturalistas pueden ubicarse dentro de él, y se presenta un verdadero problema en el significado de la denominación de esta corriente jusfilosófica.

Como afirma Nino:

²² *Ibid.*, pp. 256 y 257.

²³ *Ibid.*, p. 258.

²⁴ *Cf.* Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1980, p. 9. En donde se denomina al normativismo como jurisprudencia analítica, expresión no conveniente, porque la palabra "jurisprudencia" tiene en el derecho mexicano una connotación especial y, lo de analítico, es mejor reservarlo a los juristas que aplican los principios de la filosofía analítica.

Mucho más difícil (que respecto al jusnaturalismo) resulta, en cambio, caracterizar la concepción positivista del derecho. Esto es así porque la expresión “positivismo” es marcadamente ambigua: ella hace referencia a posiciones diferentes que nada tienen que ver entre sí; que, en muchos casos, fueron explícitamente rechazadas por algunos autores considerados positivistas, y que, en otros, fueron sostenidas por juristas positivistas, pero no como parte esencial por el positivismo por ellos defendido.²⁵

Como el uso de la expresión positivismo jurídico carece de precisión, conviene no usarla; en su lugar, es mejor utilizar denominaciones más específicas. En este sentido, es común, pero incorrecto, identificar a la teoría jurídica kelseniana con el juspositivismo. Pero también es incorrecto, desde el punto de vista epistemológico, identificar dicha teoría con el formalismo; la razón es la inconsecuencia de hablar de una teoría formalista, todas las teorías científicas son formalistas, porque entendidas como sistemas lógicos de generalizaciones, ninguna teoría puede, ni es su función, contener todos los aspectos posibles de los fenómenos concretos sobre los cuales se teoriza. Si no puede hacer por completo una descripción, menos una teoría.

Existen otros sentidos críticos en el uso de la palabra formalismo, que se dirigen no sólo contra la teoría de Kelsen, sino contra toda concepción del derecho como norma social: con un sentido ideológico político, se dice que las normas legales sólo son la forma de los propósitos de grupos sociales de poder, o con sentido sociológico metafísico, se apunta que las normas legales son sólo la forma que encubre la verdadera realidad de la vida social cotidiana.

Se consideran como concepciones normativistas del derecho a las teorías de Hans Kelsen y de H. L. A. Hart. Éstas, junto con la de Alf Ross, que se comentará en la parte relativa al sociologismo o realismo escandinavo, constituyen las teorías jurídicas más relevantes del siglo XX.

Nos limitaremos a señalar algunos conceptos de la teoría de Kelsen, en virtud de que es el principal representante del jusnormativismo.

El primer rasgo sobresaliente —muy combatido por sus opositores— de la citada teoría, es su “pureza”. En relación a esto, Kelsen sostiene que la característica de “pura” de su doctrina es un principio de método, que consiste en buscar solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, es decir, liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Aunque esto parezca de sentido común, añade Kelsen, la ciencia jurídica tradicional no satisface tal exigencia metódica, porque se ha confundido con la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. Tal confusión puede explicarse porque los objetos de esas ciencias se relacionan estrechamente con el derecho, pero cuando la teoría pura delimita el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace por ignorancia o rechazo de esta relación, sino para evitar el sincretismo metódico —mezcla de métodos— que oscurece la singularidad de la ciencia jurídica y los límites de su objeto.²⁶

²⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 30.

²⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 15.

A esta pretensión de pureza también se le juzga erróneamente formalista.²⁷ El error consiste en indicar que para que la ciencia del derecho no se quede en las formas, tiene que ocuparse de lo que ya se ocupan otras disciplinas.

Para lograr este objetivo, Kelsen de manera explícita utiliza principio de imputación, el cual explica como un principio ordenador o de conocimiento, diferente del de causalidad, que se emplea en la descripción de un orden normativo de la interacción humana;²⁸ es decir, se utiliza en la descripción del deber ser y para distinguir a éste del mundo no normativo o de los hechos.

En relación al deber ser, en el ámbito de lo jurídico, el mismo autor nos dice que si el derecho declara que, bajo determinadas condiciones, debe producirse determinada consecuencia, el término deber no se entiende en el sentido usual de que algo está ordenado, pero no autorizado o permitido, sino que abarca los tres significados o funciones normativo-jurídicas: el ordenar, el facultar y el permitir positivamente la consecuencia.²⁹ El deber ser es la relación entre el supuesto y la consecuencia normativas.

Otros conceptos básicos, dentro de esta teoría, son los siguientes:

Kelsen afirma que el significado jurídico de una conducta humana no se puede captar por los sentidos, como se capta el color, la dureza o el peso de un objeto. Así, el sentido subjetivo de que alguien dispone por escrito de su patrimonio, en caso de muerte, es un testamento, pero objetivamente, desde el punto de vista del Código Civil, puede quizá —en razón de algún defecto de forma—, que no lo sea. Si una organización clandestina condena a muerte a quien considera traidor, y esto subjetivamente se considera como una condena; objetivamente, desde el punto de vista de la ley penal, es sólo un homicidio.³⁰ Por tanto, el significado jurídico objetivo de una conducta —el que interesa a la ciencia del derecho—, únicamente lo proporciona la norma jurídica que regula la conducta, y no el significado subjetivo que suministra el que realiza dicha conducta.

La factico o ser natural de un acto, no es lo que hace a tal acto lícito o ilícito, sino su significado jurídico objetivo; mismo que se logra a través de una norma que lo prevé —como su contenido normativo—, de suerte que el acto puede ser explicado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación del acto. La explicación de que el acto tiene un acontecer natural también se fundamenta en un esquema particular y diferente de lo normativo: el de la causalidad. La norma según la cual el acto significa que es conforme o contrario a derecho, es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significado jurídico de otra norma.³¹

²⁷ *Cf.*, García Máynez, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Editorial Porrúa, México, 1978, pp. 29 y ss.

²⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 90.

²⁹ *Ibid.*, p. 91.

³⁰ *Ibid.*, pp. 16 y 17.

³¹ *Ibid.*, pp. 17 y 18.

Por validez se entiende la existencia específica de una norma, y se expresa diciendo que algo debe o no ser. Esto es diferente de la realidad de los hechos naturales y de la existencia del acto de voluntad, cuyo significado objetivo proporciona.³² Que una norma sea válida, significa que obliga, y que el hombre debe comportarse como lo indica la norma. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra, la que es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior.³³

De lo anterior, pueden realizarse dos interpretaciones distintas del concepto kelseniano de validez:

Los dos aspectos indicados: validez como existencia de la norma y como fundamentación adecuada en otra norma, son elementos integrantes de un concepto único de validez: una norma es válida o existe si se fundamenta en otra.

Pero si entendemos validez como la existencia de la norma, entonces su concepción se identifica con el concepto de norma y se produce una redundancia conceptual. Ross critica esta concepción de validez y dice:

Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer?[...] la idea de un deber de obedecer al derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) sólo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la "fuerza obligatoria" inherente al derecho.³⁴

Por otra parte, si articulamos los dos sentidos de validez, resulta que dentro del concepto de norma, necesariamente se incluye su fundamento en otra norma. Esto es difícil de aceptar por las siguientes razones: el concepto de norma no puede contener siempre el fundamento en otra norma, porque existen normas positivas que se encuentran en la cima de la jerarquía y no pueden fundamentarse en otras, de lo contrario se tendría que aceptar o que dichas normas no lo son, o que el primer concepto de norma no se encuentra bien cimentado, porque carece de generalidad. Esto lo pretende corregir Kelsen con la idea de la norma fundante, que se comenta adelante. En segundo lugar, cuando se habla de que "una norma se fundamenta en otra" lo que se observa, en la primera impresión, es que el concepto de norma es independiente del concepto de fundamentación, porque para poder predicar algo de un objeto, se requiere que los dos conceptos no sean idénticos; además, si tal fundamentación es parte indispensable del concepto de norma, tal expresión resulta pleonástica.

Los dos aspectos sobre la validez indicados no conforman un solo significado, sino dos significados diferentes, lo que conlleva a la ambigüedad del concepto. Así, la idea de validez como existencia de la norma puede desecharse

³² *Ibid.*, pp. 23 y 24.

³³ *Ibid.*, p. 201.

³⁴ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara, México, 1991, p.

por redundante; pero validez, como fundamentación en otra norma, tiene significación teórica propia, es distinta de los conceptos de norma y de deber ser, y se relaciona con ellos, calificándolos en función de si se encuentran adecuadamente fundamentos en otra norma o no. Debido a esto los conceptos se articulan de la siguiente manera:

Principio de imputación: nos permite conocer a las normas y al deber ser, que pueden ser calificados de válidos o inválidos.

En relación a la validez como fundamento, Kelsen distingue dos tipos de sistemas normativos: el estático y el dinámico. En el primero, las normas son válidas en virtud de su contenido, es decir, si su contenido puede ser subsumido en el contenido de la norma superior, como lo particular bajo lo universal. Por ejemplo, las normas “no se debe mentir” y “no se debe engañar” pueden derivarse de la norma que ordena decir la verdad. En cambio, las normas del tipo dinámico valen en función de su creación, o sea, si, de acuerdo con la norma superior, la autoridad que las creó es competente, y si el procedimiento para hacerlo fue legal. El sistema jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico, lo que significa que una norma de derecho vale, en primer lugar, porque la creó una autoridad competente y con el procedimiento legal —esto es especialmente cierto en las normas constitucionales—, pero también vale, de acuerdo al principio estático, porque su contenido es coherente con el contenido que determina la norma superior.³⁵

El problema de las normas que por su jerarquía superior no se encuentran subordinadas a otras normas y que, por tanto, sólo tienen el sentido subjetivo de ser normas jurídicas o carecen de validez porque no se fundamentan en otra, Kelsen busca resolverlo por medio de uno de sus conceptos más polémicos: la norma fundante.

Así, afirma que, para la ciencia del derecho positivista, el primer constituyente histórico es la suprema autoridad jurídica, y la norma que dispone “deben obedecerse las órdenes del constituyente” no es el sentido subjetivo de una voluntad superior a la del constituyente —sea Dios o la naturaleza—, sino que se trata de la norma fundante; la cual es la base de la validez objetiva de las normas jurídicas, y es necesaria para la interpretación de un orden coactivo, generalmente eficaz, como un sistema de dichas normas.

Y, agrega, que esa norma fundante que no es producto de una voluntad, pero es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas, y sólo puede ser una norma pensada y presupuesta. Es únicamente conocimiento. Es una tesis gnoseológica la que la ubica como la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos del constituyente y de los actos realizados conforme a la Constitución es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas. Con la teoría de la norma fundante básica, la teoría pura sólo hace consciente lo que todos los juristas,

³⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 203, 204 y 205.

por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben a la Constitución y a las normas derivadas, como objetivamente válidas, sin remitir a una norma superior metajurídica, es decir, sin remitir a una norma impuesta por una autoridad superior y diferente a la autoridad jurídica. En otras palabras, es lo que hacen quienes conceptúan al derecho, exclusivamente como derecho positivo.³⁶

Entre los diversos tipos de críticas que se han elaborado en contra de esta idea, una muy utilizada es la de García Máynez:

Tal norma es, por definición, un mandato o un imperativo. Pero un imperativo no puede ser destruido o comprobado por la experiencia como Kant lo demostró. La hipótesis jurídica de Kelsen no es, pues, una hipótesis científica.³⁷

Y lo que parece ser definitivo, es cuando el propio Kelsen se refuta a sí mismo:

En otras anteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser el correlato de una voluntad. Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición ficticio[...] En una norma básica se concibe un acto de volición ficticio que realmente no existe.³⁸

En realidad, la norma fundante de Kelsen sólo es otra forma de designar al principio de imputación, pero cuando éste se aplica, en especial a las normas jurídicas jerárquicamente superiores, sean constitucionales o internacionales. Y, como principio de conocimiento, no debe entenderse como parte de la estructura de una teoría sobre el derecho, ni menos compartir el nombre —norma o constitución— con los conceptos teóricos, sino únicamente debe ubicarse como uno de los presupuestos metodológicos de dicha teoría y, como tal, no existe razón para desecharlo.

De acuerdo con Kelsen, uno de los conceptos básicos para distinguir a las normas jurídicas de otros tipos de normas, es el de acto coactivo. En función de esto, determina su concepto de derecho como orden coactivo de la conducta humana³⁹ y nos dice que los actos coactivos son los que han de cumplirse, aun contra la voluntad del afectado por ellos y, en caso necesario, recurriendo a la fuerza física.

³⁶ *Ibid.*, pp. 211 - 214.

³⁷ Citado por Echeverría, Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, UNAM, México, 1986, p. 40.

³⁸ Citado por Ross, Alf, *Lógica de las normas*, *op. cit.*, p. 147.

³⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 44 - 48.

Se distinguen dos tipos de actos coactivos: las sanciones, actos estatuidos como reacción contra una acción u omisión determinada por el derecho; y actos coactivos-no sanción, que se aplican sin relacionarse con determinada acción u omisión de un individuo, por ejemplo, la internación de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas, o la privación de la propiedad por razones de interés público.⁴⁰

El concepto de acto coactivo-sanción es la base para la determinación de otros conceptos teóricos, como el de acto ilícito o delito, el cual se define como la acción u omisión determinada por el derecho que configura el supuesto para un acto coactivo —consecuencia de lo ilícito o sanción—, también previsto por el orden jurídico. Una acción u omisión es ilícita, si y sólo si se encuentra determinada por el orden jurídico, como condición de un acto coactivo. La ilicitud no es alguna propiedad inmanente, ni una relación con alguna norma metajurídica, natural o divina; es decir, no significa alguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, sino, exclusivamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo sanción.⁴¹

En este sentido, una conducta sólo puede estar obligada jurídicamente, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria a un acto coactivo como sanción. Generalmente, se distingue entre norma jurídica y obligación jurídica, y se dice que una norma jurídica determina una obligación jurídica. Pero la obligación de hacer algo es idéntica a la conducta ordenada en la norma jurídica.⁴²

Puede comentarse en relación con esta idea de Kelsen, que los conceptos teóricos de obligación y norma no son redundantes, porque aunque el tema conductual de una obligación es el mismo que el de la norma que la contiene, no todas las normas contienen obligaciones —aunque en última instancia se relacionen con ellas—, ni cuando las contienen sólo a ellas; las normas también contienen, por ejemplo, facultamientos y supuestos de las obligaciones. En todo caso, en su teoría particular se hace la diferencia de los dos conceptos: norma como esquema de explicitación conductual, y obligación como aquella conducta contraria a la que se vincula jurídicamente una sanción.

Otro concepto de la teoría pura, ligado estrechamente al de obligación, es el de responsabilidad jurídica. Alguien está obligado cuando la conducta contraria es condición de una sanción, pero esta sanción puede dirigirse no contra el individuo obligado, sino contra otro individuo que se encuentre en alguna relación, determinada por el derecho, con el primero. El sujeto contra el que se dirige la sanción es jurídicamente responsable por el ilícito. Si la sanción se dirige al obligado, éste responde de la propia ilicitud y, en este caso,

⁴⁰ *Ibid.*, p. 123.

⁴¹ *Ibid.*, p. 125 y 126.

⁴² *Ibid.*, p. 129.

resulta que el obligado y el responsable son idénticos. Pero si un sujeto responde del delito cometido por otro, el obligado y el responsable no son idénticos. Se está obligado a una conducta conforme a derecho, y se es responsable de una conducta contraria a derecho. El obligado suscita o evita la sanción con su conducta, pero el sujeto únicamente responsable no puede hacerlo.⁴³

JUSSOCIOLOGISMO

Con toda justificación, para Recaséns Siches, el jussociologismo, realismo o sociologismo jurídico, es algo muy diferente de la sociología del derecho.⁴⁴

Para apreciar la diferencia, veamos cómo se caracteriza, primero, la sociología del derecho.

Según 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.⁴⁵

Para Kelsen, sin pronunciarse sobre sus posibilidades de éxito y de valor, la sociología del derecho no se ocupa del significado específico de las normas jurídicas, sino de fenómenos naturales que el derecho califica como hechos jurídicos, no relaciona hechos naturales y normas válidas, sino esos hechos con otros que considera como sus causas y sus efectos. Busca, por ejemplo, las razones y los efectos de la decisión de un legislador para dictar una norma y no otra; indaga la medida en la que la economía o la religión influyen en los tribunales, o por qué se cumplen o no las normas jurídicas. Para ella, el derecho es un hecho natural que se manifiesta en la conciencia de quienes crean, aplican o vigilan las normas de derecho. Su objeto de estudio son los fenómenos naturales paralelos al derecho, pero no éste en sí.⁴⁶ Así como la ciencia del derecho se limita al conocimiento de normas, la sociología del derecho indaga las causas y los efectos de los hechos naturales que, calificados por las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos.⁴⁷

Treves afirma que el modelo de la sociología del derecho —disciplina de los sociólogos y de los científicos sociales—, se basa en la investigación empírica de los hechos jurídicos, para sus propios fines teóricos y cognosciti-

⁴³ *Ibid.*, pp. 133 y 134.

⁴⁴ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1978, p. 158.

⁴⁵ Citado por Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, 9a. ed., Editorial Porrúa, México, 1968, p. 581.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la edición francesa, 12a. ed., EUDEBA, Buenos Aires, 1974, pp. 97 y 98.

⁴⁷ Citado por Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, Taurus Ediciones, Madrid, 1978, pp. 132 y 133.

vos; sin la intención de utilidad práctica inmediata para el derecho y, por tanto, se orienta principalmente sobre temas menos específicos, como son los casos del derecho de los pueblos primitivos, las reglas jurídicas que surgen de las costumbres de grupo, la desviación y la reacción social a la desviación, los valores de la legalidad y la justicia, y sobre los fenómenos jurídicos secundarios, que se distinguen de los primarios, porque no pertenecen de manera exclusiva al campo del derecho.⁴⁸

Para Treves, el jussociologismo, o lo que él denomina sociología en el derecho, es la actividad intelectual realizada por los juristas pertenecientes a las corrientes antiformalistas, que se funda en investigaciones empíricas realizadas en el ámbito de lo jurídico, en general sobre temas similares a los de la sociología del derecho, pero para fines prácticos del propio derecho.⁴⁹

No parece una diferencia adecuada entre el sociologismo jurídico y la sociología del derecho, el enfatizar que en el primer campo exista la preocupación inmediata de utilizar los resultados para fines prácticos o técnicos del propio derecho y, en el segundo, no haya esta preocupación inmediata. Es como decir que, desde el punto de vista metodológico, no hay diferencia. La diferencia metódica se aprecia con las ideas de Kelsen: el sociólogo del derecho no estudia al derecho en sí, sino fenómenos relacionados con él, en cambio, el sociologista pretende estudiar el fenómeno jurídico considerado en sí mismo.

Por otra parte, el método de la sociología del derecho es el mismo que el de la sociología en general, que comparte en términos amplios con los de otras ciencias sociales; la diferencia principal se encuentra en el tipo de aspectos de la conducta humana que se investiga, como el aspecto económico, psicológico, cultural, etc. La metodología y técnicas de investigación social se integran por elementos como los siguientes: aplicación y desarrollo de teoría social, instrumentos para recopilar información social, como son la observación ordinaria y participativa, la entrevista estructurada o dirigida, la encuesta, trabajo de muestreo, estrategia de trabajo de campo, procesamiento de información social, análisis estadístico, etcétera.

Puede definirse al sociologismo o realismo jurídico como la concepción del derecho en que prevalecen los elementos conductuales entre los normativos. Se clasifica en dos grandes ramas: el realismo estadounidense y el realismo europeo; este último, incluye al realismo escandinavo, que presenta un mayor desarrollo metodológico. Se aludirá a algunos pensadores representativos del primero y a Alf Ross como representativo del segundo.

Dentro del realismo de Estados Unidos, para Oliver Wendel Holmes el objeto de la jurisprudencia es predecir en especial lo que los tribunales harán en el futuro:

⁴⁸ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁹ *Idem.*

Los individuos desean saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de ir en contra de lo que es mucho más fuerte que ellos, por lo que se proponen la tarea de discurrir cuándo ese peligro ha de ser temido. El objeto de nuestro estudio es entonces la predicción de la interferencia de las fuerzas públicas a través del instrumento de los tribunales[...] Entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más[...] Los derechos y deberes primarios con que la jurisprudencia se ocupa no son otra cosa que una profecía. Lo que se llama deber jurídico no es sino la predicción de lo que, si un hombre hace u omite ciertas cosas, tendrá que sufrir en una o en otra forma, en virtud de una sentencia del tribunal; pudiendo decirse lo propio de un derecho subjetivo. La obligación de celebrar un contrato de acuerdo con el *common law*, implica la predicción de que quien no lo cumpla tendrá que pagar los consiguientes daños y perjuicios, y nada más.⁵⁰

Y continúa Holmes:

Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por "derecho" las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos.⁵¹

Dentro del mismo realismo, Roscoe Pound, quien se inspira en Holmes, afirma que la investigación sociológica en el campo del derecho debe realizarse con un análisis de los factores preceptivos: reglas, principios, doctrinas; y de los intereses individuales, públicos y sociales. Según Pound, la generación anterior de juristas se contentaba con ocuparse de la justicia abstracta de las normas en abstracto, pero el trabajo de la nueva generación debe caracterizarse por el estudio de los efectos sociales concretos de institutos y doctrinas jurídicas, y de los medios para hacer operativas a las normas jurídicas; el estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de las leyes; el estudio de la metodología jurídica; elaboración de una historia sociológica del derecho; y reconocer la importancia de la solución razonable y equitativa en los casos particulares.⁵²

⁵⁰ Citado por Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho*, op. cit., EUDEBA, pp. 197 y 198.

⁵¹ Citado por Nino, Carlos Santiago, op. cit., p. 46.

⁵² Citado por Treves, Renato, op. cit., pp. 129 y 130.

Pound reemplaza el racionalismo de la ciencia jurídica por el empirismo y el pragmatismo, y niega la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables. El derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su origen. Lo importante no es la naturaleza, sino el propósito del derecho, el cual es un instrumento de la civilización para mejorar el orden social y económico, que no se ocupa primordialmente de derechos, sino de intereses, aspiraciones y pretensiones. Un derecho es sólo uno de los medios para la satisfacción de los intereses; se ha exagerado mucho su importancia en el pasado. Puesto que no es posible dar satisfacción a todos, el principio debe ser satisfacer tantas pretensiones como sea posible. En la medida que estas pretensiones e intereses se contraponen mutuamente, la función del derecho es armonizarlos y reconciliarlos. Así, el orden jurídico surge como un sistema de ingeniería social para eliminar la fricción en el goce de los bienes. La justicia puede lograrse con o sin el derecho: con el derecho significa una administración de justicia impersonal, igual y cierta, que pueda ser asegurada mediante principios decisorios de aplicación general. La justicia sin derecho es administrada según la voluntad de un individuo con gran libertad discrecional, que no está obligado a observar reglas fijas generales. La historia muestra una continua oscilación entre la discreción amplia y la regla detallada y estricta.⁵³

Evaluación de algunas de estas ideas

Para Kelsen, la definición del derecho de Holmes como el “conjunto de profecías sobre lo que los tribunales harán en realidad”, no es adecuada, porque predecir con un grado razonable es probabilidad entonces que hará un tribunal, en un sistema en que el tribunal actúa con máxima libertad en el caso concreto, es como predecir con un grado razonable de probabilidad qué leyes serán expedidas por un cuerpo legislativo.⁵⁴

Según Nino, si la mayor parte de las normas del derecho norteamericano se originan en las decisiones judiciales —los precedentes—, y no en un acto deliberado del legislador, los juristas de tal sistema advierten, con mayor claridad que los juristas dogmáticos del sistema continental europeo, que las normas jurídicas, sean leyes o decisiones judiciales, carecen de las cualidades que se les asigna. Por el solo hecho de utilizar un lenguaje natural, las normas de derecho tienen toda la imprecisión de dicho lenguaje, además de que, cuando se formula una norma general, se consideran únicamente ciertos aspectos importantes de lo que se quiere regular; pero como el legislador no puede prever todos los aspectos posibles de los futuros casos concretos, quedan casos sin regular, y casos con una solución diferente de la deseada, si se hubieran previsto

⁵³ Citado por Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 344 - 347.

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho*, *op. cit.*, EUDEBA, p. 200.

dichos aspectos. Esto ha debilitado la confianza en la certeza de las normas de derecho. Pero una cosa es decir que el derecho está integrado por normas y que no tienen las virtudes asignadas, y otra, muy diferente, es decir que el derecho no consiste en normas.⁵⁵

Del realismo, Nino elogia el escepticismo respecto de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes. Su propósito, describir la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables, los lleva a creer que el derecho sólo se relaciona con las decisiones judiciales. Es cierto —cuando Holmes alude al punto de vista del hombre malo—, el que únicamente se preocupa por evitar sanciones, se interesa por la predicción de lo que puede realizar impunemente y de lo que no. Sin embargo, ¿qué pasa con el hombre bueno, el que quiere cumplir con su deber independientemente de las consecuencias? El realismo dirá que el derecho no le puede dar ninguna respuesta, sino que, como su interés es moral, debe recurrir a su conciencia, como dice Holmes.⁵⁶

Cuando los realistas afirman que el derecho consiste en profecías sobre la conducta de los tribunales, Nino se pregunta: ¿por derecho se refieren a la ciencia jurídica o a su objeto de estudio?

Y concluye que parece evidente, que se refieran a la ciencia del derecho, porque esas profecías sólo las pueden hacer los juristas o abogados, y no los mismos jueces, ni los legisladores. Además, si el derecho se integrara de esas profecías, entonces no se entiende de qué se ocupa la ciencia jurídica porque, seguramente, no de hacer profecías sobre profecías. Si la ciencia del derecho consiste en predecir decisiones judiciales, entonces el derecho sólo es un conjunto de esas decisiones. En tal caso, el realismo no responde: ¿cómo sabemos quiénes son los jueces? Por lo menos, esta corriente debe admitir la existencia de normas que dan competencia para actuar como jueces, dado que es la única manera de diferenciarlos de quienes no lo son. Por otro lado, si el derecho consistiera en profecías sobre la conducta de los jueces, sería absurdo decir que los jueces aplican el derecho en sus decisiones, como dicen los mismos jueces que hacen, pues esto significaría que para actuar, consideran la predicción de cómo van a hacerlo.⁵⁷

Por su parte, el realismo europeo, en su especie de realismo escandinavo, es representado por Alf Ross —de quien se harán algunos señalamientos—, junto con Hägeström, Olivecrona, Lundstedt, y otros.

En oposición a la concepción normativista, en especial la kelseniana, para Ross, en su primer época, el objeto de la ciencia jurídica es la conducta humana, entendida como fenómeno psicosocial —que es la aportación del realismo escandinavo—, pero sin aceptar la idea del realismo norteamericano, de que el

⁵⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 46 y 47.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 47 y 48.

derecho se reduce a hechos sociales. Rechaza la distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser, porque desde una perspectiva empirista moderna esa distinción no tiene cabida. La ciencia del derecho es una ciencia social empírica que tiene órdenes jurídicos determinados, como objeto de conocimiento. En época posterior, replantea que el derecho consiste en fenómenos y normas, y la ciencia del derecho, en sentido estricto, se ocupa de las normas. Pero propone un concepto de norma que tiene las ventajas de las entidades empíricas verificables, de las que carecen los significados ideales, sin que se produzca una reducción de las normas a los hechos.⁵⁸

Para explicar su concepto de norma, Ross lo ejemplifica con las reglas del ajedrez: el movimiento de las piezas no es un simple cambio de objetos en el espacio, sino que, como movidas del juego, son un todo coherente pleno de sentido, de acuerdo con los principios del juego. La comprensión de esto no opera con las leyes de causalidad, porque las movidas no se encuentran en relación mutuamente causal; su conexión se establece por las reglas y la teoría del ajedrez, o sea, su conexión es de significado.⁵⁹

La coparticipación, o la misma interpretación, al menos de los dos jugadores, es necesaria para las reglas del ajedrez. Si no, no habría juego y las movidas permanecerían aisladas sin significado coherente. En este sentido, el juego de ajedrez puede ser tomado como un modelo simple de lo que llamamos fenómeno social. La vida social no es un caos de acciones individuales aisladas, sino que es vida social, porque un gran número de acciones individuales —no todas— en interacción mutua, tienen significado en relación con un conjunto de reglas comunes, cuya conciencia hace posible comprender y, en alguna medida, predecir el curso de los sucesos.⁶⁰

La vigencia de una regla de ajedrez implica dos elementos: uno se refiere al cumplimiento de la regla, establecido por la observación externa; el otro se refiere a la manera en la cual la regla es vivida como socialmente obligatoria. Los fenómenos del ajedrez y las normas del ajedrez no son independientes, ni poseen realidad propia; son aspectos diferentes de lo mismo. Ninguna acción biológico-física, por sí misma, es una movida de ajedrez, sólo lo es, en relación con las normas del ajedrez; pero, a la inversa, ninguna directiva es por sí una norma válida de ajedrez, sólo lo es porque puede ser aplicada como esquema de interpretación de los fenómenos de ajedrez, los que son tales sólo cuando se relacionan con las normas de ajedrez y viceversa.⁶¹

El derecho también consiste, parcialmente, en fenómenos jurídicos y en normas jurídicas, en correlación mutua. Se parte de la hipótesis de que un sistema normativo es vigente si puede servir como un sistema de interpretación para acciones sociales, que permite comprender estas acciones como un todo

⁵⁸ Esquivel Pérez, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

⁵⁹ Ross, Alf, *Sobre el derecho*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 14

⁶¹ *Ibid.*, pp. 16 y 17.

coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Las normas son obedecidas, porque se las toma como socialmente obligatorias. Y los hechos sociales que, como fenómenos jurídicos, constituyen la contrapartida de las normas jurídicas son las acciones humanas reguladas por las normas jurídicas, las cuales determinan las condiciones para poder ejercer la fuerza por los tribunales. Así, un orden jurídico racional, puede definirse como el conjunto de normas que operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias.⁶²

Para Ross, la coacción estatal no es una parte necesaria del derecho en el sentido de que cada regla deba contenerla, pero sí es indispensable que un sistema, para ser jurídico, tenga que basarse en alguna parte en la coacción.⁶³

Ross indica que el estudio del derecho se divide en dos ramas: del derecho en acción, los fenómenos jurídicos, se ocupará la sociología jurídica; de las directivas o normas, se ocupará la ciencia jurídica, al cual descubre el significado ideal que funciona como esquema de interpretación para los fenómenos. Ambas disciplinas no pueden separarse, y sus límites no son claros, porque su diferencia es de enfoque y de interés.⁶⁴

Valoración de las ideas de Ross

Según Esquivel Pérez, en última instancia, a pesar de las diferencias que señala, la posición de Ross es muy semejante a la de Kelsen.⁶⁵

Aunque Ross afirma en su modelo del ajedrez sobre las normas sociales, que no existe una relación de causalidad entre los actos observados, sino sólo de significado, cabe apuntar que, precisamente, la causalidad es un significado. Ahora, si se trata de fenómenos fácticos, ¿porqué no se aplica el principio de causalidad? La observación de la conducta humana que manifiesta un sentimiento de obligatoriedad hacia determinadas directivas, se encuentra en el campo de la psicología y, como tal, necesariamente utiliza el principio de causalidad. Por otra parte, en principio si el carácter normativo de un uso del lenguaje —las directivas— se encuentra exclusivamente en función y en la medida de su eficacia, entonces, parece ubicarse en el ámbito jurídico, dentro de la teoría realista de la validez, la cual consiste, según Kelsen, en la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia; tesis falsa, porque existen múltiples casos en que consideran válidas normas jurídicas aunque no sean eficaces.⁶⁶

⁶² *Ibid.*, pp. 17 y 34.

⁶³ Esquivel Pérez, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, EUDEBA, pp. 220 - 223.

Para Nino, el modelo de la ciencia jurídica empírica de Ross parece ser coherente, con posibilidades de ser llevado a la práctica y que diseña un tipo de actividad teórica importante y útil para la vida social. Sin embargo, esto no es como parece, porque dicho modelo no considera que la aceptación de normas por parte de los jueces no es un fenómeno caprichoso que requiera determinar la vigencia de las innumerables normas jurídicas, a través de un gran número de decisiones judiciales. Por el contrario, los jueces aceptan con cierta uniformidad determinadas normas básicas —que se pueden identificar por ciertas propiedades comunes, como la de estar dictadas por cierto órgano legislativo, por ejemplo— que prescriben la aplicación de las normas restantes. A partir de esto, se puede predecir que las normas restantes, decretos, ordenanzas municipales, etc., serán también reconocidas por los jueces. Si dichas predicciones se muestran falsas, con cierta frecuencia, habrá que revisar la hipótesis inicial sobre lo que los jueces reconocen como normas básicas. Esto implica que esa hipótesis debe testarse, de vez en cuando, observando la aplicación que hacen los jueces de las normas que se derivan de las básicas; pero esto es muy distinto a pensar que la vigencia de las incontables normas que integran el derecho tiene que determinarse aisladamente en relación a cada una de ellas.⁶⁷

Y, concluye Nino: si ésta es la forma para determinar qué normas jurídicas tienen vigencia, entonces quien generalmente la realiza son los editores de publicaciones periódicas especializadas, en las que suelen fundarse los juristas teóricos que realizan elaboraciones ulteriores. ¡Los verdaderos científicos del derecho serían, según el modelo de Ross, estos editores! Los juristas teóricos sólo intervienen para solucionar un punto especialmente controvertido sobre la vigencia de una norma.⁶⁸

JUSMARXISMO

Marx indica lo siguiente:

Mi método dialéctico no sólo es fundamentalmente distinto del método de Hegel, sino que es, en todo y por todo, la antítesis de él. Para Hegel, el proceso del pensamiento, al que él convierte incluso, bajo el nombre de idea, en sujeto con vida propia, es el demiurgo de lo real, y esto, la simple forma externa en que toma cuerpo. Para mí, lo ideal no es, por el contrario, más que lo material traducido y traspuesto a la cabeza del hombre.⁶⁹

⁶⁷ Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Distribuciones Fontamara, México, 1993, pp. 54 y 55.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁹ Marx, Karl, *El capital*, tomo primero, 2a. ed., FCE, México, 1984, p. xxiii.

Por su parte, Friedrich Engels ⁷⁰ manifiesta que la dialéctica es la ciencia de las leyes generales del movimiento y desarrollo de la naturaleza, la historia y el pensamiento humano; de la concatenación universal que concibe las cosas y los conceptos en sus conexiones, en su dinámica y en su proceso de génesis y caducidad. Según Engels, las tres leyes fundamentales de la dialéctica son: la ley del tránsito de la cantidad a la cualidad y viceversa, la ley de la penetración recíproca de los contrarios, y la ley de la negación. La primera indica que los cambios en la naturaleza no son sólo cuantitativos, y que la acumulación de elementos suele producir en los hechos nuevas cualidades. La segunda ley apunta que todo objeto real tiene el carácter de unidad cambiante, ya que es un complejo de elementos y fuerzas opuestos; esta unidad es temporal y relativa, porque el proceso de cambio es continuo y absoluto. La tercera ley señala que es infinita la serie de cambios cuantitativos y de las cualidades nacientes; cada etapa del desenvolvimiento de una cosa es una síntesis, que resuelve las oposiciones contenidas en una etapa anterior o síntesis previa; la síntesis posterior será de nuevo negada por otra, así sucesivamente.⁷¹

El materialismo dialéctico es la concepción marxista del mundo, mientras que el materialismo histórico es la investigación de la vida social conforme a los criterios del materialismo dialéctico. Aunque en la expresión “materialismo histórico” desaparece la referencia a la dialéctica, es también eminentemente dialéctico. Dentro de este materialismo son fundamentales los conceptos de base o estructura y superestructura. Se afirma que en la estructura se encuentran los factores impulsores o condicionantes, en principio, de la vida social, que se encuentra constituida por el sistema económico de la producción material. En la superestructura, en cambio, se ubican los factores impulsados o condicionados en principio por la primera; estos factores son la moral, la política, el derecho, entre otros, que en conjunto reciben el nombre de ideología.⁷²

Se aclara que el determinismo económico sobre la ideología no es absoluto, aunque sí el factor más importante. A este respecto, Engels escribe lo siguiente:

El que los discípulos hagan a veces más hincapié del debido en el aspecto económico es cosa de la que, en parte, tenemos la culpa Marx y yo mismo. Frente a los adversarios teníamos que subrayar este principio cardinal que se negaba, y no siempre disponíamos de tiempo y ocasión, para dar la debida importancia a los demás factores que intervienen en el juego de reacciones y acciones[...] Según la concepción materialista de la historia, el factor que en última instancia determina la historia es la producción y la reproducción de la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado más que esto. Si alguien lo tergiversa

⁷⁰ Citado por Hernández Gil, Antonio, *Marxismo y positivismo lógico*, Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 17.

⁷¹ Larroyo, Francisco, *Sistema e historia de las doctrinas filosóficas*, Editorial Porrúa, México, 1968, p. 93.

⁷² Hernández Gil, Antonio, *Marxismo y positivismo lógico*, Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 32.

diciendo que el factor económico es el único determinante, convertirá aquella tesis en una frase vacua, abstracta y absurda.⁷³

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 práctica, por la desigualdad del trabajo desarrollado.⁷⁴ En el manifiesto comunista, Marx y Engels le dirigen a la burguesía las siguientes palabras:

[...] vuestras ideas son en sí mismas producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesa, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase.⁷⁵

Para el jusmarxista Cañizares, el derecho es la expresión autoritaria de los intereses sociales que han triunfado. Cada clase dominante crea su propio derecho, al elaborar sus propias condiciones de dominación sobre el resto de la sociedad. La estructura clasista de la sociedad, impide que el derecho tenga un fundamento de ética y justicia; sólo permite un derecho parcial y derivado de intereses. Para la concepción materialista de la historia, el derecho es un fenómeno social secundario; no es una racionalidad que se oponga a las circunstancias, una sistematización de las relaciones sociales concretas.⁷⁶

Dice Engels:

Si el ideólogo quiere construir la moral y el derecho, no sacándolos de la realidad de las condiciones sociales en que viven los hombres que le rodean, sino partiendo del "concepto de la sociedad" o de lo que él llama sus elementos simples: ¿con qué material se cuenta para esta obra de edificación? Con dos clases de materiales evidentemente: con los exiguos vestigios de contenido real que pueden encerrarse todavía en aquellas abstracciones sobre que construye, y con el contenido que nuestro ideólogo aporte, tomándolo de su propia conciencia. Y, ¿qué es lo que su conciencia le brinda? Le brinda en su mayor parte instituciones morales y jurídicas, que son una expresión —más o menos adecuada— positiva o negativa, favorable o adversa de las condiciones sociales y políticas en que vive; tal vez, además, le brinda ideas tomadas de la literatura sobre estos problemas y, por último, acaso toda una serie de figuraciones personales. Haga lo que haga nuestro ideólogo, póngase como se ponga, se encontrará siempre con que la realidad histórica que arrojó por la puerta vuelve a colarse por la ventana, y cuando cree estar construyendo una teoría de la moral y el derecho para todos los tiempos y todos los mundos, lo que hace en realidad es trazar una imagen caricaturesca —arrancada de su base real invertida como un espejo cóncavo— de las corrientes conservadoras o revolucionarias de su tiempo.⁷⁷

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁵ Citado por Cañizares, Fernando Diego, *Teoría del derecho*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 31.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibid.*, p. 32.

Bodenheimer indica que después de la revolución de 1917, el jusmarxismo fue el credo oficial de la Rusia soviética, y al menos en las dos décadas siguientes, los juristas rusos siguieron hasta su conclusión, la doctrina de que el derecho es un mero reflejo de condiciones, e instrumento de conveniencias económicas, sin tratar de construir un sistema de conceptos, ni desarrollar una ciencia del derecho, de la que rechazan el supuesto de su independencia.⁷⁸

Entre los principales autores jusmarxistas, se encuentran los siguientes:

Pasukanis, quien señala que no es suficiente, para la existencia objetiva del derecho, conocer su contenido normativo; es necesario conocer si tal contenido normativo se realiza o no en las relaciones sociales.⁷⁹ Para él, en una sociedad colectivista, con unidad de propósito social y armonía de intereses, el derecho —que presupone intereses contrapuestos— será innecesario y será remplazado por normas técnico-sociales, para la utilidad económica.⁸⁰ Stucka, sostiene que el derecho es un sistema de relaciones sociales en correspondencia con los intereses de la clase dominante y tutelado por su fuerza organizada. Vysinskij considera al derecho como el conjunto de las reglas de conducta que expresan la voluntad y conveniencia de la clase dominante legislativamente establecida; sus costumbres y sus reglas de convivencia, garantizadas por la fuerza coercitiva del poder estatal.⁸¹

Hernández Gil sintetiza los rasgos de la concepción marxista del derecho, en lo siguiente:

El materialismo histórico ve en el derecho uno de los factores integrantes de la capa ideológica, la superestructura; en ésta, el derecho y los demás elementos superestructurales, sólo se entienden como proyección y reflejo de la estructura, el sistema económico concreto o la producción material de los bienes; en esta producción, la clase económica gobernante tiene el papel preponderante y el derecho es su instrumento; el materialismo histórico admite que, en algunos aspectos, la superestructura provoca efectos en la estructura, e incluye en esto al derecho, pero subrayando siempre la prioridad ineludible del factor económico, con lo que la incidencia de lo jurídico en lo económico nunca es extraeconómica; así, el derecho carece de autonomía, tanto ideal como empírico-histórica, y siempre está implicado en un proceso económico de manera dialéctica; en concepto y práctica, el derecho es siempre una categoría burguesa, y esto conduce dialécticamente, a la negación del derecho que, junto con la negación del Estado, son los rasgos que el marxismo reserva para la última etapa del comunismo.⁸²

⁷⁸ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

⁷⁹ Citado por Treves, Renato, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁰ Citado por Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 255.

⁸¹ Citado por Treves, Renato, *op. cit.*, pp. 110 y 112.

⁸² Hernández Gil, *op. cit.*, pp. 39 y 41.

Valoración del jusmarxismo

Desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, Popper indica que los admiradores de las teorías de Marx, Freud y Adler, se impresionan especialmente porque tales teorías parecen poder explicar todo a lo que se refieren. Su estudio parece tener el efecto de una conversión o revelación intelectual, que abre los ojos a una nueva verdad oculta y, una vez que sucede, se ve el mundo lleno de verificaciones de las teorías. La verdad parece manifiesta, y a los incrédulos se les considera personas que se niegan a verla, porque está contra sus intereses de clase, o porque sus represiones psicológicas exigen un tratamiento. Un marxista no puede abrir un periódico sin hallar en cada página, noticias, presentación y en lo que no dice, confirmaciones de su interpretación histórica.⁸³

Popper continúa:

Aunque en la época de la teoría de la gravitación de Einstein los instrumentos de medición no podían asegurar un resultado, había sin duda una posibilidad de falsear la teoría, por lo que ésta satisfizo el criterio científico de la refutabilidad. En cambio, la astrología no pasa la prueba. Los astrólogos se impresionaron tanto — y engañaron — por lo que ellos consideraban verificaciones, hasta pasar por alto toda prueba en contra. Al dar a sus teorías y profecías suficiente vaguedad, eliminaron todo lo que habría sido una refutación de su teoría, y ésta se volvió irrefutable. Es una treta del adivino precedir cosas de manera tan vaga que difícilmente se fracase.⁸⁴

Y concluye Popper:

La teoría marxista de la historia adoptó, finalmente, esta práctica de adivinos. Algunas de las primeras predicciones de esa teoría — como la de la futura revolución social — fueron confrontables con los hechos y, en realidad, fueron refutadas. Pero en lugar de aceptarse las refutaciones, se reinterpreto la teoría y lo que debía observarse, para que fueran compatibles entre sí. Así, salvaron a la teoría de la refutación, pero lo hicieron al precio de hacerla irrefutable y, con esta estratagema, destruyeron su pretensión — a la que se ha hecho mucha propaganda — de tener un estatus científico.⁸⁵

Bodenheimer apunta que, debido al éxito del primer plan quinquenal, en 1930, se anunció oficialmente que el socialismo había triunfado irrevocablemente en Rusia; por esta razón, algunos jueces, en aplicación de la teoría marxista, comenzaron a clausurar sus tribunales; pero el gobierno les desautorizó y prohibió toda idea de la desaparición del derecho en una sociedad comunista.⁸⁶

Hernández Gil valora lo siguiente:

⁸³ Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, p. 59.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 61 y 62.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 62.

⁸⁶ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, pp. 254 y 255

Entre aquella explicación del derecho burgués de los países capitalistas, como fenómeno de la superestructura ideológica, el no-derecho de la dictadura del proletariado, y del comunismo propiamente dicho, aparece la realidad tangible de un derecho vigente en los países socialistas. El marxismo combate al derecho como se combate una opinión que no se comparte, descubriendo cómo se formó, sin oponer otra opinión —sin hacer ciencia jurídica—. Por ello, la explicación marxista del derecho lleva al sociologismo a su grado máximo. Una más depurada teorización en sociología no conduciría a los mismos resultados. No en vano, en el marxismo, la fe política estimula y, en ocasiones, suple el trabajo científico.⁸⁷

Bodenheimer nos dice que durante algunos años, la teoría de Pasukanis, acerca de que el derecho no es compatible con el comunismo, ejerció gran influencia sobre la teoría rusa del derecho. Pero, en 1937, Pasukanis fue privado de su cargo y declarado enemigo del pueblo, porque su teoría ya no servía para los propósitos de la dictadura proletaria, sino que fue considerada como teoría subversiva que mina el poder del Estado y desacredita ante los estudiantes al derecho soviético. No se habló más de la desaparición del derecho y del poder estatal. Por el contrario, se subrayó la necesidad del derecho y de una aplicación más estricta de las leyes.⁸⁸

Para Guastini, las tesis soviéticas del derecho pueden resumirse así: el derecho es un conjunto de relaciones sociales, especialmente económicas (tesis de Stucka y Pasukanis); el derecho es el conjunto de las relaciones sociales entre productores de mercancías (tesis de Pasukanis); el derecho es expresión normativa de la voluntad o de la ideología de la clase dominante (tesis de Rejsner, Stucka y Vysinskij); el derecho se extingue con la desaparición de las clases, o con la desaparición de¹ capitalismo (tesis de Pasukanis).⁸⁹

Y, de acuerdo con el mismo autor, las objeciones de Kelsen, en relación a esas tesis son las siguientes: el derecho no puede ser identificado con la economía o con las relaciones sociales, porque entonces se confunde la norma jurídica con los comportamientos prescritos, que son obviamente comportamientos sociales y económicos, y se confunde la norma con los hechos; las relaciones y comportamientos sociales constituyen una regularidad, pero el derecho no es descripción de regularidades, sino prescripción de conductas; el derecho no puede ser identificado con las relaciones económicas mercantiles capitalistas, porque todos los ordenamientos jurídicos existentes, de hecho, regulan también relaciones no mercantiles; la tesis de que el derecho es el conjunto de relaciones sociales, contradice la tesis de que el derecho es la voluntad de la clase dominante, porque en la sociedad comunista habrá relaciones sociales y, por tanto, según la primer tesis debería haber derecho, pero como en la sociedad comunista no habrá clases, ni clase dominante, por tanto, según la segunda tesis, no debería haber derecho.

⁸⁷ Hernández Gil, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

⁸⁸ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁹ Óscar Correas, *et al.*, "Kelsen y Marx", en *El otro Kelsen*, UNAM, La Habana, 1989, p. 91.

Es empíricamente falso que el derecho tutele únicamente intereses de la clase dominante, también tutela intereses de la clase oprimida; también es falso que el derecho tutele únicamente intereses colectivos de la clase dominante, también tutela intereses de una parte de la clase dominante contra otras partes de la misma, según Kelsen.⁹⁰

FILOSOFÍA ANALÍTICA

En realidad, la expresión “filosofía analítica” no denota una concepción jurídica, sino toda una postura filosófica de manejo de los problemas científicos y de conocimiento general, que abarca lo correspondiente al ámbito de la ciencia del derecho. En este ámbito, quienes asumen dicha postura se denominan juristas analíticos. Para comprender mejor su pensamiento, señalaremos los rasgos característicos de la filosofía analítica en general.

Según Porta, filosofía analítica, positivismo lógico, neoempirismo, análisis lógico, análisis, Círculo de Viena y otros, son diversos nombres del movimiento filosófico originado en Viena en la década de los veinte. El positivismo lógico buscó construir la filosofía como ciencia, y liberarlas, a las dos, de los prejuicios y sinsentidos acumulados históricamente; buscó rescatar la visión natural del mundo de las tinieblas de la metafísica y el irracionalismo. Su ideal de filosofía tuvo una doble función: analizar y proponer los conceptos que relacionen y den unidad al conjunto de las ciencias.⁹¹

Para Abbagnano, la filosofía analítica se caracteriza por la reducción de la filosofía al análisis del lenguaje, y por las siguientes tesis: los enunciados factuales —o que se refieren a cosas existentes—, sólo tienen significado si son empíricamente comprobables; existen enunciados no comprobables, pero que son verdaderos por sus mismos términos integrantes, estos enunciados son las tautologías lógicas y matemáticas, que no aseveran algo acerca de la realidad.⁹²

Gracia nos dice que el punto de vista angular de esta corriente es el llamado principio de verificación: el significado de una oración depende de su verificabilidad; si es verificable, la oración tiene significado; si no lo es, o es una tautología o no tiene significado. La verificabilidad tiene que ver con la observación empírica. Este criterio elimina con facilidad casi todas las oraciones de la filosofía tradicional. Así, la labor filosófica se simplifica enormemente. Su función tiene que ver, más bien, con el análisis de relaciones sintácticas, el análisis lógico de las oraciones y términos usados por la ciencia y, de esta manera, se revelan las engañosas estructuras gramaticales de oraciones metafísicas tradicionales. Por ejemplo, la oración “la risa es una cosa” es engañosa,

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 91 y 92.

⁹¹ Porta, Miguel, *El positivismo lógico. El Círculo de Viena*, Montesinos Editor, Barcelona, 1983, pp. 9, 12 y 13.

⁹² Abbagnano, Nicole, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., FCE, México, 1985, pp. 400 y 401.

pues parece una oración empírica como “la rosa es roja”, pero de hecho sólo es una oración sintáctica —es decir, una oración que sólo se refiere a una forma de hablar y no referida a un hecho—, al igual que la oración “la palabra ‘rosa’ es una palabra-cosa”. Las dificultades se originan en creer, en virtud de su semejanza, que las oraciones sintácticas son oraciones empíricas. La tarea de la filosofía analítica es buscar las condiciones de la certeza a través del análisis.⁹³

Hans Reichenbach nos dice que el origen de las oscuras concepciones de la filosofía se encuentra en motivos extralógicos del proceso de pensamiento. Entre ellos se encuentra el uso de pseudoexplicaciones con lenguaje de imágenes, y el impulso de construir mundos imaginarios, que constituyen una intrusión de la pseudopoesía dentro del conocimiento y de la legítima búsqueda de la verdad y de explicaciones por medio de la generalidad. La tendencia a pensar en imágenes es un motivo extralógico, porque tiene su origen en necesidades mentales ajenas al reino de la lógica.⁹⁴

Rudolf Carnap sostiene que el desarrollo de la lógica moderna posibilitó una respuesta más precisa al problema de la metafísica, y que las investigaciones para esclarecer, por medio del análisis lógico, el significado de las proposiciones científicas y su contenido cognoscitivo, tienen el resultado positivo de esclarecer los conceptos particulares de las ciencias empíricas; pero también el resultado negativo de descubrir que las proposiciones metafísicas pretendidas son totalmente carentes de significado. Las proposiciones sin sentido se denominan pseudoproposiciones, y deben distinguirse de las proposiciones falsas, las cuales, precisamente porque tienen significado podemos saber que son falsas.⁹⁵

Y el mismo autor aclara que la metafísica no es un cuento de hadas, porque las proposiciones de los cuentos de hadas no entran en conflicto con la lógica, sino únicamente con la experiencia; tienen pleno significado, aunque sea falso. Tampoco es una superstición, porque es posible creer tanto en proposiciones verdaderas como en proposiciones falsas, pero no es posible creer en secuencias de palabras carentes de significado. Las proposiciones metafísicas no se aceptan ni como hipótesis de trabajo, porque éstas necesitan la relación de derivabilidad con proposiciones empíricas —verdaderas o falsas—, y esto es de lo que carecen las pseudoproposiciones, que sirven únicamente para expresar una actitud emotiva ante la vida. El metafísico sufre la ilusión de que, por medio de sus proposiciones, se declara algo o se describe una situación objetiva; cree moverse en el terreno de lo verdadero y lo falso, cuando en realidad no afirma nada, sino solamente expresa algo, como un artista. El metafísico argumenta, exige acuerdos, polemiza y trata de refutar a metafísicos de otra orientación

⁹³ Gracia J. E., et al., *El análisis filosófico en América Latina*, FCE, México, 1985, pp. 16 y 17.

⁹⁴ Reichenbach, Hans, *La filosofía científica*, p. 37.

⁹⁵ Ayer, A.J., “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje” en *El positivismo lógico*, FCE, México, 1986, pp. 66 y 67.

distinta; a diferencia del poeta, que también usa el lenguaje y proposiciones declarativas, sin sufrir ese autocengaño y sin tratar de invalidar las proposiciones de otro poeta, porque sabe que se encuentra dentro del arte y no en la teoría.⁹⁶

Como ejemplo de pseudoproposiciones metafísicas, Carnap indica las siguientes expresiones del existencialismo de Heidegger:

Sólo debe ser investigado Lo-que-está-Siendo y por lo demás -nada; Lo-que-está-Siendo solamente y -nada más; únicamente lo-que-está-siendo y fuera de ello -nada. ¿Cuál es la situación en torno a esta Nada?[...] ¿Existe la Nada sólo porque existe el No, es decir, la Negación? ¿O sucede a la inversa? ¿Existen la Negación y el No sólo porque existe la Nada?[...] Nosotros postulamos: la Nada es más originaria que el No y la Negación[...] ¿Dónde buscaremos la Nada? ¿Cómo encontraremos la Nada?[...] Nosotros conocemos la Nada[...] La angustia revela la Nada[...] Ante y por lo que nos angustiábamos era “propriadamente” -nada. De hecho: la Nada misma —como tal— estaba ahí[...] ¿Cuál es la situación en torno a la Nada?[...] La Nada misma nada.⁹⁷

Y Carnap agrega que el significado de una palabra se define mediante su criterio de aplicación: las relaciones de derivación de su proposición elemental —proposición empírica, que puede ser verdadera o falsa—, sus condiciones de verdad y el método de su verificación. Expresar este criterio elimina el libertinaje sobre el significado de la palabra, dado que sólo podemos usar lo fijado por dicho criterio, que determina suficientemente, de manera implícita, el significado de la palabra; y lo único que falta es explicitarlo.⁹⁸

Los juristas analíticos

Por su parte, en el campo del derecho, la corriente jusanalítica no conlleva una peculiar concepción del derecho, como las otras corrientes hasta ahora comentadas; esto significa que, lo que juristas analíticos afirmen o concluyan acerca del fenómeno jurídico, no es lo que los hace analíticos, como sucede en el caso de los naturalistas, sociologistas, etc. Lo que los define como tales, en sentido amplio, independientemente de sus diferencias entre sí, es el cuidado contra la metafísica, el interés por los logros científicos, el interés por el plano lingüístico —especialmente la concepción convencionalista del lenguaje— y la utilización de técnicas de análisis para construir determinaciones conceptuales nítidas.⁹⁹

En este contexto, los juristas analíticos pueden coincidir o no en determinados aspectos de la concepción que, sobre el derecho, tienen juristas no

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 78, 85 y 86.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁹⁹ *Cfr.*, Rabossi, “El análisis filosófico en Argentina”, en *El análisis filosófico en América Latina*, por Gracia et. al., *op. cit.*, p. 31.

analíticos; pueden ser influidos de manera importante por las concepciones normativistas o sociologistas, y pueden diferir bastante entre sí.

De manera característica a esta postura, Nino nos dice que si consideramos que los fenómenos jurídicos no son algo misterioso, ni parecen requerir técnicas especiales de observación, es sorprendente que los estudiosos del derecho tengan tantas dificultades y desacuerdos al conceptuar al derecho. Los físicos, los químicos, los historiadores, etc., definirían con mucha mayor facilidad el objeto de su estudio, les bastaría con indicar algunos fenómenos, o dar alguna breve explicación, para comunicar con cierta precisión lo que estudian. Si los juristas no pueden hacer lo mismo, no se debe a incapacidad profesional o a que el derecho sea tan extraordinariamente complejo, elusivo y variable, que no se pueda definir. Las dificultades tienen su origen de concebir la relación entre lenguaje y la realidad, de una manera que oscurece los presupuestos, técnicas y consecuencias indispensables para definir apropiadamente una expresión lingüística, como es el caso de "derecho".¹⁰⁰

Para Nino, especialmente en el pensamiento jurídico, todavía tiene vigencia la concepción platónica de la relación entre el lenguaje y la realidad, en donde los conceptos reflejan una esencia de las cosas, y las palabras son vehículos de los conceptos. Para esta concepción, la relación entre los significados lingüísticos y la realidad es necesaria, por lo que los seres humanos no la pueden crear o cambiar, sino sólo reconocer en aquéllos, aspectos esenciales de la realidad que, ineludiblemente, se encuentran recogidos en los significados; en este sentido, sólo puede existir una definición válida para una palabra, y definir un término, es describir ciertos hechos. A esta concepción se opone la tesis convencionalista de los filósofos analíticos, para la cual, la relación entre el lenguaje, como sistema de símbolos, y la realidad, se establece arbitrariamente por los seres humanos. Aunque existe la costumbre de nombrar a ciertas cosas con determinadas palabras, no hay necesidad lógica, ni empírica, de sujetarse a dicha costumbre; se puede elegir cualquier palabra para referir cualquier clase de cosas, siempre que se aclare la nueva estipulación; las cosas sólo tienen propiedades esenciales si los hombres establecen que son condiciones necesarias para el uso de una palabra, lo cual puede variar.¹⁰¹

Y continúa el mismo autor: si se usa una palabra, por ejemplo, "derecho", se le tiene que dar algún significado para poder describir lo detonado por ella; de lo contrario, no es posible describir, por ejemplo, al derecho argentino, sin saber lo que "derecho" significa. Conviene investigar el uso ordinario de la palabra para hacer distinciones conceptuales importantes, que presuponemos inconscientemente, y que, al no hacer explícitas, pueden suscitar pseudocuestiones filosóficas. Así, determinar el concepto de derecho sale de la oscura —e inútil— búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho, a la búsqueda de los

¹⁰⁰ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 12 y 13.

criterios vigentes en el uso común de la palabra “derecho”; a partir del cual, si se concluye la necesidad de estipular un significado más preciso que el ordinario, tal estipulación no se sujetará a la captación de esencias místicas, sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación. Una cosa es definir una palabra y otra describir la realidad.¹⁰²

Y Nino nos da su caracterización del derecho: en el lenguaje ordinario, además de la coactividad, también es relevante para el uso de la palabra “derecho”, la institucionalización centralizada. Estas propiedades distinguen los sistemas jurídicos nacionales de las sociedades desarrolladas, de los sistemas del derecho primitivo y del internacional. La combinación de coactividad e institucionalización implica el ejercicio de cierto monopolio de la fuerza y su presencia, en grado importante, es distintivo del Estado. Si en el derecho internacional hubiera centralización de las facultades de creación y aplicación de normas, entonces existiría un Estado internacional.¹⁰³

Por su parte, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin apuntan, acerca de sus conceptos de norma, sistema normativo y sistema jurídico, lo siguiente:

La concepción de las normas como enunciados que correlacionan casos con soluciones, es decir, como entidades lingüísticas, y la del sistema normativo como un conjunto de enunciados, se opone a una concepción jurídica tradicional de que las normas son entidades ideales o significados; pero tratar sintácticamente a las normas tiene ventajas metodológicas, y no prejuzga necesariamente sobre su naturaleza ontológica. El desarrollo de la lógica moderna, que contribuyó al notable progreso respecto de algunos problemas filosóficos tradicionales, como el de la verdad, con Tarski, o del conocimiento, con Hintikka, favorece la aplicación del método del análisis lógico a expresiones lingüísticas.¹⁰⁴

En este sentido, un conjunto normativo se define como un conjunto de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas se encuentran enunciados que correlacionan casos con soluciones; y un sistema normativo, se define como un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias lógicas, y que en su base figure por lo menos un enunciado normativo. El sistema jurídico es una subclase de los sistemas normativos. El procedimiento habitual para definir sistema jurídico parte de la norma jurídica: primero se define ésta, en función de su esencia o naturaleza, y luego se define el sistema jurídico como el conjunto de las normas jurídicas, es decir, se define el todo en función de las partes; así, un sistema es jurídico porque contiene normas jurídicas.¹⁰⁵

Nuestro procedimiento es al revés: primero definir el sistema jurídico, y luego caracterizar como jurídicas a las normas que forman parte de ese sistema,

¹⁰² *Ibid.*, p. 13.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 108.

¹⁰⁴ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias*, op. cit., pp. 23 y 24.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 92, 93 y 103.

o sea, se definen las partes en función del todo. La razón de este procedimiento son las dificultades que enfrenta el otro, y que surgen con toda claridad, por ejemplo, en la teoría pura del derecho. Kelsen define la norma jurídica, como la norma que establece una sanción coactiva y socialmente organizada. Este tipo de sanción es lo que confiere a la norma su carácter jurídico, y para Kelsen una definición del derecho que no la tome en cuenta, no es satisfactoria, porque no permite distinguir entre las normas jurídicas y otro tipo de normas, pero, de hecho, los juristas aplican la expresión “norma jurídica” a cualquier artículo de un código o ley, tenga o no carácter normativo, y califican de jurídico a un sistema de unos cuantos artículos, aunque no establezcan alguna sanción. La razón es que esos artículos forman parte de un conjunto más amplio que sí contienen sanciones. Se estipula, entonces, que un sistema normativo, que tomado aisladamente no sería jurídico por carecer de sanciones puede ser jurídico si es un subsistema de un sistema jurídico.¹⁰⁶

Valoración de la filosofía analítica en general

Según Porta, esta corriente no puede superar sus propias limitaciones, que son las siguientes:

El carácter eminentemente formal de sus investigaciones; su criterio fundamentalista de verificación es, en sí mismo, inverificable; el convertir en “acientíficos” conceptos como energía, campo gravitacional, etc.; pretender reducir las tesis científicas a proposiciones elementales de observación; el fracaso en la reducción a proposiciones empíricas de conceptos problemáticos; su teoría inviable basada en la percepción, dado que la mayoría de las entidades científicas no son perceptibles; la artificialidad de los lenguajes para evitar los enunciados metafísicos; el menosprecio en el origen socioeconómico e histórico de muchas teorías científicas; reducir al lenguaje como el único objeto de estudio filosófico; el insuficiente cuestionamiento del empirismo; alguna utopía, vaguedad u dogmatismo; y descartar una serie de cuestiones incómodas, tachándolas de sinsentido o pseudoproblemas; etcétera.¹⁰⁷

Y el mismo autor anota que entre sus cualidades se encuentra el hecho de conciliar el empirismo con el racionalismo, y tener como herramientas el desarrollo de la lógica formal y de la investigación experimental, frente a las “explicaciones” animistas, mitológicas, teológicas o metafísicas. También es un arma de la ciencia y de la filosofía científica para luchar contra la magia verbal, y para resolver problemas mal entendidos, o que sólo la ciencia puede aclarar; revelar la vaciedad de muchos pseudoproblemas y pseudotécnicas; poner en primer plano el problema de la cultura contemporánea y de la relación

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 103 y 107.

¹⁰⁷ Porta, Miguel, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

entre ciencia y filosofía; entre los legados de esta corriente cabe citar los éxitos, con Von Neumann, en la ciencia de la computación, en el análisis del lenguaje, con Chomsky, en el estudio del entendimiento humano, con Piaget y Luria, en el estudio de adquisición y pérdida de los conceptos, con Lettvin, McCulloch y Geschwind —nosotros podemos agregar: con las indudablemente valiosas aportaciones de los juristas analíticos—. Éxitos que hacen exclamar: si esto es fracaso, entonces el fracaso de la filosofía analítica es tan glorioso como el éxito de muchos movimientos filosóficos.¹⁰⁸

SEMIÓTICA O SEMIOLOGÍA JURÍDICA

Este apartado puede considerarse, en alguna medida, como una extensión del anterior, porque las ideas que se manejan en ambos, tienen como raíz común a la filosofía de lenguaje —que comprende al positivismo lógico— y, como objetivo primordial, el análisis del significado en el lenguaje jurídico.

Sin embargo, puede encontrarse alguna diferencia: la filosofía analítica es una corriente epistemológica —y gnosológica— que tuvo su nacimiento, apogeo y decadencia histórica, como cualquier otra corriente filosófica, y de la que, la aplicación actual de algunos de sus postulados o principios en el conocimiento del fenómeno jurídico, determina una postura singular en el tratamiento de los problemas jurídicos. En cambio, la semiótica (denominación que favorece Umberto Eco¹⁰⁹) o semiología (nombre que usa Mounin¹¹⁰) es una ciencia nueva, con su teoría, método y objeto propios, que busca todavía desarrollarse y establecerse, y cuya aplicación al lenguaje del derecho no determina ninguna postura de investigación o teórico jurídica en particular, sino que permanece como una herramienta adicional de conocimiento que puede o no ser utilizada.

La semiología es definida por Mounin como la ciencia general de todos los sistemas de comunicación mediante señales, signos o símbolos.¹¹¹ Para Eco, la semiótica se vincula con el estudio unificado de cualquier clase de fenómeno de significación y/o comunicación.¹¹²

Para Kalinowski, aunque es errónea la reducción de la filosofía al análisis lógico del lenguaje científico, este análisis tiene, por sí mismo, gran importancia y utilidad. Haciendo abstracción de las críticas, señala que se debe agradecer a los neopositivistas la creación de la semiótica. Dado que el lenguaje es un

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 116 y 117.

¹⁰⁹ *Cfr.*, Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, 4a. ed., Editorial Lumel, Barcelona, 1988, p. 23.

¹¹⁰ Mounin, Georges, *Introducción a la semiología*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1972,

¹¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹¹² Eco, Umberto, *op. cit.*, p. 23.

conjunto de signos sensibles y que corresponde a nuestra naturaleza humana a partir de lo que podemos captar por los sentidos —lo sensible— hacia lo inteligible, la semiótica del derecho, que es efectivamente el análisis lógico del lenguaje del derecho, constituye una excelente preparación para el conocimiento generalizado del derecho.¹¹³ En este sentido, Openheim demostró que el lenguaje del derecho puede ser objeto de estudios semióticos.¹¹⁴

De acuerdo con Schrekenberger, el modelo semiótico de Morris —uno de los iniciadores de esta ciencia— distingue tres dimensiones: la sintáctica, la semántica y la pragmática. La dimensión sintáctica se vincula con el uso de los signos, en relación con otros signos del mismo contexto lingüístico; la dimensión semántica lo hace con los datos de la experiencia, o con otros objetos a los cuales es aplicable el signo. La dimensión pragmática apunta al contexto comunicativo, especialmente a la relación del uso del signo con quienes lo utilizan en el proceso de comunicación.¹¹⁵ La pragmática merece, por su amplio marco de referencia, preminencia metodológica.¹¹⁶ Las dimensiones semióticas son abstracciones para fines analíticos; significan diferentes funciones de los signos y diferentes grados de libertad en su utilización.¹¹⁷

Consideremos algunas ideas de semiótica, aplicables al lenguaje del derecho.

Sobre la idea del lenguaje, uno de los objetos centrales de la semiótica, Vernengo nos dice que se trata de un sistema de signos para la comunicación humana, que al tener un valor convencional específico son denominados como “símbolos”. Este carácter convencional del lenguaje hace su análisis casi siempre difícil, ya que, normalmente, la gente concibe al lenguaje y a la palabra, como algo natural y necesario, al grado de que se tiende a mitificarlos; históricamente se ha hecho de ciertos mensajes un verbo sacro, un libro sagrado, o una palabra revelada. La comunicación entre los seres humanos es básicamente simbólica, porque la interacción física aún se entiende, en principio, como símbolos o manifestaciones, por ejemplo, de estados de ánimo del protagonista.¹¹⁸

Y continúa que, en general, es difícil establecer una comunicación y transmitir suficientemente un mensaje, porque, si aun en las situaciones que suponen gran apertura y comprensión del receptor del mensaje, esto es difícil en grupos mayores, ya que la incompreensión es cada vez más probable. Para que el lenguaje funcione, es necesario que el emisor y el receptor entiendan el

¹¹³ Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, pp. 36 y 37.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹¹⁵ Schrekenberger, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, UNAM, México, 1987, pp. 22 y 23.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁸ Vernengo, Roberto José, pp. 35 y 36.

lenguaje usado en común, lo que implica poseer un código y reglas de composición de signos aceptados por los interlocutores. Además de las razones indicadas, el lenguaje también incomunica, porque las diferencias sociales se expresan en el recurso a un lenguaje que el otro no entiende: el lenguaje del extranjero, del profesional, del científico, etcétera.¹¹⁹

El mismo autor agrega que los lenguajes naturales, suficientes para la comunicación normal, son inadecuados para comunicar con precisión, economía y rigor. Los lenguajes artificiales, diferenciados de los de la comunicación cotidiana, tienen ese propósito. Los lenguajes artificiales no sirven, en principio, para la comunicación cotidiana, sino que son utilizados, en su contexto, para transmitir económica y precisamente determinados conocimientos e ideas que requerirían grandes desarrollos discursivos en el lenguaje natural. Los términos técnicos son como abreviaturas de enunciados complejos. Los lenguajes naturales no delimitan con precisión los casos en que su uso es adecuado. La artificialidad de un lenguaje técnico o formalizado es de grado, porque también los lenguajes naturales son artificiales o sistemas convencionales de comunicación.¹²⁰

Por su parte, Ross nos habla de la dimensión semántica: para descubrir las costumbres lingüísticas que establecen la función simbólica del lenguaje, debe estudiarse la manera en que la gente se expresa. Por “expresión” se entiende la unidad lingüística más pequeña, con significado por derecho propio. Estas unidades posibilitan la comunicación lingüística humana, y son el punto de partida de la función simbólica del lenguaje. Un ejemplo de expresión es: “mire, ahí hay un gato”, porque, en su integridad, tiene un significado. Es un error pensar que el significado de una expresión resulta de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman, que por sí mismas carecen de significado independiente; las palabras sólo significan lo que se derive de las expresiones en las que aparecen. La palabra “gato” aislada, nada significa, porque no es una expresión; excepto, si de acuerdo con las circunstancias, se pueda interpretar como una forma abreviada de la expresión “debe haber un gato por aquí cerca”, cuando se huele o mira en derredor.¹²¹

Ross indica que la respuesta sobre el cuestionamiento del significado, por ejemplo, de la palabra “mesa” se encuentra en la recopilación de gran número de expresiones que incluyen esa palabra. Es el procedimiento de los diccionarios. Para saber en cada caso concreto, cuál sentido tiene la palabra, el contexto es determinante. Cada referencia individual de la palabra aporta, en su conjunto, un campo de referencia que puede compararse con un blanco: en el centro existe una densidad de puntos, que constituye una zona central sólida, donde la aplicación de la palabra es predominante y cierta. En cambio, hacia la periferia,

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 36 y 37.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 37 y 38.

¹²¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho*, *op. cit.*, p. 110.

la densidad decrecerá gradualmente hasta formar un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no.¹²²

Así, para Ross, no tiene sentido, preguntar lo que una mesa “realmente es”. Si se duda de que algo es una mesa o no lo es, no es por falta de conocimiento acerca de la “naturaleza” del objeto; simplemente no hay seguridad de que al aplicar la palabra “mesa” a un objeto particular, se esté siguiendo el uso de la palabra y, también, porque es posible usar la palabra de una manera, en ciertas expresiones y ciertas circunstancias, pero no en otras. Por otra parte, la mayoría de las palabras tienen dos o más campos de referencia, cada uno con una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre; éste es el carácter ambiguo de las palabras.¹²³

Ross concluye con los axiomas semánticos de las palabras de uso cotidiano:

1) El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido. 2) La mayor parte de las palabras son ambiguas. 3) El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando es considerada como parte integrante de una determinada expresión. 4) El significado de una expresión —y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma— se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en la que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión —expresión, contexto, situación— en que la palabra aparece.¹²⁴

En relación con las propiedades semánticas normativas, Kalinowski sostiene que se debe distinguir entre tres tipos de proposiciones, cada una con su naturaleza propia, su papel en la dirección de la conducta humana y su forma lingüística: la proposición normativa es el signo lingüístico de una norma, y es una directiva que indica lo que se puede hacer o no hacer; la proposición estimativa, que es un juicio de valor o un juicio que califica a una acción como buena, indiferente o mala; y la proposición imperativa, que es el signo de un imperativo o intimación concreta, positiva (¡hazlo!) o negativa (¡no lo hagas!), sobre un acto que ha de cumplirse aquí y ahora. Los imperativos son irreducibles a las normas, porque “¡hazlo!” no significa, nunca, que “tú debes hacerlo”, además de que no hay imperativos, permisivos, mientras que las normas sí puedan dividirse en prescriptivas, prohibitivas y permisivas. Tampoco los imperativos son reductibles a las estimaciones, ni las estimaciones y las normas son igualmente irreducibles entre sí.¹²⁵

Respecto a las propiedades sintácticas del lenguaje del derecho, Kalinowski afirma que las expresiones, con una correcta estructura sintáctica de propo-

¹²² *Ibid.*, pp. 110 y 111.

¹²³ *Ibid.*, pp. 111 y 112.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 112.

¹²⁵ Kalinowski, Georges, *op. cit.*, p. 55.

sición, pueden ser normas jurídicas, mientras que las expresiones incorrectas de esta categoría semiótica no son de ninguna manera normas jurídicas. Pero, al contrario de los sistemas formalizados —y el derecho no lo es—, las normas que forman el sistema de derecho no se definen sólo por su estructura sintáctica. Como las normas jurídicas revisten la forma de proposiciones, siempre es posible que una expresión, a la que se quiera significar como norma, no tenga la estructura sintáctica necesaria. Pero, aunque una expresión sintácticamente incorrecta no puede significar una norma, no toda expresión que tenga la estructura sintáctica adecuada de expresión normativa (u otra expresión, por ejemplo, descriptiva o imperativa, pero igualmente susceptible de significar una norma, pertenece necesariamente al sistema jurídico. La pertenencia de una proposición al sistema del derecho considera no sólo la corrección de su estructura sintáctica, sino también, y especialmente, el significado de la norma.¹²⁶

Y continúa indicando que existen normas que sólo tienen la apariencia de normas jurídicas, pero que carecen de las características definidas por la teoría del derecho. También pueden presentarse expresiones utilizadas para significar normas jurídicas que son sintácticamente incorrectas y, por está razón, pueden llegar a ser incomprensibles. En este caso, la interpretación jurídica puede apreciar una laguna que debe integrarse con los medios apropiados. Por otra parte, las proposiciones normativas pueden presentar un defecto sintáctico menos grave, que las hace únicamente anfibológicas y, por tanto, equívocas; lo cual, sin embargo, puede plantear una dificultad de nivel similar a la interpretación.¹²⁷

En lo relativo a los aspectos pragmáticos, Kalinowski apunta que el problema de las fuentes del derecho, la división que se utiliza como criterio por los autores del derecho y el modo de promulgación, se refleja en los aspectos pragmáticos del lenguaje del derecho. Por otra parte, aunque normalmente, en la dimensión pragmática, sólo se examinan las relaciones que existen entre las expresiones jurídicas y quienes las enuncian, se puede, sin quitar la atención del lenguaje del derecho, extender su estudio a las relaciones entre las expresiones de ese lenguaje y los sujetos a quienes van dirigidas. Desde este punto de vista, el derecho se presenta como conocido o ignorado, y el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento no impide el conocimiento de si el lenguaje del derecho es bien o mal entendido, si ejerce o no una influencia efectiva sobre la conducta individual y sobre la vida social en su conjunto. La historia del derecho, que nos enseña lo que se entendía en diversas épocas y países por “propiedad”, “matrimonio”, “obligación”, etc., o cómo interpretaban las normas jurídicas, cuya letra ha permanecido, también resuelve problemas de la pragmática del derecho.¹²⁸

¹²⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 58 y 59.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 53 y 54.