

CAPÍTULO PRIMERO

Referencia a la dogmática jurídica general

I. PLANTEAMIENTO

En las sociedades contemporáneas es cada vez más latente la exigencia de acudir al Derecho para regular la gran diversidad de relaciones humanas. Sin embargo, por otra parte, suele cuestionarse su verdadera efectividad como una alternativa viable para la solución de los conflictos. Ante esta compleja realidad, lo cierto es que se aprecia lejana la posibilidad de prescindir del Derecho. Bajo ese reconocimiento, resulta necesario otorgarle un adecuado tratamiento y así surge la pregunta: ¿qué rango de profundidad tiene su estudio? Es común plantearnos de manera automática su sustento científico. Nos resulta inconcebible que se trate de una disciplina sin más alcances metodológicos que interpretar aisladamente disposiciones elaboradas por el legislador. Y es que no podemos perder de vista la renuencia que ha habido en torno al carácter científico del Derecho. Basta recordar aquella aguda crítica de von Kirschmann, en el sentido de que no puede ser ciencia la labor de los juristas que sólo se concretan a ubicar los errores del legislador; que así como los gusanos viven de la madera podrida, lo mismo los juristas “viven del error legislativo”. Eran hirientes sus juicios y preocu-

pante una frase suya que ha pasado a la historia como una de las más duras aseveraciones contra la evolución del Derecho: “Tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.¹

Por fortuna hay posturas que superan el escepticismo de Kirchmann, al sustentar el carácter científico del Derecho a partir de sus características y condiciones. Aunque si bien, otras materias adquieren su proyección casi de manera matemática, con pequeños márgenes de error, en el Derecho nos encontramos con ponderaciones axiológicas en las que se deben tomar en cuenta los valores más relevantes del ser humano. A diferencia de las ciencias exactas, la construcción del Derecho está influida por una gran dosis de ideas y expectativas, y por ello es necesario acudir a otro nivel de argumentación para sustentar su carácter científico.

Esta labor no resulta sencilla. Como bien plantea Muñoz Conde,² no hay bases suficientes para negar el carácter científico del Derecho, pero quizás de la polémica suscitada en el cuestionamiento de dicho carácter, los responsables seamos los propios juristas al sentir en carne propia la impotencia para solucionar con el juego de las normas jurídicas los problemas y las injusticias sociales. Pero ese reconocimiento no debe conducirnos a la frustración y al complejo de inferioridad frente a los cultivadores de otras ciencias probablemente más afortunadas en la solución de sus propios problemas. Quizás para el estudioso del Derecho, la justicia sea un espejismo inalcanzable en la lejanía, pero tampoco el médico podrá acabar nunca con la enfermedad y la muerte, y no por ello se pone en duda el carácter científico de la medicina.

La influencia valorativa del Derecho nos conduce a determinar aspectos de carácter ideológico en su construcción, pero a estas alturas de la evolución del conocimiento científico no debe impresionarnos, porque ni siquiera las

¹ KIRCHMANN, Julius Hermann von: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad.: Antonio Truyol Sierra, Centro de Estudios Constitucionales, segunda edición, Madrid, 1961, p. 2.

² Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 16.

ciencias más alejadas del ámbito social quedan marginadas de la manipulación ideológica. Por ejemplo, en la física el mecanismo fue la base del determinismo positivista; convicción típica de las capas sociales encumbradas con el industrialismo.³ Como bien lo sintetiza Arroyo Zapatero: “No hay metodología sin ideología”.⁴

Este reconocimiento, nos lleva a la necesidad de hacer un recorrido ideológico en torno a las principales manifestaciones del pensamiento que han influido en el desarrollo científico del Derecho. Con esa referencia, en el capítulo posterior trataremos de ubicarnos en el tratamiento científico particular del Derecho penal.

Sólo se hará un panorama general, sin entrar a mayores honduras epistemológicas. Iniciaremos con una referencia genérica del *iusnaturalismo*, como primer enfoque de la disciplina del Derecho, resaltando sobre todo, la gran variedad ideológica que comprende esta corriente del pensamiento. Posteriormente entraremos al análisis del positivismo. Primeramente, desde su perspectiva como corriente de pensamiento genérica y después, su influencia en el ámbito del Derecho.

Con ese sustento nos interesa llegar a un aspecto toral de nuestro estudio: la construcción de la dogmática jurídica y su proyección, porque es por medio de ella donde encontramos el soporte científico del Derecho.

³ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho penal, parte general*, Cárdenas editor, México, 1994, pp. 129 y 130.

⁴ Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis: “Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en: *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n.º 1, 1989, p. 100.

II. PRIMEROS ANTECEDENTES DERIVADOS DEL IUSNATURALISMO

Para hacer referencia a la evolución del Derecho natural, es necesario ubicarnos en el desarrollo ideológico, preponderantemente, de nuestra cultura occidental. Constituye una continuidad del pensamiento íntimamente conexas en la que cada generación recibe y desenvuelve como cometido la problemática planteada por las generaciones anteriores.⁵

Es común encontrarnos con referencias sobre el Derecho natural sustentadas en las singularidades genéricas que son intrínsecas al ser humano, al margen de sus rasgos específicos biológicos y sociales. Al respecto, Bryce plantea:⁶

Entre los seres humanos hay una identidad de características dominantes, combinada con una diversidad infinita de individuos, diversidad mayor que la existente entre los diferentes individuos de las especies inferiores. Sin embargo, pueden percibirse en todos los humanos –desiguales en todos los demás– las mismas tendencias generales, los mismos apetitos, pasiones y emociones. Son estas pasiones y emociones las que impulsan las acciones de los hombres y las impulsan con arreglo a principios y formas que son siempre los mismos a pesar de las discordias y conflictos en cada hombre que surgen del hecho de que la pasión puede impulsarse en una dirección y el interés en otra, en tanto que el miedo puede paralizar toda acción. Se forma así una concepción de la constitución general del hombre como tal, por encima de todas las peculiaridades de cada individuo, constitución que no es creación suya, sino que les es dada en forma de germen al surgir a la vida y que se desarrolla con la expansión de facultades físicas y mentales.

No dudamos de esa esencia humana común. Sin embargo, también debemos tomar en cuenta que el ser humano es por naturaleza complejo y variable, y encuentra mayores complicaciones cuando se vincula con la colec-

⁵ Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho (derecho natural y justicia material)*, trad.: Felipe González Vicen, Biblioteca Jurídica Aguilar, segunda edición, Madrid, 1979, p. X.

⁶ Citado por: BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, trad.: Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 125.

tividad en la cual se encuentra inmerso. Ahora, si el problema fundamental del Derecho natural es determinar cuál es la naturaleza del hombre, entonces el problema no es sencillo –al menos desde nuestra perspectiva–. En la historia de la humanidad podemos apreciar un buen número de absurdos e injusticias que se han originado bajo el argumento de que tal o cual situación es natural. En dichos absurdos encontramos, desde tratos inequitativos a la mujer, hasta posturas xenofóbicas, bajo el sustento de una supuesta superioridad natural de una determinada raza. Estas posturas nos llevan a la necesidad de delimitar cómo se ha venido orientando esa *esencia natural* que fundamenta al iusnaturalismo. Comenzaremos con hacer una referencia a sus primeras manifestaciones en la filosofía griega.

II.1. Influencia de la filosofía griega

Ubicados en el siglo V a.C., se le suelen atribuir a la filosofía griega las primeras manifestaciones del Derecho natural existencial. Es decir, la tendencia a atribuir la esencia del hombre en la determinación de actos volitivos o impulsos de naturaleza prerracional. Se establecía que el ser humano posee un orden físico, mental y moral común. A ese orden se le identificaba como el *Phycis*.⁷ De ahí se desarrollan también conceptos como el *cosmos*, entendido como un mismo orden en el que conviven los seres humanos y los dioses. Para Anaximandro de Mileto, existe una justicia universal que rige a ese cosmos para liberarlo del caos. Para Heráclito, el universo es uno solo y es gobernado por un *logos*, y la ley humana no es más que la prolongación del orden cósmico.⁸

Un antecedente importante del Derecho natural lo encontramos en los sofistas. Éstos argumentaban que los dioses dieron a los hombres el senti-

⁷ Vid. *Ibid.*, p. 128.

⁸ Vid. GARCÍA BELÁUNDE, Domingo: "¿Existe un Derecho natural de la filosofía griega?", en: *Estudios en honor al doctor Luis Recaséns Siches*, II, coord.: Fausto E. Rodríguez García, UNAM, 1987, pp. 267 y 268.

miento de justicia y el arte político para poder vivir en sociedad. Es una delegación a los hombres para regular ese sentimiento. Dentro de esa concepción, resalta la idea de Protágoras: el hombre es la medida de todas las cosas. Bajo esta misma línea de pensamiento, para Sócrates, aun y cuando el ser humano se encuentre motivado por la ley exterior, posee un criterio interior que constituye la ley del alma. Esa ley nos manda alcanzar y mantener el dominio de la razón sobre el animal que hay en nosotros.⁹

En Platón encontramos una idea más elaborada del Derecho natural. En el contexto de su idealismo, el Estado es gobernado por los filósofos y no se requiere de la ley; no mandan las leyes sino los filósofos dotados de una capacidad natural de justicia. En uno de sus primeros diálogos, Eutifrán le plantea: ¿Es justo lo justo porque le parece a Dios, o le parece a Dios porque es justo? A ello responde: “Lo justo le parece así a Dios porque es justo, pero no es justo porque le parece así a Dios”.¹⁰ Esta idea fue evolucionando hasta encontrar en el propio Platón antecedentes de la necesaria existencia de la ley que regule la esencia humana. Posteriormente, en “El político”, llega a afirmar: “Sin vacilación profetizo la ruina de aquel Estado en el que la ley depende del poder del gobernante y no es ella misma quien gobierna”.¹¹ En su obra “Las leyes”, presenta un aspecto más realista del mundo político; establece que el orden legal es indispensable. Primero sostenía que la educación reemplazaba a las leyes; luego, que la legislación era el instrumento de educación de los ciudadanos. Después, en el último diálogo, llega a reconocer que el filósofo gobernante del mejor de los Estados posibles, tendrá que someterse a las leyes de su pueblo y de la nación.¹²

Por su parte, Aristóteles estableció la necesaria existencia de dos leyes: una particular y otra general. La particular elaborada por los hombres; por las

⁹ Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 14.

¹⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹¹ *Ibid.*, p. 23.

¹² Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, UNAM, undécima edición, 1990, p. 64.

comunidades políticas¹³ y puede ser escrita o no. En cambio, la ley general es propiamente el Derecho natural y por esencia es inmutable;¹⁴ posee por doquier la misma fuerza, independientemente de si es reconocido o no.

Como se puede apreciar, en la filosofía griega encontramos antecedentes importantes de la evolución del Derecho, pero no podríamos afirmar de manera tajante que ahí encontremos una inclinación única hacia el Derecho natural. No podría ser así porque precisamente desde esta etapa, se aprecian referencias en torno a la necesidad de acudir a la ley para regular las relaciones entre los humanos en el mundo terrenal. Esta tendencia ha suscitado precisiones, en algunos casos críticas, sobre la debida fidelidad que debemos concederle al pensamiento de la filosofía griega para fundamentar el discurso jurídico. Un ejemplo de ello lo encontramos en la crítica de García Belaúnde:¹⁵

El afán de los filósofos del Derecho de buscar en los antiguos griegos la partida de nacimiento del Derecho natural (para algunos en Heráclito, para muchos en Platón y para casi todos en Aristóteles) es nada más que un prurito para dar asidero histórico a las doctrinas por ellos defendidas, a fin de darles una pátina de antigüedad y respeto. Con ello sin embargo se comete una gruesa infidelidad histórica, pues usando los mismos textos se podría presentar a los mismos filósofos como precursores de doctrinas opuestas (del positivismo, por ejemplo).

II.2. Influencia del derecho romano

En el Derecho romano se presenta un enfoque del iusnaturalismo más apegado a la realidad, distanciado del sustento en la divinidad. Así, para Cicerón, la justicia es la emancipación del Derecho natural. El verdadero Derecho es la recta razón conforme a la naturaleza; es de aplicación universal

¹³ Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., pp. 26 y 27.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 27 y 28.

¹⁵ GARCÍA BELÁUNDE, Domingo: "¿Existe un Derecho natural de la filosofía griega?", op. cit., p. 274.

inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y lo aleja del mal mediante sus prohibiciones.

Por otra parte, la división del Derecho en el *Jus Civile*, vigente para Roma, y *Jus Gentium*, vigente en todas partes, representa el reconocimiento de la existencia del Derecho natural, pero también la necesidad de regular relaciones de un determinado espacio social. En cuanto a la extensión del Derecho natural a un ámbito general del ser humano, lo asumían a partir del reconocimiento de que todos los hombres eran iguales en todas partes. No obstante, en el Derecho romano antiguo esa supuesta igualdad resulta cuestionable. Por ejemplo, había esclavos; también había un poder absoluto (aunque luego se fue limitando) de los padres en cuanto a la disposición de las propiedades por parte de los hijos; además, la mujer no tenía capacidad para adquirir bienes en propiedad, ni tampoco podía divorciarse del marido, y en cambio éste sí de su mujer.¹⁶

II.3. Influencia de la escolástica

En la Escolástica se ubica a la Filosofía Cristiana de la Edad Media. Su origen y desarrollo se relacionan estrechamente con la función de la enseñanza, la cual determinó la forma y el método de las creaciones literarias de la época. Su enfoque se centraba en conducir al hombre a la comprensión que la verdad ha sido revelada por medio de las Sagradas Escrituras, con base en la concepción que la comunidad cristiana había fundamentado a través de los padres y los doctos de la Iglesia *inspirados e iluminados* por Dios.

Esta ideología se proyectó en la estructura social y política del mundo medieval. Prevalecía una jerarquía religiosa sostenida por una fuerza única, que desde la cúspide dirige y determina todos los aspectos del hombre. Bajo esta construcción, el mundo es un orden necesario y perfecto. En él,

¹⁶ Vid. BODENHEIMER, Edgar, *op. cit.*, pp. 133-139.

todo tiene su función sostenida por la fuerza divina infalible que determina y guía al mundo, y al hombre le corresponde conformarse con ese orden.

En la evolución del Derecho occidental, el Cristianismo impregnó una notoria huella ideológica. El Derecho natural fue aislado de la íntima conexión con el universo físico y trasladado a la esfera individual. Se convirtió en un Derecho divino manifestado por la revelación. La Iglesia supuso que las reglas del Derecho natural que ostentaban el carácter de verdaderas normas jurídicas, eran superiores a la organización del Estado. En esta corriente de pensamiento, fueron de suma trascendencia las aportaciones de San Agustín y Santo Tomás de Aquino:

- a) Para San Agustín (354-430 d.C.), el Derecho natural tiene un sustento absoluto en virtud de que el gobierno, el Derecho, la propiedad y la civilización, son producto del pecado.¹⁷ En ello, la Iglesia, juega un papel de guardián de la ley eterna de Dios y puede intervenir en las instituciones del Estado cuando lo juzgue oportuno. Tiene soberanía absoluta porque persigue la paz del mundo. Ante la *lex eterna* y la *lex terrena*, debe haber una supeditación a la primera porque ésta es la razón y la voluntad de Dios, gobernadora del universo. El Derecho, sus fundamentos y sus principios, no serán una creación arbitraria del legislador o un capricho de arquitectura social, sino un hallazgo, un encuentro.¹⁸ Estableció: "Dios ordenó e hizo todo, y ordenó a la criatura en grados, de la tierra al cielo, de las cosas visibles a las invisibles, de las mortales a las inmortales. Esta conexión de lo creado, esta belleza ordenadísima que asciende de lo ínfimo a lo supremo, y desciende de nuevo de lo supremo a lo ínfimo, en ningún punto in-

¹⁷ Para mayores detalles de su pensamiento, véase sobre todo: SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, versión, introducción y notas de: Francisco Montes de Oca, novena edición, Porrúa, México, 1986.

¹⁸ Vid. KURI BREÑA, Daniel: *La filosofía del Derecho en la antigüedad cristiana*, UNAM, 1975, p. 63.

terrumpido, y, sin embargo, dividida en partes diferentes, toda ella alaba a Dios".¹⁹

- b) En Santo Tomás de Aquino (1226-1274) encontramos un Derecho natural relativo. Diferenció cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina y humana.²⁰

La *ley eterna*, es la divina sabiduría que dirige a todos los movimientos del universo. Ningún ser humano puede conocerla, sólo puede participar en ella a través de la razón que Dios le ha otorgado. Esta participación se traduce en la *ley natural*. A través de ella puede distinguir entre el bien y el mal. La ley natural posee principios muy generales y tiene que completarse con direcciones más particulares dadas por Dios, acerca de cómo deben conducirse los hombres. Esta función la realiza la *ley divina*, revelada por Dios por medio de las Sagradas Escrituras, comprendidas en el Antiguo Testamento. Por su parte, la *ley humana*, es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad. En este sentido, el gobernante tiene que esforzarse para orientar esta ley en relación con la ley natural. En suma, Santo Tomás de Aquino secularizó la idea cristiana de un Derecho natural divino. Su doctrina preparó el camino para la racionalización del Derecho natural y su emancipación de la teología.²¹

II.4. Iusnaturalismo racional

El Cristianismo propició una amplia discusión cuyo saldo no siempre fue positivo. Se derivaron desgastes para la humanidad no sólo reflejados en batallas ideológicas, sino también en guerras sangrientas. A partir de ese debate se fueron construyendo otras manifestaciones del Iusnaturalismo,

¹⁹ Vid. WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 53.

²⁰ Vid. XIRAU, Ramón: *Introducción a la historia de la filosofía*, op. cit., pp. 149-153.

²¹ Vid. BODENHEIMER, Edgar, op. cit., pp. 146-148.

distanciadas de la fundamentación basada en la divinidad. En lugar de los teólogos, fueron apareciendo filósofos y juristas. A esta orientación se le ha venido identificando como el iusnaturalismo racional o iusnaturalismo moderno.

En esta corriente encontramos, en primer término, la influencia de Hobbes (1588-1679). Su ideología se sustentaba en la necesidad de contar con una voluntad superior reguladora de las relaciones humanas; que limite los instintos de las personas y sus movimientos anímicos, para evitar la lucha de los unos contra los otros. Esa voluntad la otorgaba al poder del Estado. Bajo esta perspectiva, el cometido principal del Derecho no es crear un orden ideal, sino un orden real de convivencia. Porque el orden más ideal carece de valor, si no tiene la fuerza para superar la lucha de todos contra todos, mientras que el orden más imperfecto si supera, por lo menos, el caos y establece un orden real, posee el valor jurídico decisivo de aseguramiento de la existencia. En suma, el propósito de Hobbes no es traer del cielo la justicia eterna, sino simplemente construir un orden verdadero en la tierra que, al menos, asegure la existencia de todos. Welzel traduce en buenos términos el pensamiento de Hobbes: "Trató de fundamentar el Derecho positivo por medio del Derecho natural".²²

Dentro de esta misma línea del iusnaturalismo, Hugo Grocio (1583-1647), puntualizó que en el ser hay un instinto social que lo orilla a regular sus relaciones en un ámbito de poder terrenal superior a la voluntad individual. Asimismo, le otorgó a la razón una jerarquía por encima de las diferencias religiosas. Pero dio a la razón un nuevo significado: no como el medio de conocimiento natural otorgado por Dios, sino la facultad cognoscitiva de verdades fundamentales de la vida social. Así, a partir de la razón pueden decidirse los contenidos de la vida real dentro del Estado y entre los Estados.²³

²² WELZEL, Hans: *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., p. 119.

²³ Vid. *Ibid.*, p. 127.

Samuel Pufendorf (1623-1694), trató de establecer los fundamentos de una cultura basada en las ideas del Derecho. Puso énfasis en el derecho a la conciencia personal, a la crítica, a la razón; en los derechos del hombre y del ciudadano. Sus planteamientos sirvieron como fundamento para las ideas políticas del siglo XVIII, impulsoras del reconocimiento de los derechos de la libertad y la igualdad. Entre la polémica suscitada por los seguidores del espiritualismo y el materialismo, propuso un Derecho natural y de gentes, concebido como un Derecho de la cultura, traducido en un conjunto de normas que obligan al hombre al cultivo de su naturaleza biológica.²⁴

En los planteamientos de estos autores encontramos una nueva proyección del Derecho natural. Se logró ubicar la regulación de las relaciones humanas en su esencia natural pero en un plano más concreto: el Estado. No obstante, esta concepción históricamente se fue degenerando en posturas extremas reflejadas en el autoritarismo; en el despotismo del Estado ante sus súbditos. No es nuestra finalidad entrar a esos detalles, sólo nos concretaremos a puntualizar los matices de estas posturas, preponderantemente en la idea del contrato social de Rousseau. Con ello, pretendemos ubicar nuestro enfoque en los planteamientos del período Ilustrado.

Para Rousseau, el Estado no debe existir para aniquilar la libertad del individuo, sino para garantizarla. La renuncia a la libertad individual es injusticia porque equivale a renunciar a la humanidad, a nuestra persona, a los derechos del hombre y, en absoluto, a la posibilidad de un obrar ético. Estableció que el hombre ha nacido libre, pero por todas partes está encarcelado. Hay quien se cree amo de los demás, cuando en realidad no deja de ser un esclavo más de ellos".²⁵ En Rousseau encontramos una manifestación del

²⁴ Vid. *Ibid.*, p. 134.

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*, trad.: Andebeng-Abeau Alingue, Panamericana, Colombia, 2000, p. 4. Se pronuncia en contra de la esclavitud. Plantea que por cualquier lado que se quiera analizar, el derecho a la esclavitud es nulo, no sólo porque es ilegítimo sino también porque es absurdo y no significa nada. Las palabras esclavitud y derecho son contradictorias y se excluyen mutuamente. Ya sea de un hombre a otro, o de un hombre a un pueblo, este discurso siempre resultará insensato: "Establezco con-

Derecho natural que viene, a su vez, a fundamentar la necesaria regulación por parte de la propia persona. Incluso, llega a reconocer que todo poder emana de Dios, pero también viene de Dios toda enfermedad y... ¿esto significa que no es permitido llamar al médico?

Propuso una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Un Estado sólo es posible si los intereses de todos los ciudadanos coinciden por lo menos en un punto. Lo común en todos estos intereses es lo que constituye el vínculo social. La comunidad, por eso, tiene que ser gobernada única y exclusivamente de acuerdo con este aspecto común. Así, el carácter común en un interés es lo que posibilita a cada individuo perseguir su propio interés, buscando a la vez, el de la comunidad, porque el interés particular se encuentra contenido en el común.²⁶ Es así como cada individuo, dándose a todos, no se da a nadie.

A partir de este pacto, Rousseau llegó a fundamentar la necesaria existencia de la ley, para regular las relaciones entre los asociados. A ello concluyó al sostener que a través del pacto social se otorga vida y existencia al cuerpo político, y mediante la legislación se le da movimiento. Estableció que cuando todo el pueblo reglamenta sobre todo el pueblo únicamente se considera a sí mismo. De esta manera se establece una relación fincada en un mismo objeto.²⁷ Llegó a justificar la necesidad del legislador en virtud de que el pueblo siempre quiere el bien, pero no siempre lo ve por sí mismo. La voluntad general siempre es recta, precisaba, pero el juicio que la guía no siempre es brillante, hay que enseñar al otro a conocer lo que quiere.

tigo un convenio con completa obligación tuya y con pleno beneficio mío, que cumpliré como a mí me plazca y que tú cumplirás como me plazca a mí". (*Ibid.* p. 17).

²⁶ *Vid. Ibid.*, p. 21.

²⁷ *Vid. Ibid.*, p. 59.

II.5. Definición y génesis de una ideología: los derechos fundamentales

En la Revolución Francesa encontramos la definición de una ideología y al propio tiempo, el punto de partida de su proyección y desarrollo. La igualdad, libertad y fraternidad fueron principios enarbolados por este movimiento; valores que con el tiempo sustentaron la búsqueda de una política equilibrada y justa entre los hombres y las naciones. Esto a su vez, conformó el legado ideológico de lo que actualmente conocemos como Derechos Fundamentales, cuya proyección la encontramos a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Asimismo, este legado de índole político-ideológico, se traduce también ahora –después de un amplio desarrollo– en el fundamento de nuestro sistema jurídico. A partir de este sustento, la discusión sobre cuáles son o cuáles deben ser los derechos fundamentales, ha suscitado un interesante debate doctrinario. Esa discusión permanece oscilando entre su fundamento iusnaturalista o *iuspositivista*. En el último capítulo haremos un análisis más detallado de los alcances del reconocimiento de los derechos fundamentales, ubicándonos en la delimitación de nuestro objeto de estudio: el Derecho penal. Por lo pronto, en relación con la polémica sobre cuáles son o cuáles deben ser los derechos fundamentales, nos parece oportuno referirnos a la propuesta de Ferrajoli:

Ante una amplia diversidad de definiciones sobre los derechos fundamentales, Ferrajoli los identifica como "... aquellos *derechos subjetivos* que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*".²⁸ Las características que distinguen a estos derechos de los demás, radican

²⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 291. A su vez, precisa los alcances de un Derecho subjetivo: "Cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase de una expectativa positiva de prestaciones o de una expectativa negativa de no lesiones". (*Ibid*, nota 4).

en la forma universal de su imputación, su estatuto de reglas generales y abstractas, y su carácter indispensable e inalienable. A su vez, clasifica los derechos fundamentales en varias categorías: Los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas como tales, incluso a los que no son ciudadanos o capaces de obrar. Los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas como tales en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía. Los *derechos públicos*, corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar. Por último, los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.²⁹

Para sostener el fundamento de estos derechos, Ferrajoli ubica cuatro criterios axiológicos: La *razón* o fundamento teórico, la *fuerza* o fundamento jurídico, la *justificación* o fundamento axiológico, y el *origen* o fundamento histórico y sociológico.³⁰ Ahora, de esos criterios, la principal controversia se ubica en el *fundamento axiológico*. Al respecto, Ferrajoli establece, a su vez, cuatro criterios:³¹

- a) Una relación entre derechos fundamentales e igualdad;
- b) Una relación entre derechos fundamentales y democracia, en virtud que aquéllos representan una dimensión sustancial de ésta;
- c) Una relación entre derechos fundamentales y paz;³² y
- d) El papel de los derechos fundamentales como la *ley del más débil*, en contraposición a la ley del más fuerte que regiría en ausencia de

²⁹ Vid. *Ibid.*, p. 293.

³⁰ Vid. *Ibid.*, p. 314.

³¹ Vid. *Ibid.*, pp. 315 y 316.

³² Así se establece en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica: el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la libertad, los derechos civiles, los políticos. Pero también en un mundo en que sobrevivir es un hecho cada vez menos natural y progresivamente más artificial, resulta indispensable el reconocimiento de los derechos sociales a la supervivencia.

aquella. Esta categorización, puntualiza Ferrajoli, es indispensable para que no impere la ley de quien es más fuerte físicamente –como en el Estado de naturaleza Hobbesiano–; o bien, de quien es más fuerte políticamente –como en el Estado absoluto–; o de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista.

Cabe destacar que la propuesta de Ferrajoli no ha estado exenta de críticas. Sobre todo, se le cuestiona su excesivo enfoque formal, inclinándose a una línea metodológica de la teoría del Derecho y no de la filosofía política.³³

II.6. Resurgimiento del iusnaturalismo

En el siglo XX, después de la segunda guerra mundial y preponderantemente en virtud de los extremos positivistas del nacional-socialismo, fueron resurgiendo posturas iusnaturalistas.³⁴ La característica común de estas corrientes radica en la necesidad de establecer aspectos valorativos que ha de tener en cuenta el legislador al momento de elaborar la norma. En esta línea del pensamiento se ubican, entre otras, las propuestas de Max Scheler; las ubicadas dentro de la corriente del Neokantismo y, dentro de ella, destacan, las aportaciones de Gustav Radbruch. Dicho autor cuestiona que el positivismo tiene la creencia de haber podido fundamentar la validez de la ley por el mero hecho de poseer la fuerza de imponerse, pero la ley, además de proporcionar seguridad jurídica, ha de ser justa y conveniente. O

³³ Precisamente, en la obra citada (FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*), se presenta un debate de su postura con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Destaca además, el estudio preliminar elaborado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, en el cual concretan sustancialmente el planteamiento de Ferrajoli, ponen de relieve las críticas de dichos autores y precisan los alcances de la réplica del propio Ferrajoli. (*Ibid.*, pp. 9-17).

³⁴ Vid. OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús: "Los 'Derechos Humanos' y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo", en: *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*, UNAM, 1987, p. 24.

visto desde una perspectiva inversa: Debemos buscar la justicia, pero al propio tiempo tomar en consideración la seguridad jurídica, dado que ésta es una parte de la justicia, y además, reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga por igual, en la medida de lo posible, a ambas ideas.³⁵

III. EL SUSTENTO DERIVADO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Desde el iusnaturalismo se hacía patente la necesaria presencia de la ley para proporcionar seguridad jurídica de los gobernados. Se comenzó a identificar al Derecho como el cuerpo existente de preceptos legales, resultado de la actividad estatal legislativa. Esa es la primera aproximación con Derecho positivo,³⁶ aunque dicho fenómeno aún no constituye una muestra palpable de la científicidad del Derecho. Este rango cobra trascendencia a partir del siglo XIX, con el advenimiento del positivismo. En seguida analizaremos una breve referencia sobre esa evolución.

III.1. El positivismo como corriente del pensamiento científico general

La polémica de fondo sobre el carácter científico de la doctrina jurídica se inicia en el siglo XIX: el siglo del *cientificismo*. Representa una época caracterizada por la actitud de ver en la ciencia el camino para resolver los problemas humanos y sociales del mundo. Se tenía una fe inquebrantable en el método científico. A través de él, se pretendía dominar a la naturaleza y salvar a la humanidad de todas las miserias, y así conducirla a su felicidad.³⁷ Este movimiento representa al positivismo, como una corriente de pensa-

³⁵ Vid. MARTÍNEZ BRETONES, Virginia: *Gustav Radbruch, vida y obra*, UNAM, 1989, p. 89.

³⁶ Vid. FINCH, John: *Introducción a la teoría del Derecho*, Labor Universitaria, trad.: Francisco Laporta San Miguel, Barcelona, 1977, p. 32.

³⁷ Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 95.

miento general que comprende una asunción determinada en el análisis de los temas que atañen a las diversas áreas o disciplinas del conocimiento.

Al filósofo y matemático francés Augusto Comte, se le considera el fundador del Positivismo moderno. Comte ubicaba tres grandes etapas o estados en la evolución de la humanidad. En un primer estado, el *teológico*, todos los fenómenos eran explicados a partir de referencias o causas sobrenaturales y con la intervención de seres divinos. En el segundo estado, el *metafísico*, el pensamiento se sustenta en principios e ideas concebidas más allá de la superficie de las cosas. El tercer estado, el *positivo*, toma distancia de las construcciones hipotéticas basadas en la filosofía y la historia. En contrapartida, limita su enfoque a la observación empírica y a la conexión de los hechos bajo el sustento de los métodos utilizados en las ciencias naturales.³⁸

La categorización del pensamiento de la humanidad en los tres estados referidos, de alguna manera también se adapta al ámbito del pensamiento jurídico: En la Edad Media estaba preponderantemente influido por consideraciones teológicas; había una íntima vinculación del Derecho con la revelación divina y la voluntad de Dios. Asimismo, el lapso que comprende desde el Renacimiento hasta mediados del siglo XIX, se podría considerar como el período metafísico del Derecho natural, con la presencia de posturas que trataban de explicar la naturaleza y el significado del Derecho con base en ciertos principios últimos, concebidos como convenientes, más allá de la superficie empírica de las cosas.³⁹

III.2. Proyección del positivismo en las ciencias sociales

A mediados del siglo XIX, con el positivismo, se inicia un período caracterizado por el rechazo a las especulaciones apriorísticas y metafísicas, susti-

³⁸ Vid. BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 303.

³⁹ Vid. *Ibid.*, p. 305.

tuyéndolas por los datos empíricos. Esta tendencia tuvo especial proyección en las ciencias naturales, con resultados exitosos o cuando menos contundentes. Los productos derivados de la aplicación del método científico eran fácilmente palpables, y con ello se produjo la *tentación* de trasladar los métodos empleados por las ciencias naturales a las ciencias sociales. Se pretendió estudiar a los fenómenos sociales mediante la aplicación de la observación cuidadosa de los hechos empíricos y los datos perceptibles por los sentidos. Se esperaba que en estas disciplinas se dieran los mismos resultados exitosos. De esta forma, en las ciencias sociales se fue haciendo el esfuerzo por ocuparse de la conexión e interconexión de los hechos, infiriendo de los fenómenos ciertas leyes casuales que ligan entre sí a un fenómeno o grupo de hechos.⁴⁰

III.3. Proyección del positivismo en el ámbito jurídico

En el ámbito jurídico el positivismo fue manifestándose a partir del pretendido distanciamiento de las consideraciones filosóficas históricas. En contrapartida, se antepuso, por una parte, el análisis e interpretación de las normas jurídicas establecidas por los órganos del Estado (positivismo jurídico analítico). Por otro lado, se propició la tarea de investigar y describir las diversas fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del Derecho (positivismo sociológico).⁴¹ Bajo esta perspectiva, se analiza tanto la estructura de las normas jurídicas, como los factores que las producen. Ambas corrientes poseen el referente común de asumir una actitud puramente empírica respecto al Derecho. Enfocan su análisis desde las reglas positivas generadas por los poderes estatales que crean el Derecho.

⁴⁰ *Vid. Ibid.*, p. 306.

⁴¹ Sobre un enfoque sociológico del Derecho, *vid. DÍAZ Y DÍAZ, Martín: Derecho y orden (Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos)*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n.º 63, ITAM, México, 1998.

Ahora, el punto trascendente es averiguar cómo se ha venido dando esa proyección y sus principales variables, pues precisamente a partir del positivismo, la polémica en torno al carácter científico del Derecho fue adquiriendo su máximo esplendor y polémica. Sobre esa proyección, resulta oportuno referir la apreciación de Larenz:⁴²

¿Qué es la ciencia del Derecho? En tanto no se atiende a sí misma como ciencia histórica, ni como ciencia social, sino como algo distinto y peculiar, o sea, como "jurisprudencia" ¿Es realmente una "ciencia", es decir, una actividad espiritual plenamente planeada y dirigida a la obtención de conocimientos, o es sólo un saber ordenado de lo que una determinada comunidad jurídica se considera "Derecho" *hic et nuc*, o es quizás una "tecnología", una indicación para resolver de modo uniforme los casos jurídicos según determinadas reglas, que se podrían calificar de máximas o prácticas o reglas convencionales? ¿Es quizá todo esto a la vez? A estas preguntas se han dado todas las respuestas imaginables. Sobre todo en el siglo XIX se intentó con frecuencia, bajo la impresión del éxito de la Ciencia natural "elevar" la Ciencia del Derecho al rango de una ciencia postulando para ella un método similar al científico-natural.

En los próximos apartados trataremos de exponer algunas aportaciones que, dentro del positivismo jurídico, han dado soporte al estudio científico del Derecho.

III.3.1. Surgimiento de la codificación

En la conformación del pensamiento positivista jurídico, la presencia del ordenamiento o código constituye un elemento imprescindible, por lo que resulta necesario hacer algunas anotaciones al respecto.

Existen dos acontecimientos que representan el sustento de lo que actualmente identificamos como código.⁴³ Uno de ellos es el *Code Civil* de 1804,

⁴² LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad.: Marcelino Rodríguez Molinero, segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 26.

⁴³ Al margen de antecedentes de otro tipo de cuerpos jurídicos que no constituyen propiamente un código, como por ejemplo Código de Amuraby.

también identificado como el *Código de Napoleón*. Este antecedente se singulariza por su carácter formal y su rigidez, pues limitaba al intérprete, dado que los alcances hermenéuticos no podían ir más allá que desentrañar la voluntad del legislador, sin dar margen para hacer construcciones sistemáticas de mayor alcance. De ahí se deriva la esencia de la interpretación exegética.

El otro antecedente, de contenido ideológico-político, se encuentra en el período de la Ilustración –antes referido– con las aspiraciones burguesas de certeza y previsión sustentadas en los fundamentos constitucionales del Estado de Derecho. De ahí se deriva la primacía de la ley como fuente del derecho y el principio de división de poderes, sobre todo, bajo la exposición de Montesquieu.⁴⁴ Esta exigencia ideológica, al propio tiempo se traduce en un presupuesto metodológico en el desarrollo de la ciencia del Derecho. Esto es así porque se deriva una nueva perspectiva del ordenamiento jurídico: ya no como un punto de llegada, construido racionalmente por filósofos o juristas, sino como un punto de partida; como una objetivación histórica que los juristas deben asumir como algo dado. De esta manera, el código u ordenamiento se convierte en el *objeto científico* del conocimiento jurídico. Con ello también cobra importancia la necesidad de orientar la codificación en Derecho escrito.⁴⁵

Con esta concepción, indudablemente, mucho se gana en seguridad jurídica, por lo que resulta indispensable para el jurista mantener la neutralidad del texto. No obstante, bajo ciertos parámetros, el intérprete debe tener un margen de actuación a fin de hacer construcciones más allá de los alcances exegéticos. Es decir, sin que implique crear el Derecho, la labor del jurista debe limitarlo, aclararlo; dar luz al contenido legislativo. De ahí se deriva una gran interrogante metodológica: ¿Cuál debe ser el margen de actuación del jurista al estudiar el contenido de la legislación?

⁴⁴ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 64.

⁴⁵ Vid. *Ibid.*, pp. 71 y 72.

III.3.2. Influencia del Derecho anglosajón

A pesar de la ausencia en Inglaterra de un Derecho escrito, hay por lo menos dos autores ingleses representativos del desarrollo del positivismo jurídico: Jeremy Bentham y John Austin.

a) Bentham desarrolló proyectos de ordenamientos que concluyeron con su propuesta de código constitucional, en 1822. Previamente realizó un tratado sobre legislación civil y otro sobre legislación penal. Se proclamó por la división entre Derecho positivo y normas de contenido moral.⁴⁶ Para él, el verdadero Derecho es el positivo y la única relación que tiene con la moral la traduce en un principio que reza: "Obedece puntualmente, censura libremente".⁴⁷ Destacó las virtudes jurídico-políticas de la codificación para construir un Derecho sistemático que garantice publicidad de la ley, concisión, sencillez y precisión.

Definió a la ley como el conjunto de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano estatal. A su vez, sostuvo que el significado de cualquier signo lingüístico expresa siempre un estado mental. Dicho en otras palabras: los signos manifiestan siempre algo que ha sido concebido o pensado.⁴⁸ En este sentido, puntualizó que sólo es correcta aquella interpretación destinada a descubrir la voluntad del legislador asumiendo como presupuesto su racionalidad. Al darse por supuesta esa racionalidad, la voluntad del legislador puede ser interpretada siempre y cuando ello no implique discrecionalidad.⁴⁹

A la postura de Bentham se le identifica como *utilitarista individualista*, debido a su principio que se traduce en lo siguiente: La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos: el dolor y el placer; y el bien o mal de una nación debe medirse únicamente por la

⁴⁶ Vid. *Ibid.*, p. 81.

⁴⁷ Tomado de: FINCH, John: *Introducción a la teoría del Derecho... op., cit.*, p. 59.

⁴⁸ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos, op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁴⁹ Vid. *Ibid.*, p. 83.

cantidad de placer o dolor que de ella resulte. En este sentido, bajo dicho principio se aprueba o desaprueban las acciones según la tendencia que parezca tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está regulando la acción respectiva. Para Bentham este principio debe ser la guía del legislador, porque la felicidad del pueblo debe ser su interés supremo; debe tener en cuenta que el interés de la comunidad no es otra cosa sino la suma de los intereses de sus miembros.⁵⁰ Asimismo, todas las funciones del Derecho pueden ser referidas a cuatro imperativos: Proveer la subsistencia, aspirar a la abundancia, fomentar la igualdad y mantener la seguridad.

b) Bajo otra línea del pensamiento positivista se sitúa John Austin (1790-1859). Aunque se le relaciona con Bentham, en estricto sentido no puede hablarse de una paternidad ideológica, sólo de aspectos coincidentes. Al igual que Bentham, se pronunció por la preponderancia del Derecho positivo, por encima de las reglas morales o de contenido diverso al codificado por el Estado.

Austin hizo énfasis en la fuerza de la norma como mandato; al elemento imperativo del Derecho lo categorizó como su característica más significativa. Se le considera el fundador de la jurisprudencia analítica. Precisó que la ciencia del Derecho se ocupa de las leyes positivas, en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad.⁵¹ De esta manera, en la labor interpretativa, entender la voluntad del legislador implica desentrañar el contenido de las palabras que éste utiliza. Y sólo en el supuesto de que su significado fuese dudoso, el intérprete podrá acudir a otros recursos, específicamente a la interpretación lógica. Pero en estos casos, lo que el intérprete extiende o restringe, en estricto sentido, no es la disposición analizada, sino el significado literal de sus palabras bajo las cuales ha sido expresada.⁵²

⁵⁰ Vid. BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 308.

⁵¹ Vid. *Ibid.*, pp. 315 y 316.

⁵² Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., pp. 83-86.

La postura de Austin la podríamos ubicar en el núcleo duro del positivismo, en cuanto a la preponderancia que asume sobre el carácter imperativo de la norma y la asunción de ésta por parte de los gobernados. Llega a sostener que el Derecho positivo se encuentra constituido por las "...reglas establecidas para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él".⁵³

III.3.3. Influencia de la corriente histórica en la construcción sistemática del Derecho

Dentro del positivismo se ubica la corriente historicista representada por Savigny (1779-1861). Se trata de una postura hasta cierto punto *reaccionaria* a la codificación, tendencia imperante en su tiempo. Sus aportaciones le otorgaron un mayor *status* científico el estudio del Derecho. En palabras de Larenz: "La moderna ciencia del Derecho comienza con F.C. Savigny y sus colaboradores y enemigos, porque todo lo que había precedido fue transmitido a través de él".⁵⁴

Para Savigny, el Derecho es más que la suma de disposiciones jurídicas; es una esencia orgánica que vive en la conciencia de un pueblo; representa la expresión de su realidad histórica. De ahí deriva la concepción del ordenamiento jurídico, entendido como un todo orgánico, conceptual, único, estático y sistemático, formado por el conjunto de las instituciones jurídicas.⁵⁵ Mediante la técnica o metodología de la *construcción*, se puede describir la expresión de esa totalidad ideal. Para ello hay que investigar la esencia histórica y filosófica; los principios básicos de las instituciones jurídicas y posteriormente integrarlas en un cuerpo más amplio: en la totalidad del ordenamiento jurídico.⁵⁶

⁵³ Tomado de: LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 118,

⁵⁴ LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 28.

⁵⁵ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 74.

⁵⁶ Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 31.

Savigny no desestima la necesaria presencia de las normas positivas, pero exige de ellas un proceso de asimilación; una tarea intelectual mucho más amplia que la labor hermenéutica. Establece que la ley es una manifestación lingüística que tiene como finalidad una relación social haciendo de ella una relación jurídica o de Derecho.⁵⁷ Bajo esta construcción, la ley expresa un pensamiento, el cual requiere de un contenido intelectual encaminado a fijar esa relación. Es decir, implica la reconstrucción racional y conceptual de unos hechos dados *en bruto*.⁵⁸

Bajo la propuesta de este autor alemán, el intérprete debe ubicarse en el punto de vista del legislador, reconstruir su idea expresada en la ley y después, recomponer la ley en su inteligencia y así configurar su unidad interna.⁵⁹ Para tal fin es necesario acudir a cuatro operaciones distintas: gramatical, lógica, histórica y sistemática.

La preponderancia de la norma positiva en el planteamiento de Savigny, se traduce en un presupuesto metodológico al requerir la necesaria ubicación del jurista en la ley misma. Además, es necesario que dicha ubicación se haga a partir de ciertos conocimientos generales; por ejemplo, en el conocimiento del lenguaje de la época. Ahora, este requerimiento no implica una supeditación cegada a la voluntad del legislador; ésta es limitada: sólo atañe al ámbito de una ley en particular y a una realidad específica. Ello implica que esa voluntad del legislador, deba reconstruirse y ubicarse en un sistema.⁶⁰

Aunado a esa limitante, Savigny resalta otros supuestos en los que desprender la voluntad del legislador no es suficiente para llegar a soluciones fructíferas. Se refiere a los casos de imprecisión, contradicción de normas, o de errores legislativos.⁶¹ En esos casos, al intérprete le corresponde po-

⁵⁷ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 76.

⁵⁸ Vid. *Ibid.*, p. 76.

⁵⁹ Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., 32.

⁶⁰ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 77.

⁶¹ Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia...*, op. cit., p. 32.

ner en armonía la forma con el pensamiento; pero hacerlo de manera restringida; fijar los límites verdaderos de la ley, pero nunca franquearlos.⁶²

Las aportaciones de Savigny vienen a redimensionar los alcances de la codificación, en tanto que el Derecho positivo se complementa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica.⁶³ En palabras de Calvo García: “La ciencia jurídica debe buscar en la fuerza interior del Derecho vigente la capacidad del propio ordenamiento para ‘autocompletarse’ y también para resolver las contradicciones que pudieran surgir”.⁶⁴ Y esa fuerza interior del Derecho no descansa *stricto sensu* en los preceptos, sino en las instituciones que tienen por base esos preceptos jurídicos. En suma, la ciencia del Derecho no tiene como finalidad ordenar preceptos, sino buscar en el sistema la naturaleza de las instituciones jurídicas. Reiteramos, las aportaciones de Savigny contribuyeron notablemente en el desarrollo científico del Derecho⁶⁵ y a partir de ellas se han ido formulando otras propuestas con diferentes matices.⁶⁶

⁶² Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 78.

⁶³ Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* op. cit., p. 33.

⁶⁴ CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos*, op. cit., p. 79.

⁶⁵ Para mayores referencias sobre el planteamiento de este autor, en traducción castellana, véase, entre otras obras: SAVIGNY, Friedrich Karl von y A. F. J. THIBAUT: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho y sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, trad.: J. Díaz García Aguilar, edit. Stern, Madrid, 1970.

⁶⁶ Por ejemplo, cfr. ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. (La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica)*, trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 228. Por lo que respecta al apoyo que obtiene de los planteamientos de Savigny, para la estructuración de argumentos jurídicos, a partir de la diferenciación entre lenguaje natural y lenguaje técnico.

III.3.4. Influencia del Derecho libre en la construcción del sistema jurídico

Ihering (1818–1892) –junto con Savigny– es uno de los pensadores más importantes de la ciencia jurídica.⁶⁷ A su propuesta se le identifica como el “Método histórico natural de la ciencia del Derecho”.⁶⁸ Influido por la Escuela Libre, se decanta por una libre interpretación científica, no supeditada a la voluntad del legislador. Establece que el Derecho debe permanecer inmerso en una dinámica cambiante para que tenga sustento científico.⁶⁹ Y esa dinámica debe responder de manera razonable a la labor interpretativa cotidiana: a la labor de los jueces.⁷⁰

Su propuesta no minimiza la presencia del legislador en la construcción científica del Derecho, ni le resta importancia a su voluntad. Reconoce que el legislador puede regular hipotéticamente los casos que en el futuro se presenten, pero también advierte que es muy difícil dejar de pensar que el intérprete no participe creativamente en la construcción del Derecho.⁷¹

Influido por las circunstancias de su tiempo, sobre todo por la evolución de las ciencias naturales, toma distancia de las categorías éticas de la filosofía idealista y en primera instancia se inclina por la metodología de las ciencias naturales, bajo el sustento de la lógica formal.⁷²

Para Ihering, la tarea sistemática consiste en descomponer las instituciones jurídicas y las normas que subyacen en ellas; posteriormente, reconstruir con esas instituciones las normas jurídicas ya conocidas, e incluso, poder derivar otras nuevas. Como resultado de ello, la ciencia del Derecho obtie-

⁶⁷ Así, LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 45.

⁶⁸ Vid. *Idem*.

⁶⁹ Vid. IHERING, Rudolf, von: *La lucha por el Derecho*, versión española de Adolfo Posada y Biseca, tercera edición facsimilar, (primera versión original), 1881, Porrúa, México, 1998, p. 19.

⁷⁰ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel. *Los fundamentos de la... op., cit.*, p. 104.

⁷¹ Vid. *Ibid.*, p. 111.

⁷² Vid. LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 45 y 46.

ne, en lugar de una cantidad infinita de normas jurídicas de la más variada clase, un número claro de *cuerpos simples*, pudiendo recomponer con ellos, cuando sea preciso, las normas jurídicas particulares.

Llega a comparar la labor de los juristas con la técnica empleada por las ciencias químicas: Las normas jurídicas, constituyen la materia analizada; dicha materia se volatiliza en conceptos y así se logra una construcción sistemática; de un estado inferior a uno superior. Y de ese procedimiento se obtiene una transformación: la materia deja la forma práctica e imperativa inmediata y adopta la figura de un cuerpo jurídico.⁷³

Posteriormente se inclinó por una construcción teórica más abierta, más pragmática, sustentada en aspectos sociológicos, flexibilizando la doctrina de los conceptos. De esta manera, ubicó al Derecho como la forma de protección emanada del poder de coactivo del Estado a las condiciones de la vida social.⁷⁴ Planteó que en el estudio del Derecho hay que tener en cuenta su finalidad: la protección de intereses; dado que el Derecho debe tratar de armonizar los intereses individuales con los de la colectividad. Ya en su clásica obra *La lucha por el Derecho* puntualizó:⁷⁵

El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí misma una síntesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. (...) No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de las obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la lingüística. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente indispensable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.

⁷³ *Vid. Ibid.*, pp. 46 y 47.

⁷⁴ *Vid. LATORRE, Ángel: Introducción al Derecho, op. cit.*, pp. 138 y 139.

⁷⁵ IHERING, Rudolf von: *La lucha por el Derecho, op. cit.*, p. 1.

III.3.5. La teoría pura del Derecho

El núcleo duro del positivismo jurídico lo encontramos en la teoría pura del Derecho, cuyo principal exponente es Hans Kelsen (1881-1973).⁷⁶ Este autor –nacido en Praga y formado preponderantemente en Viena– pretendió establecer una teoría general sustentada en la concepción del Derecho de manera autónoma; despejado de todo contenido político, ético o moral. Bajo esta propuesta, las normas son entendidas como categorías lógicas independientes;⁷⁷ así como la pureza de la ciencia en las leyes matemáticas.⁷⁸

Kelsen pretendió otorgar objetividad y precisión al Derecho, lo cual constituye el ideal de toda ciencia. Sostuvo que con ello se facilita el desenvolvimiento de la ciencia jurídica, a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de la ciencia. Así el Derecho dejaría de ser el “pariente pobre” de las otras disciplinas científicas.⁷⁹

Kelsen aclaró que su teoría pura del Derecho, es una teoría del Derecho positivo en general y no de una en particular. Para formular su propuesta al rango de teoría, sostuvo la necesidad de limitarla al conocimiento único y exclusivo de su objeto. Dicha limitación comprende la determinación de lo que es el Derecho y cómo se forma, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. En todo caso, a estas últimas interrogantes correspondería responderlas la política jurídica y no la ciencia del Derecho. En suma, el principio fundamental de su método consiste en eliminar de la

⁷⁶ Adolf Reinach hizo un primer intento de crear una teoría pura del Derecho con bases distintas a las que después utilizó Kelsen. Sobre esta referencia, véase el estudio preliminar de José Fernández Santillán en: BOBBIO, NORBERTO: *el filósofo y la política (antología)*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 16.

⁷⁷ Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 119.

⁷⁸ Vid. SCHMILL, Ulises y VERENGO, Roberto J.: *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho*, UNAM, 1983, p. 15.

⁷⁹ Vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, traducción de la edición francesa (1953): Moisés Nilve, décimo segunda edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 10 y 11.

ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños.⁸⁰ A partir de ese presupuesto, configura una serie de principios o postulados que sostienen su teoría. A continuación haremos una breve referencia de ellos:

a) *Monopolio de la fuerza*

Kelsen hizo énfasis en que el Derecho vincula a determinadas conductas mediante un acto de coacción y eso es lo que lo distingue de otras órdenes normativas. Ahora, el acto de coacción implica el uso de la fuerza. Por ende, la función esencial del Derecho es reglamentar el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El Derecho es entonces una organización de la fuerza.⁸¹

b) *Principio de imputación*

Para describir el objeto de estudio del Derecho –es decir, de la norma jurídica– Kelsen sostiene que primeramente hay que determinar un principio de *imputación*, el cual consiste fundamentalmente en lo siguiente: Así como en la ley natural se establece una vinculación de dos hechos, a partir de una relación causa-efecto, lo mismo sucede en las reglas de Derecho, sólo que con otro tipo de relaciones. Por ejemplo, si un individuo ha cometido un delito debe ser castigado; si no paga su deuda contraída debe sufrir una ejecución forzada de sus bienes, etc. Es decir, un acto ilícito es seguido de una sanción, porque una norma creada por un acto jurídico así lo prescribe o autoriza. En otras palabras: la sanción *debe* seguir al acto ilícito; es imputada a él.⁸²

La imputación se traduce, a su vez, en la configuración de dos tipos de normas: las normas primarias y las normas secundarias. Las primarias estable-

⁸⁰ Vid. *Ibid.*, p. 15. Establece que con una falta total de sentido crítico la ciencia del Derecho se había ocupado de la psicología, la biología, la moral y la teología. "Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas". (*Ibid.* p. 16).

⁸¹ Vid. *Ibid.*, pp. 74-76.

⁸² Vid. *Ibid.*, pp. 17-20.

cen la relación entre el hecho ilícito y la sanción. Por su parte, las normas secundarias, prescriben la conducta que permite evitar la sanción. Otorga mayor preponderancia a las normas primarias (a las que llama normas jurídicas completas) pues las secundarias presuponen la existencia de aquéllas.⁸³

c) Estructura jerárquica del orden jurídico

Para Kelsen el único Derecho válido es el Derecho positivo proveniente de un orden creador. El contenido de la norma está determinado en un acto de voluntad: O deriva del procedimiento legislativo –si se trata de normas generales– o de una decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho privado –si se trata de normas individuales.–⁸⁴ Bajo esta configuración, las normas son válidas sólo si han sido creadas con base en una norma fundamental: la norma constitucional. Por ejemplo, una norma es válida si ha sido creada conforme al código penal. Asimismo, la validez del código penal se deriva de la Constitución, en la cual se establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.⁸⁵ De esta manera, la teoría pura del Derecho atribuye a la norma fundamental el rango de una hipótesis básica. Si partimos del supuesto de que esta norma es válida, entonces resulta válido el orden jurídico derivado que le está subordinado. Es pues, en el último análisis de la norma fundamental, donde encontramos la fuente de significación normativa de todos los hechos que

⁸³ Vid. *Ibid.*, pp. 76-78.

⁸⁴ Vid. *Ibid.*, p. 137.

⁸⁵ Vid. *Ibid.*, p. 138. Especifica que si a su vez quisiéramos determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, tendríamos que remontarnos hasta una constitución más antigua, aunque así llegaríamos a la constitución más antigua. Así, llegaríamos a una primera constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. Entonces, la voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. (*Idem*). Cfr. BALBUENA CISNEROS, Arminda: "El origen antidemocrático de la justicia constitucional", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, n.º 75, 2004 (próxima publicación).

integran el orden jurídico. Únicamente la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que examina el jurista y asumirlos como un sistema de normas.⁸⁶

En este orden de ideas, el grado superior del Derecho positivo es la Constitución, entendida en sentido material, en cuanto a que su función esencial es designar a los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina legislación. Por otra parte, la Constitución puede determinar, también, el contenido de las leyes futuras al prescribir o prohibir determinados supuestos.⁸⁷

d) *Métodos de interpretación*

Para Kelsen la teoría pura del Derecho no suministra ningún criterio y no indica ningún método de interpretación. Precisa que a pesar de todos los esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su creador. Además, establece que todos los métodos de interpretación sólo conducen a una solución posible, pero no a una solución que sea la única correcta.⁸⁸ Por ello, se decanta por una configuración del sistema jurídico en su aspecto eminentemente formal.

III.3.5.1. *Críticas*

La teoría pura del Derecho constituye una de las aportaciones más importantes a la metodología jurídica y representa un hito en el sustento científico del Derecho,⁸⁹ aunque también ha recibido un buen número de críti-

⁸⁶ Vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho, op., cit.*, p. 139.

⁸⁷ Vid. *Ibid.*, p. 118.

⁸⁸ Vid. *Ibid.*, pp. 167-169.

⁸⁹ LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 91, sobre la trascendencia de la obra de Kelsen establece: "su 'Teoría pura del Derecho' representa el más grandioso intento de fundamentación de la Ciencia del Derecho como ciencia –ciertamente que aún todavía en el terreno y dentro

cas. Principalmente, se le cuestiona el haber pretendido asilar el análisis de la norma de todo contenido ético o valorativo. No obstante, en algunos casos las críticas han sido desmesuradas. Como bien lo puntualiza Calvo García:⁹⁰

Su rechazo del *iusnaturalismo* y de toda metafísica axiológica en la descripción científica del derecho y del estado, no permite afirmar, como hacen algunos autores un tanto irresponsablemente, que Kelsen fue un hombre carente de valores o que la teoría pura del derecho el antecedente de los desmanes jurídicos del nacionalsocialismo. Si acaso, podrá decirse que su teoría no describe fielmente el funcionamiento de los fenómenos jurídicos o que está en desacuerdo con el postulado de la misma que coloca al derecho y al estado fuera del campo del poder; pero no descalificar *a priori*.

A mayor abundamiento de ese comentario, es importante resaltar que por su ascendencia judía y su ideología socialdemócrata, padeció constantes represiones por el régimen del nacionalsocialismo. Tuvo que abandonar Viena y radicar en Colonia, Ginebra, Praga, y concluir su destierro en Estados Unidos de Norteamérica (Berkeley). En la última edición de su obra aclaró: "Debo señalar, sin embargo, que uno de los fines principales de la Teoría pura del Derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La segunda guerra mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política".⁹¹ En cuanto a su ideología socialdemócrata precisó: "Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia para mí se da en aquel orden social

de los límites del concepto positivista de ciencia— que ha visto nuestro siglo (...) la 'Teoría pura del Derecho' es en alta medida seductora como teoría, pero su rendimiento en orden a la praxis es escaso".

⁹⁰ CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos..*, op. cit., p. 117.

⁹¹ KELSEN, Hans: *La Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 8. La primera edición de su obra se publicó en 1934, después de la Primera Guerra Mundial.

cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mí Justicia*, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, de la tolerancia".⁹²

III.3.6. Algunas notas sobre las tendencias contemporáneas

Las contribuciones de Kelsen propiciaron una intensa discusión, lo cual repercutió positivamente en el desarrollo científico del Derecho. La crítica a los aspectos torales de su propuesta influyeron en importantes contribuciones al positivismo jurídico. De la crítica a su excesivo formalismo, dejando de lado consideraciones axiológicas y a su enfoque preponderante del ser, distanciado del deber ser se derivaron planteamientos de relieve.⁹³

Aunque no es nuestra pretensión hacer un estudio detallado de la evolución científica del Derecho,⁹⁴ nos referiremos a tres tendencias que estimamos representativas en este desarrollo y que nos servirán para llegar a concretar la conformación metodológica de la ciencia del Derecho a través de la dogmática jurídica:

a) *Tesis de la discrecionalidad jurídica*

Hart (1907-1992), influenciado por la ideología socialdemócrata, constituye uno de los máximos exponentes de la teoría del Derecho en la postguerra. Plantea que el Derecho es por esencia indeterminado e incompleto. Siempre habrá una zona de penumbra de casos discutibles. Coincide con Kelsen en cuanto a la indiscutible finalidad en un Estado socialdemócrata de garantizar la seguridad jurídica, pero a ésta hay que atribuirle capacidades

⁹² KELSEN, Hans: *¿Qué es la Justicia?*, trad.: A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991, p. 63. Tomado de: CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método...*, op. cit., p. 117, nota 3.

⁹³ En ese sentido, vid. LARENZ, Karl, op. cit., p. 95.

⁹⁴ Sobre un análisis sintético de las diversas orientaciones, vid. RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho. (Ensayos sobre Derecho y moral)*, trad.: Rolando Tamayo, UNAM, México, 1985.

reales. Por ello, el Derecho positivo es una *textura abierta al lenguaje*; a través de cánones de interpretación lógicos y razonables, se derivan posibilidades de resolver las *zonas borrascosas*.

Bajo esta perspectiva propone la identificación de *reglas de reconocimiento*. Dichas reglas son algo más que la norma fundamental hipotética de Kelsen. Esas reglas permiten reconocer las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. De ellas se desprende la existencia de la norma formal. No son predicciones sobre cómo habrá de solucionarse un caso, sino criterios o pautas a seguir para la solución del caso y la decisión interpretativa sea válida.

Por otro lado, distingue entre reglas primarias (de obligación), en las cuales se regula el supuesto de hecho y las consecuencias, y las reglas secundarias que facilitan la aplicación de las primarias. De esta manera, se deriva una función de los tribunales, normada, regulada y prudente, sometida a reglas.⁹⁵

b) *Teoría de los derechos*

En contraposición con la postura de Hart, Dworkin establece que se deben aceptar las normas primarias como son. No puede haber normas jurídicas *de pedigrí*, y el grado de discrecionalidad afecta el contenido democrático, porque se vulnera la separación de poderes y el principio de retroactividad. Plantea que lo que el juez hace es desprender, interpretar el Derecho, pero él no crea el Derecho; las normas existen antes de su interpretación. De ahí su reconocido *desideratum*: "hacer valer los derechos en serio".⁹⁶

Además, en contraposición también con Hart, establece que las discusiones en el ámbito del Derecho no deben centrarse en cuestiones de orden

⁹⁵ Vid. CALVO GARCÍA, Manuel: *Los fundamentos del método jurídico*, op .cit., pp. 146-155.

⁹⁶ Vid. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad.: Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

lingüístico, sino en aspectos mayor profundidad. Llegó a plantear que en algunos casos, las decisiones jurídicas deben tomar en cuenta una visión particular de la moralidad política.⁹⁷ No obstante, al respecto nos parece atinada la crítica de Calvo García: “En un mundo plagado de ‘fundamentalismos’ e intolerancia la subordinación del Derecho a la moral, aunque sea una moral liberal o se produzca en el marco de una democracia, puede resultar una apuesta peligrosa”.⁹⁸

III.3.7. Teoría funcional del Derecho de Norberto Bobbio

Desde nuestro punto de vista, Norberto Bobbio logró construir una propuesta integral del positivismo jurídico, vinculando diversas perspectivas teóricas. Parte de un presupuesto básico: aunque el positivismo jurídico emanó como una alternativa científica, en el fondo contenía una exigencia política. Hace la distinción de dos aspectos: De qué se compone el Derecho, prescindiendo de todo elemento teleológico y el análisis del Derecho, donde lo esencial es determinar para qué sirve el Derecho.⁹⁹ De ahí deriva que Estado y Derecho son dos caras de una misma moneda.

Para Bobbio no es conveniente crear un “bloque monolítico” del positivismo, pues se deben distinguir en él tres perspectivas diferentes: como un método para el estudio del Derecho, como una teoría del Derecho y como una ideología del Derecho:¹⁰⁰

El tratamiento del positivismo *como método de estudio*, parte de una premisa metodológica básica: al margen de las diversas posturas que se puedan plantear sobre la construcción del método, es unánimemente acepta-

⁹⁷ Vid. CALVO GARCÍA: *Los fundamentos, op., cit.*, p. 159.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 164

⁹⁹ Vid. BOBBIO, Norberto: “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en: *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, 1976, p. 9.

¹⁰⁰ Vid. BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, trad.: Rafael de Asis y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 237 y 238.

da la necesaria presencia de un orden normativo para otorgarle cientificidad al Derecho. La elaboración de los conceptos jurídicos se extraen fundamentalmente del propio ordenamiento jurídico, por medio de la deducción lógica de las normas, y¹⁰¹ mediante la transformación del lenguaje del legislador en un discurso riguroso y sistematizado, se convierte en ciencia.¹⁰²

En la concepción del positivismo *como una teoría*, también existen diversas corrientes teóricas, pero todas ellas se ubican dentro del mismo ámbito genérico: el positivismo. Así, las divergencias las vamos a encontrar, sobre todo, en las propuestas de interpretación e integración del estudio del Derecho. De ahí se pueden derivar alternativas como la teoría coactiva del Derecho, teoría legislativa del Derecho, teoría imperativa del Derecho, teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico, teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho, entre otras.

Bajo la perspectiva del positivismo *como una ideología*, nos vamos a encontrar con una diversidad de posturas, muchas de ellas extremas. Por ejemplo, la ideología derivada de la Ilustración, frente al autoritarismo. Un caso límite lo encontramos en el régimen del nacionalsocialismo: el juez debía decidir con arreglo al interés político del Estado. Distanciados del principio *nullum-crimen, nulla poena sine lege*, eran considerados delitos todos los actos contrarios al "sano sentimiento popular", aunque no estuvieran previstos por la ley.¹⁰³

¹⁰¹ Vid. *Ibid.*, p. 19

¹⁰² Sobre los alcances de esta transformación, vid. SOTO GUERRERO, Salvador: "Norberto Bobbio y la ciencia del derecho como análisis del lenguaje", en: *Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, vol. IX, n.º 67, julio-diciembre de 1999, pp. 223-250. Hace un valioso análisis del planteamiento de Bobbio en esta temática y elabora una traducción del artículo de Bobbio titulado: "El rigor en la ciencia jurídica".

¹⁰³ Vid. BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, op. cit., pp. 238-240.

La propuesta de Bobbio consiste en orientar esos tres ámbitos en la construcción científica del Derecho, sin dejar de reconocer que, como característica fundamental de la ciencia, exista una diversidad de posturas. Ahora, por los que respecta a la última concepción (el positivismo como una ideología), asume que el Derecho posee siempre un valor y a partir de ese valor distingue entre dos formas de concebir al positivismo: En una versión positivista extrema, se trata de un valor final; y en su versión positivista moderada, se trata de un valor instrumental. Bobbio se inclina por esta última:¹⁰⁴ el Derecho tiene un carácter eminentemente funcional, no es un fin en sí mismo.

III.4. Recapitulación

De la evolución referida estamos en posibilidades de puntualizar algunos aspectos que nos van a servir para concretar la propuesta metodología a la que pretendemos llegar.

Del iusnaturalismo encontramos referentes filosóficos que dan soporte ideológico al Derecho, pero no fundamentan su cientificidad. En la Ilustración, encontramos un puente que nos conduce de una ideología filosófica-política a una construcción que otorga certeza al reconocimiento de los Derechos Fundamentales: el ordenamiento jurídico; es decir, el derecho establecido por el poder soberano. Ahora, el ordenamiento jurídico como postulado político y garante de los intereses de la persona, requiere de una delimitación conceptual a partir de la precisión de un objeto de estudio: la norma positiva.

La norma formalmente creada, elevada al rango de objeto de estudio del jurista proporciona una proyección trascendente en el desarrollo científico del Derecho. Por otro lado, el ordenamiento jurídico puede interpretarse desde diferentes perspectivas; desde las que limitan al intérprete a desen-

¹⁰⁴ *Vid. Ibid.*, p. 241.

trañar sólo la voluntad del legislador, hasta las que le conceden un margen de libertad en su análisis más allá de la intención del creador de la norma.

Indudablemente la norma jurídica no puede analizarse de manera aislada. Requiere su integración dentro de un sistema, y así se van creando instituciones jurídicas, cuyo análisis amerita un proceso intelectual de mayor rigor que la mera labor exegética. A su vez, a partir de la integración y sistematización de las instituciones jurídicas se pueden construir normas de mayor solidez y textura científica.

Esta construcción requiere de la existencia de la norma formalmente constituida, conformada con características diversas a otras normas no jurídicas. Sin embargo, en ese análisis, difícilmente el jurista puede desprenderse de las consideraciones axiológicas; del fondo ideológico de todo ordenamiento jurídico; de la separación entre el ámbito del ser y del deber ser. Por el contrario, precisamente, en la vinculación entre técnica y realidad; entre teoría, metodología e ideología, encontramos el sustento científico de nuestra disciplina. Todo ello se proyecta en la dogmática jurídica, a la cual nos referimos a continuación.

III.5. Construcción de la dogmática jurídica

La evolución referida en este capítulo se proyecta en un método particular de estudio del Derecho que la doctrina ha venido construyendo: La dogmática jurídica. A través de ella, se puede lograr una fructífera vinculación entre el Derecho positivo y la ubicación de la norma dentro de un sistema más amplio que permita la construcción de instituciones jurídicas y la integración del Derecho. Asimismo, abre la posibilidad de introducir elementos ideológicos sin que con ello se vulnere su rigor científico.

La dogmática jurídica la podríamos definir como el análisis sistemático, ordenado, completo e integral de los textos legales. Dicho análisis permite desentrañar las instituciones jurídicas a fin de garantizar una aplicación uni-

ficada de la ley y en esa medida proporcionar seguridad jurídica a los destinatarios del Derecho positivo.¹⁰⁵

III.5.1. Su estructura

Nótese como la primera delimitación metodológica de la dogmática jurídica es la supeditación a la ley. Esta exigencia se debe a que toda idea jurídica necesita una formulación legal, la cual a su vez será más perfecta y eficaz en la medida que logre proyectar su análisis científico. A partir de esa exigencia, la dogmática jurídica se ha estructurado en tres etapas.¹⁰⁶

a) *Etapa interpretativa*

Comprende la implementación de los recursos hermenéuticos que permitan desentrañar el sentido de la norma. Implica acudir a las diferentes opciones interpretativas que la teoría del Derecho nos ha legado: la interpretación gramatical, histórica, teleológica, auténtica, exegética, etc.

Interpretar un texto significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje. El vocablo interpretación denota a *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar u otorgar el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado de esa actividad; es decir, el significado mismo.¹⁰⁷ En este sentido, podemos desprender dos tipos de interpretación. Una en *sentido estricto*: la atribución de significado a una formulación normativa, cuando estamos en presencia de dudas o contro-

¹⁰⁵ Vid. ROXIN, Claus: *Política criminal y estructura del delito*, (elementos del delito en base en la política criminal), trad.: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992. La define como la disciplina que se encarga de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas.

¹⁰⁶ Vid. ROMEO CASABONA, José María: *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Laguna, 1997, p. 11.

¹⁰⁷ Vid. GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.: Marina Gascón y Miguel Carbonell, tercera edición, Porrúa, UNAM, México, 2002, pp. 2 y 3.

versias en torno a su campo de aplicación. Implica asumir una decisión sobre un texto oscuro en una situación dudosa. De otro lado, *la interpretación en sentido amplio*, referida a la atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de que existan dudas o controversias.¹⁰⁸

b) *Etapa sistemática*

Consiste en armonizar cada disposición con una estructura más amplia; con un sistema que comprende el fondo subyacente de la esencia regulada por la norma. Esta estructura la encontramos en el contenido de los postulados de la base constitucional de un sistema jurídico y en las instituciones jurídicas de ahí derivadas.

c) *Etapa crítica*

A partir de la interpretación y sistematización, al jurista también le corresponde asumir su propia postura; formular sus propias teorías. En suma, puede confirmar o sostener la sistemática analizada, o bien, proponer otras alternativas.¹⁰⁹

III.5.2. Valoración de sus alcances

Es necesario hacer algunas precisiones en torno al contenido, estructura y alcances de la dogmática para no caer en concepciones equívocas que pueden, a su vez, traducirse en distorsiones desafortunadas al momento de su aplicación.

¹⁰⁸ *Vid. Ibid.*, pp. 4 y 5.

¹⁰⁹ *Vid.* GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe: "La teoría del delito en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. Un análisis dogmático", Tesis de grado de Maestro en Ciencias Jurídico-Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, 1998, pp. 7 y ss.

a) Aplicación en torno a la validez del propio método

El método dogmático resulta adecuado para la ciencia jurídica donde no partimos de premisas susceptibles de validarse o refutarse, como sucede en las ciencias exactas. Tradicionalmente se pensaba que únicamente constituye objeto de estudio científico lo que puede definirse como verdadero o falso, a través de la verificación. Pero suponiendo que así lo fuera, no siempre la verificación debe ser experimental; en el ámbito de las ciencias sociales se puede llegar a verificar mediante la observación sin que ello le reste valor científico. Incluso, en otras ciencias diversas a las sociales, cuyo carácter científico es incuestionable, también así sucede.¹¹⁰ Aunque en un tiempo se llegó a plantear que ello no era posible, aportaciones contemporáneas han puesto de relieve lo contrario. Por ejemplo, Popper cuestiona los dogmas del positivismo a ultranza, traducidos en que todos los enunciados de la ciencia empírica deben ser susceptibles de formular una decisión definitiva con respecto a su verdad; es decir que deben ser verificables. En contrapartida, sostiene que el criterio de demarcación no es la verificabilidad sino la falseabilidad de los planteamientos; es decir, que sea posible refutarlos. Pero de ahí se deriva, a su vez, otra delimitación: no es necesario que esa refutación sea directa, se pueden llegar a deducir.¹¹¹ Por su parte, Piaget,¹¹² establece que un problema se convierte en científico, cuando se consigue delimitarlo de manera lo suficientemente precisa como para que con sus métodos de es-

¹¹⁰ Vid. NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 319. También, LAMARCA PÉREZ, Carmen: "Posibilidades y límites de la dogmática jurídico penal", en: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 33, Madrid, 1987, p. 530.

¹¹¹ Vid. POPPER, Karl: *El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Madrid, 1967, pp. 192 y ss. para mayor referencia, del mismo autor, vid. *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, 1973. También, "La lógica de las ciencias sociales", en: Adorno y otros. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973.

¹¹² Citado por SIERRA BRAVO, Restituto: *Ciencias sociales. Epistemología, lógica y metodología*, Paraninfo, Madrid, 1984, p. 46. En esta obra (pp. 94 y ss.) se encuentra un análisis detallado del tema abordado. (Problemas y validez del conocimiento científico en las ciencias sociales.)

tudio se pueda llegar a un acuerdo respecto a su solución; pero no por simples opciones o creencias, sino por investigaciones técnicas precisas.

b) Aclaración en torno a los alcances del término “dogmática”

Es importante hacer una precisión en torno al alcance conceptual de la dogmática para no caer en distorsiones terminológicas y evitar darle un sentido totalmente opuesto a su esencia. Hacemos énfasis en ello por porque el término nos puede dar, en principio, la idea de asumir algo como irrefutable; que no admite cuestionamiento alguno. Así puede entenderse si nos basamos en una terminología peyorativa o vulgar; si identificamos a la dogmática con la intransigencia, terquedad, cerrazón y un buen número de términos análogos. No obstante, en el ámbito de la ciencia jurídica, la calificación de dogmática desde luego no se refiere al modo de aceptar la verdad de enunciados, de manera cegada, sin posibilidad alguna de establecer valoraciones.¹¹³ No es así. La calificación de dogmática se refiere a la necesidad de adoptar como objeto de estudio a la norma jurídica, la cual no puede cambiar el jurista; tiene que asumirla tal cual para su estudio, sin que ello necesariamente implique su aceptación técnica o valorativa. Si el jurista tuviera que aceptar el contenido de la norma, el Derecho vería limitada su proyección científica porque se impediría su desarrollo. Sin embargo, el jurista requiere de un punto de partida viable para elaborar su análisis y proyectar su pensamiento. Incluso, ese requerimiento es necesario —como lo referimos al momento de abordar las bondades del positivismo jurídico— también desde una perspectiva garantista, pues como bien plantea Recaséns Siches: “Sin una mínima certeza y seguridad jurídica no podrá reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a la realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía”.¹¹⁴

¹¹³ Vid. NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, pp. 18-19.

¹¹⁴ Vid. RECASÉNS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, tercera edición, Porrúa, México, 1980, p. 307.

A partir de la norma vigente el dogmático interpreta, sistematiza y puede llegar a elaborar críticas a la norma estudiada. Es decir, el jurista no puede hacer caso omiso de la ley cuando la juzgue disvaliosa, pero tampoco puede renunciar a la importante función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos. Incluso, la aceptación dogmática del orden positivo por parte de los juristas, no implica que todos los teóricos del Derecho tengan la misma ideología y que ella sea coincidente con la que se manifiesta en el Derecho vigente.¹¹⁵

Con la dogmática se trata de apreciar, primeramente, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez que se conoce el problema, el siguiente paso consiste en establecer teorías para construir posibles soluciones. Las teorías se formulan de manera abstracta a fin de dar soluciones a casos semejantes. Ahora, toda teoría requiere de una fundamentación y de esa manera cobra importancia la argumentación. Así, quienes queden convencidos con el planteamiento de esa primera teoría, a ella se adhiere. Quien no esté convencido, reducirá el ámbito de aplicación de dicha teoría –por considerar que ha agrupado supuestos que no responden a las mismas características– o podrá ampliar su alcance, dando entrada a nuevos casos que piensa deberían recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados. O bien, podrá establecer otra teoría, a partir de la cual se buscará dar una nueva solución a un grupo de casos dudosos.

Cuando se establecen varias teorías, se propicia que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en corriente dominante. Con ello se posibilita la definición en torno al tratamiento que debe recibir un grupo de casos, lo cual influye positivamente en cuanto se garantiza la seguridad jurídica. Como bien lo ha precisado Gimbernat, en un momento dado es mejor una seguridad jurídica basada en una opinión errónea que la inseguridad jurídica, pues ahí ni siquiera sabemos a qué atenernos y, por ende, es más difícil argumentar dónde se encuentra un posible error y de esa manera poder refutar.¹¹⁶

¹¹⁵ Vid. NINO, Carlos Santiago: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, op. cit., p. 33.

¹¹⁶ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?", en: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho (homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 519 y 520.