

¿Qué comprende el derecho?

¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho?*

Algunos modelos de ciencia jurídica

Como dice Carlos Nino,¹ hay diferencias profundas entre el modo de actividad que cumplían los juristas del Imperio romano, la de los glosadores de la Edad Media y la investigación jurídica contemporánea. Igualmente es notable la diferencia que media entre la investigación que realizan los juristas del *common law* y la que desarrollan los juristas del sistema continental europeo. También hay diferencias entre las investigaciones jurídicas que realizan las distintas ramas del derecho, por ejemplo, entre lo que realizan los penalistas y los constitucionalistas.

La dogmática jurídica es típica de los países en los que predomina el derecho legislado, y comenzó a tener un desarrollo notable en el siglo XIX con escuelas como la histórica del derecho, la de jurisprudencia de conceptos y principalmente con la escuela de la exégesis, que estuvo vigente durante todo el siglo XIX hasta aproximadamente 1880. Esta última tuvo como objeto de estudio del derecho la labor del legislador, y sus principales características

* Elaborado por Jaime Cárdenas Gracia. Investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. SNI nivel III. ORCID: 0000-0001-7566-2429.

¹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 321 y 322.

fueron: el culto a la ley, la identificación entre ley y derecho, la concepción de la interpretación como una búsqueda de la voluntad del legislador y como operación mecánica basada en el silogismo y la subsunción, la reducción del derecho al que producen los órganos del Estado, y el culto a la autoridad y el precedente judicial.

La exégesis fue dominante en Europa, principalmente en Francia, y aún en México existen en nuestra época evidentes vestigios formalistas derivados de esta escuela. El modelo de la exégesis, como cualquier otro modelo de ciencia jurídica, comparte actitudes ideológicas y elementos racionales respecto al derecho positivo por las funciones que cumple en relación con él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone. A continuación, exponemos algunos modelos representativos e importantes de la ciencia jurídica en el siglo XX y de principios del XXI, con la advertencia que hay otros fundamentales, como los derivados del marxismo, la escuela del uso alternativo del derecho, y la escuela de los *critical legal studies*.

La noción kelseniana

Kelsen precisa que la ciencia jurídica no se ocupa de hechos, sino de normas, es, por tanto, una ciencia normativa diferente a las ciencias sobre los hechos o ciencias empíricas. Además, es una ciencia que debe distinguirse de la moral, aunque el derecho y la moral tengan relación con el deber ser de las conductas, pues el derecho lo hace coactivamente.²

Según Kelsen, los enunciados jurídicos son de la forma “si es A, entonces debe ser B”, y los de las ciencias empíricas son de la forma “si es A entonces es B”. En los enunciados

² Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981; Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992; Kelsen, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991.

normativos el conector “entonces debe ser” no se rige por el principio de causalidad (causa-efecto) como en las ciencias empíricas, sino por el principio de imputación (a determinada conducta debe ser determinada consecuencia). La diferencia entre las relaciones de causalidad y de imputación constituye una base para distinguir entre los dos géneros de ciencias. La relación de causalidad entraña que el efecto B se sigue necesariamente de la causa A, como cuando se calienta un metal —la causa—, el efecto necesario será la dilatación. La relación de imputación implica que la consecuencia B, por ejemplo, una sanción, puede o no (de hecho) seguir a A —los elementos de un tipo penal—, pues B no es efecto necesario de A, sino su consecuencia jurídica, esto es, la norma que establece el tipo penal sigue siendo válida aunque una persona que se encuadre en un ilícito no haya recibido una sanción.

Por otra parte, las leyes naturales propias de las ciencias empíricas describen hechos que son independientes de la intervención humana, mientras que los enunciados de la ciencia jurídica se refieren a normas que han sido puestas por alguna persona. En las ciencias naturales la cadena de causalidad es ilimitada, todo efecto es una causa de otro fenómeno, y así ilimitadamente; en las ciencias jurídicas la imputabilidad es limitada, pues nace con un acto de creación normativa y concluye con un acto de aplicación.

En Kelsen se distingue entre los enunciados que constituyen las normas jurídicas que son: el objeto de estudio de la ciencia jurídica y los enunciados de ésta que describe a las normas. Las normas son prescripciones, mientras que los enunciados de la ciencia jurídica son proposiciones normativas, es decir, descripciones de normas. De esta manera, la ciencia jurídica se constriñe a describir el material normativo de un sistema jurídico. En el modelo kelseniano, la ciencia jurídica es normativa, pero no en el sentido de que “prescriba” normas, sino en el sentido que las describe.

Es importante indicar que hay otras ciencias que estudian el derecho, pero lo hacen utilizando el principio de causalidad y no el de imputación, tal es el caso de la sociología del

derecho, que estudia el derecho desde un punto de vista puramente causal y no normativo, es decir, no elabora enunciados basados en la imputación: “Si es A debe ser B”.

Kelsen, dentro de las ciencias normativas, distinguió a la ciencia jurídica de la ética y de la teología dogmática. El objeto de la ciencia ética son las morales positivas y el de la teología dogmática es la reflexión o el estudio normativo de una determinada religión. La ciencia jurídica se separa de la ética y de la teología dogmática porque las normas jurídicas son coactivas, es decir, se pueden aplicar aun por la fuerza por una autoridad en contra de la voluntad de los destinatarios. Según Kelsen, existen tres niveles de estudio del derecho: el de la ciencia o dogmática jurídica (incluye también aquí a la sociología del derecho) que describe normas; el de la política jurídica que pretende prescribir, es decir, determinar cómo debería ser determinada institución o norma jurídica a partir del análisis de la vivencia de esas instituciones; y el de la teoría general del derecho que es un análisis general sobre los elementos comunes a cualquier sistema jurídico, como norma, coacción, ilícito, laguna jurídica, validez jurídica, conflictos de normas en el tiempo y en el espacio, etcétera. En la concepción de Kelsen, ni la política jurídica ni la sociología del derecho tienen la condición de ciencias jurídicas en sentido estricto.

Las características de la ciencia jurídica, a la luz del modelo kelseniano son los siguientes: 1) ciencia normativa que describe normas y lo hace normativamente mediante juicios imputativos de “deber ser”; 2) axiológicamente neutral, pues describe las normas sin valorarlas; la valoración correspondería a otra disciplina no científica que es la filosofía del derecho, y 3) ciencia autónoma que se encuentra separada de las ciencias naturales y de las ciencias causal-sociales (la sociología) y la ética.

Kelsen ha sido muy criticado por su concepción de ciencia jurídica. Nino dice que Kelsen trata de construir una ciencia jurídica puramente descriptiva, pero su concepción es una racionalización de la dogmática jurídica continental, que es una actividad no sólo descriptiva, sino también prescriptiva. Zagrebelsky le cuestiona a Kelsen su pretensión de construir

una ciencia formal sin contenidos prescriptivos, lo que le parece que impide aprehender del derecho su sentido valorativo, además de que la condena a la inutilidad porque divide y separa el conocimiento de la praxis que entrañan las decisiones de autoridades y jueces.³

Una de las críticas más radicales a Kelsen radica en que su concepción de validez jurídica es independiente de la eficacia y de la justicia. Para Kelsen la validez jurídica de las normas significa que otra norma superior autoriza la creación de esa nueva norma, y que esa creación se realice mediante los procedimientos que establezcan las normas superiores. Así, una norma es válida si puede hacerse derivar de otras normas que se consideran a su vez válidas. La cadena llega hasta la famosa norma fundamental que es una norma “supuesta” que prescribe el deber de respetar la primera Constitución como norma obligatoria, lo que implica dos cosas: una validez en sentido lógico y al mismo tiempo moral —el deber de obedecer el derecho positivo—. Como puede apreciarse, la norma fundamental posee un doble carácter que pone en crisis la pretensión de validez puramente formal. Recientemente, autores como Ferrajoli han puesto en duda el concepto de “validez formal” de Kelsen e insisten, además de una formal, en una material o sustancial que necesariamente debe descansar de manera crítica y abierta en los principios constitucionales más importantes de cualquier sistema jurídico y que están relacionados con los derechos humanos y la democracia.⁴

El mismo Kelsen trató de enfrentar las críticas respecto a la norma fundamental, y para enfrentar la crítica a la posible inutilidad de su concepto de “validez formal”, admitió el principio de eficacia, es decir, la norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es en cierta medida eficaz —acatado por los ciudadanos y las autoridades—. Al final, Kelsen tiene que darse por vencido en su pretensión de construir una ciencia jurídica puramente formal basada en autorizaciones de creación normativa de

³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 120 y ss.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 871-876.

normas superiores a normas inferiores y aceptar que la norma fundamental requiere al menos de eficacia para que un sistema jurídico particular pueda construirse y ser considerado válido.

El realismo jurídico escandinavo

Para el realismo norteamericano la ciencia del derecho tiene como objeto de estudio el comportamiento de los jueces con exclusión de su carácter normativo, por lo que Atienza⁵ considera que en ese caso, más que hablar de ciencia jurídica, habría que hablar de sociología del derecho.⁶ En el realismo jurídico escandinavo el derecho es la expresión de emociones y fenómenos psicológicos.

Olivecrona considera que una proposición es científica si es observable y puede ser verificada como verdadera o falsa. En el derecho, proposiciones que se refieren a derechos y deberes no son observables, por lo que no pueden ser verdaderas o falsas, aunque sí correctas o incorrectas. Son correctas cuando se hacen de conformidad con el derecho positivo. Este autor va a distinguir tres niveles del discurso jurídico: 1) discurso de las normas, cuando exponemos lo que señala un precepto particular del ordenamiento; 2) discurso sobre las normas, cuando aludimos a lo que dice el ordenamiento en un determinado asunto, y 3) discurso sobre los hechos que señalan los comportamientos de las personas, a partir de las alusiones a derechos y deberes de los dos primeros discursos. La ciencia del derecho exclusivamente está integrada por los enunciados del discurso sobre los hechos —los comportamientos de las personas—, pues éstos son observables y verificables.⁷

⁵ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 240.

⁶ Llewellyn, Karl N., "El realismo jurídico norteamericano. Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (coords.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 244-302.

⁷ Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, México, Fontamara, 1991.

Una superación del empirismo de Olivecrona lo encontramos en Ross.⁸ El concepto clave en este autor está en el de “derecho vigente”, el que puede ser definido como las emociones psicológicas de los jueces que determinan su comportamiento futuro. El derecho vigente se expresa en dos niveles: *a)* la realidad social que implica la aplicación del derecho por los tribunales (el derecho en acción), y *b)* las normas que operan efectivamente en el espíritu del juez y que éste las vive como obligatorias y que permiten comprender sus acciones y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Por tanto, se puede decir del derecho vigente que es derecho en acción y normas que operan en el espíritu del juez que permiten construir un doble discurso, el científico y el filosófico, que tienen como objeto de estudio al propio derecho vigente, pero con distinta perspectiva y nivel de abstracción.

Se ha criticado a Ross porque su concepción de ciencia jurídica no permite distinguirla de la sociología y de la política jurídica. Además, en Ross, las proposiciones de la ciencia del derecho pueden influir en el comportamiento futuro de los jueces, lo que significa que esas proposiciones tienen un carácter prescriptivo o político. La ciencia del derecho en Ross, por tanto, no tiene un carácter neutral ni avalorativo como en Kelsen. Por otra parte, es difícil construir ciencia del derecho a través de lo que deciden los jueces, pues los jueces no integran comunidades homogéneas, sino heterogéneas —con diversos puntos de vista—, y en ellas no es posible mantener un carácter predictivo uniforme de la ciencia jurídica. También se crítica a Ross por su pretensión de que la ciencia jurídica sólo describa comportamientos de jueces que expresan en sus decisiones, su mundo interior o psicológico de carácter normativo, cuando el campo del derecho tiene que ver con muchos asuntos de los que se ocupa el dogmático tradicional, como proponer soluciones o interpretar problemas jurídicos. Se le señala igualmente que su modelo de ciencia jurídica se ocupa sólo de los jueces y autoridades, pero no de los ciudadanos.

⁸ Principalmente en Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 55-102; también véase Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

El modelo hartiano

Herbert Hart no construyó ex profeso un modelo de ciencia jurídica porque en el mundo anglosajón no existe la preocupación por establecer una dogmática jurídica como en el mundo continental europeo. No obstante, a partir de sus obras⁹ se puede decir que el concepto normativo de su teoría puede servir para construir un modelo hartiano de ciencia jurídica. La norma en Hart no tiene las connotaciones que en Kelsen o en Ross. La norma jurídica en Hart implica comportamientos regulares de las personas y autoridades que aceptan —cuestión de eficacia o acatamiento— para que dicho comportamiento sea jurídico, sin importar las razones específicas que tengan para ello, puede ser el miedo, convicciones éticas o el interés, entre otras.

Hart distingue dos tipos de normas: primarias y secundarias. Las primarias regulan las conductas de los ciudadanos, y las secundarias se dirigen a las autoridades para que puedan hacer efectivas las normas primarias. Las normas secundarias son de tres tipos: a) de adjudicación, que son las normas procesales que el juez y las autoridades aplican para decidir; b) las de cambio, que sirven para modificar o reformar normas, y c) la más importante es la regla de reconocimiento, que permite identificar si una norma pertenece o no al sistema normativo, es decir, si es válida. La norma de reconocimiento hace las veces de la norma fundamental en la teoría de Kelsen.

Además, existen dos niveles del lenguaje respecto a las normas: el lenguaje de las normas (que es lo que las normas en sí mismas expresan) y el lenguaje sobre las normas (lo

⁹ Hart, H. L. A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983; Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980; Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; y también ver: Lacey, Nicola, *A life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

que decimos sobre las normas). De este último se desprende el “punto de vista interno”, que es el de los abogados, jueces y autoridades, académicos, etcétera, es decir, de aquellos que trabajan con las normas o hacen reflexión sobre ellas con herramientas jurídicas; y el “punto de vista externo”, que son quienes observan desde fuera del ordenamiento. La ciencia jurídica entraña un análisis de las normas desde un punto de vista interno, y la sociología del derecho desde un punto de vista externo.

El objeto de la dogmática jurídica en Hart son las normas válidas, que son aquellas que cumplen los requisitos de la norma o regla de reconocimiento. La eficacia se predica no de las normas individuales, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto; por otro lado, la existencia de la norma de reconocimiento es para Hart una cuestión de hecho, es decir, de carácter sociológico, pues el carácter jurídico o no de una norma depende de que las personas y las autoridades la acepten como jurídico.

Hart hizo algo que Kelsen no desarrolló: el análisis sobre la indeterminación de las normas. La indeterminación de las reglas o normas es una indeterminación en el lenguaje del legislador que tiene una doble causa: indeterminación semántica, debido a que las orientaciones que las reglas o normas generales pueden proporcionar para las situaciones particulares son necesariamente limitadas. Todo lenguaje presenta un halo de vaguedad o de textura abierta. El lenguaje tiene imposibilidad para anticipar circunstancias futuras y para detallar de antemano hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales. La otra causa de indeterminación es la voluntaria, y está basada en la intención del legislador, es una forma, según Hart, de delegar la creación de normas en el juez.

Puede haber en la teoría hartiana otros tipos de indeterminación del lenguaje normativo, además de la indeterminación semántica y voluntaria, lo que Hart llama “ambigüedad”, esto es, la existencia de más de una norma aplicable al caso concreto y la indeterminación que puede originarse al tener en cuenta los propósitos o fines diversos que se persiguen con las reglas. La indeterminación del lenguaje es inevitable y, además, útil, pues permite que el le-

gislador guíe hacia el futuro la conducta de los ciudadanos, sin engañarse sobre su capacidad de prever todas las circunstancias.

La indeterminación de las reglas permite la discrecionalidad judicial. En los casos donde las reglas no son claras, el juez no actúa en el vacío, sino que existen una serie de estándares jurídicos que operan como guías en el proceso de decisión judicial. Éstos incluyen pautas de justicia, de moralidad, metas sociales, etcétera. Los estándares limitarían una amplia discrecionalidad del juez, y ayudan a ceñir sus decisiones a criterios más racionales.

La ciencia jurídica hartiana se caracteriza por: a) su carácter normativo, en atención a la distinción entre normas o reglas primarias y secundarias; b) la regla de reconocimiento o criterio para medir la validez de las normas es de carácter sociológico, es decir, hay una identificación entre validez y eficacia; c) las reglas jurídicas son indeterminadas —el derecho tiene una textura abierta—, y d) el juez tiene cierta discrecionalidad en los casos difíciles o poco claros.

La ciencia jurídica hartiana ha sido criticada por no asumir plenamente el carácter político, cultural e histórico de la regla de reconocimiento; por identificar validez con eficacia; por no haber distinguido más materiales normativos —aunque esto no es totalmente cierto—, como lo hará posteriormente Dworkin, quien distingue entre normas o reglas, pero también admite principios y directrices; y por no haber construido un aparato teórico capaz de enfrentar adecuadamente la discrecionalidad judicial, por ejemplo, a través de una teoría de la argumentación jurídica consistente. No obstante, toda la concepción teórica del derecho anglosajón se ha elaborado en las últimas décadas a partir de lo realizado por Hart.

Los modelos de Bobbio

Las reflexiones de Bobbio sobre la ciencia jurídica variaron con el tiempo. En una primera etapa apreció que el derecho podía ser una ciencia si lograba construir un lenguaje propio

y riguroso, así, la ciencia jurídica consistiría en el estudio de las normas, entendidas como enunciados lingüísticos.¹⁰ En una segunda etapa, Bobbio consideró que el derecho podía ser una ciencia normativa desde tres sentidos: 1) desde el objeto, el derecho sería una ciencia normativa si se ocupa de normas; 2) desde el método, la ciencia jurídica sería normativa si se analiza desde un punto de vista normativo y no desde un punto de vista causal-explicativo, y 3) desde la función, el derecho sería ciencia normativa si trata de establecer normas. Bobbio considera en esta segunda etapa a la ciencia jurídica como normativa desde su objeto y su método, pero no necesariamente desde su función.

Posteriormente, hizo matizaciones a esta segunda etapa de su pensamiento, así estimó que el objeto de la ciencia del derecho eran las normas, pero también los valores y hechos; en cuanto al método, insistió que éste tenía que ser sólo normativo; y respecto a la función consideró que la ciencia jurídica no consiste únicamente en describir normas, sino también en producirlas, aunque sus enunciados tengan más semejanza con las recomendaciones o consejos.

En una tercera etapa determinó dos modelos de ciencia jurídica: 1) un sistema cerrado —sociedad estable— de derecho como sistema autónomo. En este modelo el objeto de la ciencia jurídica son las normas previamente dadas, y la función del jurista teórico consistirá en indicar cuáles son las reglas válidas y en interpretarlas, y 2) un sistema abierto —sociedad en transformación— de derecho como subsistema social. El objeto de la ciencia jurídica son los hechos sociales y las normas son las valoraciones de esos hechos. En cuanto a la actividad del jurista, ésta consistirá no tanto en interpretar, sino en buscar el derecho.

La ciencia jurídica contemporánea se orienta a este segundo modelo, en donde el derecho es un sistema abierto a fuentes jurídicas extralegislativas y extraestatales; dice que

¹⁰ Bobbio, Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 171-196.

el derecho debe entenderse en una sociedad en transformación, lo que implica reconocer la importancia creciente de normas de organización frente a normas de conducta, el paso del control social basado en la sanción a un control social basado en normas técnicas que fijan conexiones entre medios y fines, y el paso de una función represiva o garantista a una promocional. Aquí, la ciencia del derecho no puede entenderse autosuficientemente, sino que está en relación con el sistema económico, político y social.

Los modelos argumentativos

En las últimas décadas ha cobrado importancia un modelo de ciencia jurídica basado en la argumentación, el cual sustituye la interpretación literal de las normas, exige el abandono del silogismo formal en la interpretación, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica basada en la ponderación y en la razonabilidad.¹¹ Se entiende que el derecho es algo más que ley, y su intérprete, más que conocer las normas jurídicas, debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico.

¹¹ Este modelo debe verse en relación con modelos cercanos como el garantista, de Ferrajoli, que se caracteriza por las siguientes razones: *a)* maximiza los derechos humanos y reduce el papel punitivo del Estado; *b)* su teoría de la validez implica el respeto y garantía de los derechos humanos; *c)* las normas son inválidas cuando se apartan de los derechos humanos. Su teoría busca deslegitimar el derecho vigente secundario cuando no se ajusta a las normas constitucionales; *d)* los jueces y autoridades son los guardianes de los derechos humanos y los primeros obligados a deslegitimar el derecho vigente opuesto al derecho válido de carácter constitucional; *e)* condena la neutralidad y avaloratividad en el derecho; *f)* el garantismo es también una filosofía política que presupone la separación del derecho y la moral; *g)* la democracia implica a los derechos humanos. La democracia no consiste sólo en reglas electorales; *h)* el derecho es injusto si se aparta de los derechos humanos. La justificación del derecho vigente siempre es parcial, *a posteriori* y condicionada al respeto de los derechos humanos, e *i)* la ciencia jurídica debe ser crítica con el derecho vigente en aras de que éste se oriente a la maximización de los derechos fundamentales. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*

La sistematicidad que ofrece el derecho como argumentación no queda reducida a los códigos, sino que es una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de juridicidad, incluyendo elementos morales, sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre; dentro de ellas están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa del derecho del monismo (la única fuente es la ley) y estatismo (sólo los órganos del Estado producen derecho), al pluralismo de fuentes y orígenes normativos. Es una sistematicidad difusa en donde el intérprete hurga para resolver el caso concreto.

Esa flexibilidad incrementa la exigencia de certeza jurídica, la flexibilidad no es para que el aplicador del derecho haga lo que le venga en gana, sino para que el juez se adentre con un contexto más comprometido con la naturaleza formal y material del Estado constitucional. La obligación de razonar las decisiones en términos de derecho válido, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un ordenamiento jurídico, implica recobrar el papel del juez y de la autoridad en su lealtad a la Constitución y al ordenamiento, destierra su papel subordinado y mecánico al derecho, y hace de los funcionarios judiciales y administrativos los principales promotores del Estado constitucional. Se trata no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de una manera más realista y profunda; se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino del resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad, con el propósito de que las decisiones de autoridades y jueces sean convincentes y tengan la pretensión de estar justificadas.

El modelo argumentativo de derecho pretende superar los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas; toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho, es decir, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas, lo que hace pensar que es necesario que en las facultades de derecho de nuestro país estos aspectos di-

námicos, el conocimiento y análisis de las decisiones, sean objeto de estudio formal. El modelo argumentativo también brinda herramientas útiles no sólo para perfeccionar la sagacidad del litigante o del juez, sino para cumplir los fines del derecho, además, epistemológicamente, por abordar el objeto de conocimiento de una forma más completa, resulta indudablemente superior.

En este modelo no se adopta la separación tajante entre derecho y moral, sino que se propone una conexión entre ellos, que no es total ni absoluta, pero que sí constituye una pretensión de corrección de la moral al derecho para permitir la crítica jurídica, moral y política al derecho vigente, para auxiliar en futuras reformas al ordenamiento, y para evaluar el ordenamiento en términos de legitimidad.

Este modelo: 1) distingue materiales jurídicos distintos a las reglas (los principios, directrices y valores); 2) rechaza las teorías semánticas de la interpretación de carácter puramente lingüístico y propone un concepto, más que principalista, interpretativo del derecho; 3) admite que el juez está precondicionado por elementos contextuales y valorativos; 4) tiene una visión hermenéutica del derecho, por lo que los elementos de sentido y significado son fundamentales —el *ethos*—; 5) conecta el derecho con la moral; 6) entiende el derecho no sólo como normas de diverso género (reglas, principios, directrices y valores), sino también como procedimientos para generar condiciones de argumentación en libertad, simetría e imparcialidad, y 7) dice que la argumentación en el derecho pretende ser un procedimiento discursivo correcto.¹²

Ciencia jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho

Se trata de tres disciplinas que en distinto nivel epistemológico se ocupan del estudio, la reflexión, la aplicación o la evolución del derecho; son planos del conocimiento jurídico

¹² Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 119-177; Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 36-48.

que se ubican en distintos niveles de abstracción, la ciencia jurídica o dogmática se encuentra en el nivel inferior, en el intermedio está la teoría general del derecho y en el nivel más abstracto, la filosofía del derecho.

La ciencia jurídica, en su denominación tradicional, es también conocida como dogmática jurídica o doctrina jurídica. La denominación proviene del positivismo jurídico y en su sentido más tradicional y ortodoxo no parte de hechos experimentales, sino de proposiciones sobre las normas; su objeto de estudio es un sistema o subsistema jurídico vigente —normativo— de carácter nacional. Su método consiste en un análisis de punto de vista interno o normativo desde el que opera: los enunciados dogmáticos se emiten desde la perspectiva del aceptante —del jurista u operador jurídico—, esto es, de alguien que considera a las normas como guía de conducta y criterios de justificación y de crítica. En cuanto a su función, la dogmática suministra criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico.

La dogmática jurídica cumple una función eminentemente práctica, constituye una técnica —de segundo grado, en relación con el juez y la autoridad— y no una ciencia, según el profesor Atienza, que trata de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones. En otras palabras, su fin primordial no es conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos, valiéndose de ciertos conocimientos. Los estudios sobre las distintas ramas del derecho son parte de la dogmática jurídica: el derecho privado (civil y mercantil), el público (constitucional, administrativo, internacional, etcétera), el social (agrario, laboral, de la seguridad social, etcétera), entre otras.

En cuanto a la teoría general del derecho, podemos decir que se ocupa de los distintos materiales normativos (diferentes tipos de reglas, principios, valores, directrices, definiciones, etcétera), de los problemas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, las lagunas y las antinomias) y del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, que son aquellos

comunes a los diversos sistemas jurídicos o a las diversas ramas del derecho (derecho, no derecho, deber, responsabilidad, inmunidad, etcétera); se sitúa en un nivel de abstracción superior al de la dogmática jurídica; su método busca configurar una teoría formal y abstracta del derecho en la medida en que no se interesa por los contenidos de un derecho particular o por la evolución histórica o comparada de los diversos sistemas jurídicos; su función es conformar una visión del derecho abstracta, lógica y formal, que pueda permitir la comprensión de cualquier sistema jurídico particular, por tanto, sugiere una visión del derecho unitaria y sintética que se edifica a partir de las dogmáticas particulares. Los antecedentes de la teoría general del derecho son la teoría “Allgemeine Rechtslehre” alemana del siglo XIX y la jurisprudencia anglosajona de Austin.

Respecto a la filosofía del derecho, su objeto es reflexionar sobre las dogmáticas jurídicas, la teoría general del derecho, los diversos saberes jurídicos y las diversas prácticas jurídicas. Analiza el derecho desde el nivel más alto de abstracción en sus elementos ontológicos (lo que es el derecho, sus límites, si es posible hacer una pregunta así), epistemológicos (el conocimiento del derecho), metodológicos (las maneras de comprenderlo y estudiarlo), axiológicos (los valores que justifican y orientan el derecho) y funcionales del derecho: de control y de cambio, por poner solo un ejemplo. Desde el método, las filosofías del derecho pretenden dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico; en cuanto a su función, ésta es esencialmente crítica, de evaluación y de análisis sobre la legitimidad o justificación del derecho, pero también de supervisión del uso de conceptos y métodos, y de orientación práctica, siempre desde una visión externa al derecho. Para Norberto Bobbio, la finalidad más importante de la filosofía del derecho es decirnos cómo debería ser el derecho desde una visión externa al mismo (teoría de la justicia).¹³ En la actualidad, la función de los filósofos del derecho debería ser la de actuar como intermediarios entre las disciplinas y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las

¹³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pp. 88-90.

prácticas y disciplinas sociales —incluida la filosofía—, por el otro, y en esto podría consistir su mayor utilidad.

Se suelen mencionar cuatro sectores de la filosofía del derecho: 1) teoría del derecho, que es diferente a la teoría general del derecho; 2) la teoría de la ciencia jurídica; 3) la teoría de la justicia, y 4) la historia de la filosofía del derecho. La teoría del derecho u ontología jurídica se ocupa de los modos más generales de entender el derecho, esto es, los límites de lo jurídico, pero no lo hace como la teoría general del derecho que no cuestiona el marco jurídico con el que se opera (nivel interno), sino que lo hace cuestionando y criticando externamente esos modos generales de entender el derecho (nivel externo); esta teoría analiza las relaciones entre derecho y moral, el poder, la ideología, las relaciones sociales o el conflicto. La teoría de la ciencia jurídica es la reflexión sobre el concepto de “ciencia o ciencias jurídicas”, sobre propuestas de modelos alternativos y sobre la situación de las ciencias jurídicas en el conjunto de los conocimientos. La teoría de la justicia es un análisis de carácter prescriptivo de la justicia, de las teorías de la justicia, incluso de las metateorías de la justicia, no se ocupa de las cuestiones descriptivas de la justicia, como la sociología jurídica, ni de cuestiones técnicas relacionadas con la política jurídica (como mejorar instituciones, decisiones, etcétera). En cuanto a la historia de la filosofía del derecho, ésta consiste en el estudio de los anteriores problemas desde una perspectiva histórica.

Conclusiones

El análisis del derecho no puede quedar constreñido a sus elementos normativos, ni siquiera a sus elementos fácticos y valorativos como lo hace la teoría tridimensional.¹⁴ El estudio del derecho es pluridisciplinar y comprende elementos de teoría general del derecho,

¹⁴ Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 79-87.

de filosofía jurídica, pero también sociológicos, históricos, comparativos, económicos, antropológicos, psicológicos, políticos, lógicos, entre otros, además, se auxilia de la informática, de la teoría de juegos y de diversas técnicas, como la legislativa. Una visión del derecho que no lo comprenda en su totalidad, en sus diversas facetas, no sólo carecerá de integridad, sino que tenderá a ser un análisis sesgado y parcial. Es cierto que sus elementos más visibles son los normativos, pero no son los únicos. El jurista de nuestra época debe aproximarse al derecho con una concepción abierta y completa al fenómeno jurídico.

Las perspectivas o planos de análisis del derecho son diversos, desde la menor abstracción de las ciencias jurídicas particulares, hasta la mayor, con pretensión totalizante de la reflexión filosófica, centrada principalmente en los fines del derecho desde una visión externa, pasando por los análisis generales y formales de la teoría general del derecho, los cuales intentan responder al fenómeno jurídico desde una visión omnicomprensiva, pero interna al derecho. Dentro de las perspectivas también deben advertirse las diferencias que existen entre estudiar el derecho desde un punto de vista interno, como lo hace el doctrinario del derecho, el juez, el litigante, etcétera, y desde un punto de vista externo, como lo hace el sociólogo, el historiador, el antropólogo y el filósofo, entre otros.

Desde el siglo XIX se vienen sucediendo distintas concepciones jurídicas, que pretenden dar cuenta del derecho. Los positivistas, los realistas, los iusnaturalistas, los marxistas, entre otros, suelen tener concepciones del derecho no exentas de elementos ideológicos.

El conocimiento jurídico siempre debe estar abierto a nuevos paradigmas y al cambio de ellos. No es conveniente que los juristas se anquilosen y acepten, *a priori*, modelos jurídicos. La cultura jurídica necesita estar abierta a la transformación, a la flexibilidad y a la discusión tolerante entre y respecto a diversos paradigmas. Me parece que el jurista del presente y del futuro no puede centrarse exclusivamente en la dogmática tradicional, sino que la debe compaginar con los estudios filosóficos y teóricos sobre el derecho, además de incorporar al

análisis sobre el derecho a la sociología, a la historia, al derecho comparado, a la economía, a la política, entre otras; no obstante, la labor del jurista práctico tiene que ver con el funcionamiento de los tribunales y las instituciones, lo que lo obliga a trabajar con normas, pero no sólo con ellas, sino también con procedimientos argumentativos para dirigir esas actividades en función de los casos concretos hacia los fines del derecho, los que a su vez son normas abiertas al contexto económico y social y, principalmente, a principios morales y políticos.