

Teoría general y filosofía del derecho

Abolición. Es la extinción de un precepto, ley, costumbre o institución, que la deja sin validez alguna en lo sucesivo. Puede ser de forma tácita o expresa.

A diferencia de los verbos “abrogar” y “derogar”, la abolición comprende una idea general y tiene mayor extensión, tanto en doctrina cuanto en la práctica legislativa y forense. De esta manera, tratadistas y legisladores razonan y decretan, respectivamente, sobre la abolición de la esclavitud, de las alcabalas, del uso del papel sellado, de la pena de muerte, de la práctica de absolver de la instancia, de la llamada ley seca, de la reglamentación de la prostitución como ejercicio tolerado, del proteccionismo económico, de las patentes de corso, del servicio militar obligatorio, de la jurisdicción militar en tiempos de paz.

Abrogación. Del latín *abrogatio*, del verbo *abrogare*, abrogar o anular totalmente una ley o un código. Es la eliminación total de la vigencia y, por lo tanto, de la obligatoriedad de una ley o código. En el lenguaje técnico-jurídico, aún se hace la distinción entre derogación y abrogación. El primer caso se refiere a la privación parcial de efectos de la ley y en el segundo a la privación total de sus efectos.

Abuso del derecho. Es la institución jurídica que surge como freno a la extralimitación no legítima en el ejercicio de los derechos de las personas de derecho privado. Esta institución se extiende sobre el ejercicio de los derechos subjetivos únicamente porque quien ejerce atribuciones de derecho público incurre en abuso de autoridad o abuso de poder, antes que en abuso de derecho. Además, este último es una figura aplicable no sólo al derecho civil, sino a todo el sistema jurídico. Algunas frases del derecho romano recogen la idea: *summum ius summa injuria*: la aplicación ciega de la regla de derecho conduce a consecuencias injustas. O bien, se puede citar la frase del *Digesto* “*neminem leadit qui suo iure utitur*”, aquel que usa de un derecho no perjudica a nadie. La teoría del abuso del derecho tiene como problema central considerar que el ejercicio sin control del derecho representa una amenaza para la justicia, que es el fin esencial del sistema jurídico. Se constituye en un tema cuyas fronteras colindan con las de la libertad individual.

Ámbitos de validez. En general, por “ámbito” se entiende un espacio delimitado, normalmente concebido como relacionado con determinada actividad. Con la expresión “ámbitos de validez” en la literatura jurídica de lengua española se entiende el alcance, la dimensión o la esfera (de validez) de las normas jurídicas. Es la expresión con la que se ha traducido la noción kelseniana de *Geltungsbereich*. Así como los fenómenos tienen una dimensión que se expresa en magnitudes espacio-temporales, las normas jurídicas manifiestan su validez en cierto tiempo, en determinado espacio, sobre ciertas

personas y exigen determinada conducta. “Validez”, en este sentido, significa “existencia normativa”; es la magnitud de una norma positiva: “la existencia específica de una norma jurídica”.

Analogía jurídica. La expresión “analogía jurídica” o sus equivalentes indican la operación realizada por el intérprete, por ejemplo un juez, para aplicar a un caso no previsto por el orden jurídico las disposiciones jurídicas (legislativas o consuetudinarias) destinadas a regir casos similares. La analogía jurídica aparece dentro del complejo proceso de la aplicación del derecho. Se manifiesta particularmente en la sentencia jurisdiccional cuando se trata de aplicar una norma general a un caso concreto no previsto. La aplicación analógica es un medio a través del cual el intérprete puede superar la eventual insuficiencia o deficiencia del orden jurídico. La relación de semejanza entre dos cosas es introducida por la expresión “como”: “*X es como Y*”, “*X se comporta como Y*”, etcétera. Esto sucede cuando la similitud entre *X* y *Y* es considerada relevante. El procedimiento analógico sigue este esquema simple. Si *X* es *P* y *Y* es como *X*, entonces *Y* es *P* siempre y cuando (este es el cuarto término del razonamiento), la similitud establecida entre *X* y *Y* sea relevante, esto es, siempre que *Y* tenga la propiedad por la cual *X* es *P*. Este es el razonamiento que se encuentra en la base de la analogía jurídica. Los juristas consideran que un caso es análogo y justifica la aplicación extensiva de una regulación jurídica cuando la aplicación extensiva al caso no previsto, se basa en una similitud relevante. Esto es, si el caso no previsto es similar a los casos regulados en aquello que constituye la razón suficiente de su regulación específica.

Antropología jurídica. Es la disciplina que estudia las relaciones entre el derecho, la costumbre y la estructura social, mediante comparación de las normas que organizan cada uno de estos campos, con el propósito de establecer las reglas o principios que rigen sus mutuas interrelaciones y permiten comprenderlas. El primer texto que plantea sistemáticamente la relación entre la ley y la cultura es el libro de Henry Maine, *Ancient Law* (1861). Sesenta y cinco años después, apareció el libro de Bronislaw Malinowsky, *Crime and Custom in Savage Society*, el cual por muchas razones podría considerarse fundador del campo de la antropología jurídica como una especialidad.

El estudio comparado de normas y sistemas jurídicos está en el inicio de la antropología moderna y ha marcado notablemente su desarrollo. Una opción más reciente intenta definir a la antropología jurídica como un quehacer transdisciplinario, esto es, como una estrategia analítica que combina los aportes de las ciencias jurídicas y antropológicas sin subordinarlas al tratamiento de fenómenos definidos en la intersección entre la ley y la práctica social, que tendría por objeto develar la dinámica de sus relaciones mutuas y

los efectos de éstas sobre el comportamiento social y sobre la transformación de las normas o de sus usos y sentidos.

Aplicación del derecho. Es una función regular del orden jurídico que a través de ella los órganos aplicadores (tribunales, autoridades administrativas, etcétera) en ejercicio de sus facultades, determinan que un cierto caso concreto del tipo definido en la norma general se ha presentado y, como consecuencia, de ello efectúan un acto por el cual actualizan las consecuencias previstas. Aunque la aplicación del derecho es un acto complejo que presupone la participación de muchas normas jurídicas (normas de competencia, normas de procedimiento), normalmente se piensa en la norma general material y en el acto que la concreta. La sentencia jurisdiccional es considerada el acto de aplicación por excelencia. En ella se manifiesta, de forma característica, la esencia de la jurisdicción (opuesta a legislación y a administración). También se aprecia toda la complejidad del fenómeno aplicativo.

Arbitrariedad. Del lat. *arbitrarius*. Adjetivo que significa estar sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón. El Estado de derecho supone una estructura jurídico normativa que proporciona lineamientos acerca de las conductas de particulares y funcionarios, es ahí donde se demanda que los funcionarios públicos ejerzan su autoridad dentro del marco de las normas jurídicas establecidas, según los lineamientos en ellas contenidos y sin atender a cualquier otro criterio basado en preferencias o ideologías arbitrariamente. La arbitrariedad se entiende en relación con el Estado de derecho, pues cualquier determinación de la autoridad que no tome como referencia las normas jurídicas del sistema será arbitraria. Por lo tanto, la arbitrariedad tiene una connotación negativa, ya que supone el ejercicio indebido de la autoridad para ejercer facultades que no están expresamente contempladas en las normas jurídicas que rigen su función.

Arbitrio. Es la facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra. Jurídicamente se comprende por arbitrio, *lato sensu*, la facultad de elegir entre dos o más opciones otorgadas por el ordenamiento jurídico. *Stricto sensu* es la facultad concedida al juez por la norma jurídica para valorar, discrecionalmente, las diferentes circunstancias que se presentan en el desarrollo de los procesos y decidir la sanción aplicable. El arbitrio debe ejercerse dentro de los márgenes delimitados por la norma jurídica puesto que, de no ser así, el arbitrio se convierte en una transgresión al ordenamiento jurídico, lo que genera la aplicación de una sanción.

Ejemplo de arbitrio, *lato sensu*, lo encontramos en el artículo 1949 del Código Civil, que prescribe “el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y

perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el incumplimiento, cuando éste resultara imposible”. El arbitrio judicial en materia penal se encuentra regulado expresamente por el Código Penal Federal que en el artículo 51 dicta: “dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares para el delincuente...”.

Argumentación jurídica. El derecho es un fenómeno complejo que puede enfocarse desde distintas perspectivas. La perspectiva sociológica es donde el derecho es visto como comportamiento humano. Este enfoque se especializa en el aspecto funcional tanto de los componentes del derecho y sus resultados, como de las funciones del derecho en la sociedad y las consecuencias que se generan. El enfoque valorativo se dirige a mostrar lo que debería ser el derecho y cuáles son los requisitos del derecho justo. Otro enfoque consiste en ver al derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica que presupone a los enfoques anteriores y que nos lleva a considerar al derecho como argumentación.

La argumentación jurídica emplea argumentos interpretativos que realizan una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros, al seguir pasos como los siguientes: 1) el punto de partida es el enunciado a interpretar, el cual regularmente es tomado de una norma jurídica, por ejemplo, el artículo “X” de la norma “Y” que reza: “todos tienen derecho a la vida”; 2) en segundo lugar, se extrae del enunciado el texto controvertido y se le atribuye un significado, esto es, se construye el enunciado interpretativo (“todos”, en el artículo “X”, significa todos los nacidos), y 3) se obtiene el enunciado interpretado, que es la conclusión del ejercicio deductivo que se obtiene de los dos enunciados anteriores (“todos los nacidos tienen derecho a la vida”). La tarea del intérprete de las normas consiste en dar razones justificativas que soporten el segundo de los enunciados, el enunciado interpretativo.

Existen ciertos argumentos específicos que son utilizados para respaldar una decisión interpretativa que se hace necesaria cuando se requiere atribuir un significado a algún enunciado normativo que resulta dudoso. Como son algunos de estos argumentos típicos: a) argumento semántico; b) argumento genético o psicológico; c) argumento histórico; d) argumento teleológico; e) argumento por reducción al absurdo; f) argumento por analogía; g) argumento de la no redundancia o económico; h) argumentos a partir de principios; i) argumento pragmático, y j) argumento de autoridad.

Argumentos jurídicos. La argumentación está referida a la justificación de las premisas, las decisiones, los razonamientos y los enunciados sobre los

hechos. Para argumentar se puede acudir, en términos generales, a la lógica formal basada en el silogismo tradicional o a la lógica material o retórica, ya sea que se trate de un razonamiento de justificación interna o externa. En cuanto a las clasificaciones de los argumentos jurídicos, existen varias clases. Así, desde Aristóteles se distinguieron entre argumentos analíticos y dialécticos. Los analíticos parten de premisas necesarias o verdaderas y conducen, por medio de inferencias válidas, a conclusiones verdaderas y válidas. En este tipo de argumentos se utiliza el silogismo de la lógica formal. Los razonamientos dialécticos ayudan a razonar mediante proposiciones o premisas que no son necesarias sino simplemente probables. Según Aristóteles, los razonamientos dialécticos son la tópica, la retórica y las refutaciones de los sofistas. Este tipo de razonamientos no se dirigen a establecer demostraciones científicas sino a guiar deliberaciones y controversias. Tienen por propósito convencer y persuadir por medio del discurso, criticar las tesis de los adversarios y defender y justificar las propias con ayuda de argumentos más o menos sólidos. Cicerón encuentra en su tópica la distinción entre la invención y la formación del juicio. En donde la invención del juicio es la parte fundamental del razonamiento jurídico. La invención del juicio surge de los *topoi*, que son los lugares más comunes en donde se encuentran los argumentos. La tópica es en Cicerón el arte de hallar o encontrar los argumentos; por eso, su obra cataloga y clasifica esos lugares o depósitos en donde se encuentran los argumentos.

Una de las clasificaciones actuales más conocidas es la Giovanni Tarello, la que es seguida por muchos profesores italianos, españoles y mexicanos. Tarello distingue 15 argumentos interpretativos de carácter jurídico, que son: 1) el argumento a contrario; 2) el argumento *a simili*; 3) el argumento *a fortiori*; 4) el argumento de la plenitud de la regulación jurídica; 5) el argumento de la coherencia de la regulación jurídica; 6) el argumento psicológico o genético; 7) el argumento histórico; 8) el argumento apagógico; 9) el argumento teleológico; 10) el argumento económico; 11) el argumento de autoridad que puede ser derivado de la dogmática o del precedente; 12) el argumento sistemático; 13) el argumento basado en la naturaleza de las cosas; 14) el argumento de equidad, y 15) el argumento a partir de principios generales o analogía *juris*. Otra clasificación de los argumentos muy conocida es la de Weston, quien distingue entre: argumentos a través de ejemplos; argumentos por analogía; argumentos de autoridad; argumentos acerca de causas, y argumentos deductivos (*modus ponens*, *modus tollens*, el silogismo hipotético, el silogismo disyuntivo, el dilema y la reducción al absurdo).

Autonomía de la voluntad. Es el principio filosófico y jurídico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses y les permite crear relaciones obligatorias entre

ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho. El primer antecedente del así llamado dogma de la autonomía de la voluntad, se encuentra en el derecho romano de la época imperial en el que se concede cada vez mayor importancia al consentimiento en la formación de los contratos. Así lo expresa Ulpiano: *Quid enim tan congruum fidei humana, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?* (¿qué cosa tan conforme a la fe humana que cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?). Sin embargo, es con Rousseau que la voluntad de los individuos alcanza un rango fundamental. De acuerdo con las ideas de este pensador suizo, la sociedad y el Estado derivan de un contrato social. Las doctrinas liberales con su concepción individualista encuentran en el dogma de la autonomía de la voluntad un fundamento ideológico de primer orden. Esto se refleja en el primer gran cuerpo legal de esta etapa, que es el Código Napoleón.

Los principales elementos que configuran a la autonomía de la voluntad son: 1) los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo; 2) los individuos son libres para discutir las condiciones del acto jurídico, determinan su contenido, objeto y efectos con la única limitación del respeto al orden público y las buenas costumbres; 3) los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias y atenerse sólo a las esenciales al tipo de negocio realizado; 4) ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad ni para la prueba del acuerdo siendo los actos solemnes excepcionales; 5) las partes de un acto jurídico pueden determinar los efectos de las obligaciones. Si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano jurisdiccional limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan; 6) los intereses individuales libremente discutidos concuerdan con el bien público.

Bibliografía jurídica. La bibliografía pretende el registro y conocimiento de todos los textos publicados para su difusión; también constituye un instrumento auxiliar de toda ciencia ya que facilita el trabajo de investigación que caracteriza a la ciencia propiamente dicha. Se le atribuye a Napoleón haber elevado a la bibliografía al rango de ciencia auxiliar de la historia. Por tal motivo, en la actualidad ha alcanzado un lugar prominente en el campo de la investigación, se le considera como la base y fundamento de todos los estudios, al grado de que sin su auxilio no es posible iniciar tareas intelectuales de relieve. La bibliografía jurídica inscrita en el campo de la bibliografía especializada, puede ser universal, nacional o específica. Universal si se refiere a todas las obras impresas sobre derecho en el mundo; nacional si comprende la producción jurídica de un país y, finalmente, específica si compila los escritos de un solo autor, si versa sobre un tema concreto, si contiene los redactados en una sola lengua o en un periodo determinado. En este último

aspecto, la bibliografía jurídica al igual que la bibliografía general puede ser retrospectiva o corriente. En líneas generales, el método bibliográfico requiere cuatro operaciones: la búsqueda de textos impresos, bajo cualquier forma que se presenten; la filiación, que consiste en establecer la identidad rigurosa de cada impreso; la descripción del impreso mismo que puede ser externa o interna (externa si sólo toma en consideración su aspecto exterior, interna si alude al texto, ya sea que analice y/o describa su contenido), y la clasificación en cualquiera de sus formas: alfabética (por autores, títulos, impresos), cronológica o sistemática.

Bien común. En el concepto de bien común se articulan dos ideas. La de “bien” implica los elementos materiales indispensables para la satisfacción de las necesidades de las personas y la norma moral que ordena su uso y destino. La de “común” o “público” implica que el Estado no puede perseguir ni admitir fines puramente particulares. El bien común se manifiesta como parte de la oposición entre lo privado y lo público, entre lo que es para un hombre y lo que es para los otros y para la comunidad global. Es el bien de los seres humanos en su conjunto, tal como se realiza dentro de los marcos y mediante la sociedad, por el Estado, quien posee la responsabilidad y el desempeño de tal función como una de las fuentes principales de legitimidad a través del consenso general.

Esta concepción general se ramifica, sin embargo, en una gran variedad de significados divergentes en las obras de los principales filósofos, ensayistas y analistas. Un primer significado identifica “bien común” con todo aquello (especialmente lo económico), que puede ser compartido o usado por muchos (como pueden ser las tierras comunales de una ciudad o aldea). Un segundo significado asocia el punto de vista colectivo y el distributivo. Así, “bien común” es todo bien que corresponde a una multitud o comunidad organizada para un propósito común, caso en el cual los miembros individuales del grupo se benefician, a la vez que adquieren una prosperidad general a partir de los resultados particulares de la mutua asociación. En un tercer significado posible, “bien común” es lo que pertenece a todos los miembros de la especie humana como individuos, no en cuanto sometidos a cualquier forma de organización humana.

Bien jurídico. En la teoría iusnaturalista, el bien jurídico se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. En una teoría positiva (en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural), el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo con su propio criterio. En la teoría kelseniana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, mas no del científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y, según su criterio, determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la honra o la propiedad, por nombrar algunos. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción, que puede ser civil o penal. El legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra, como la vida, la libertad y la seguridad, le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien, como el de su libertad. El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos y determinar cuáles tienen más valor sobre otros y cuáles prevalecen en caso de confrontación.

La Constitución mexicana consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos. Así, el artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución prescribe.

Buenas costumbres. El concepto se refiere a la conformidad que debe existir entre los actos del ser humano y los principios morales. Constituye un aspecto particular del orden público que comprende la valoración fundamental de determinados modelos de vida e ideas morales admitidas en una determinada época y sociedad. En ellas, influyen las corrientes de pensamiento de cada época, los climas, los inventos y hasta las modas. Por ello, su determinación es imprecisa. Jurídicamente se recurre a este concepto para eludir la puntualización y determinación en instituciones que pueden ser sutiles o cambiantes.

Coacción. Dentro del lenguaje jurídico, por “coacción” se entiende, en términos generales, como el “empleo de la fuerza de que dispone el orden jurídico”. Tal expresión alude al carácter coactivo del derecho que reside en el hecho que emplea la fuerza para regular la conducta humana. Establece (e impone) sanciones y hace uso de la ejecución forzada.

El carácter coactivo del derecho resulta de la forma en que éste regula la conducta humana. El derecho provoca cierta conducta (no matar) haciendo de la conducta contraria (matar) la condición de un acto de coacción (privación de la libertad). El derecho es, en este sentido, una técnica social que motiva el comportamiento aplicando una medida de coacción que habrá de imponerse en caso de conducta contraria. La sanción se aplica sobre el sujeto “responsable”, quien normalmente es el mismo sujeto “obligado” a realizar u omitir determinada conducta, aunque no necesariamente. También se puede responsabilizar (imponer una sanción) a un tercero que guarda una relación especial (por ejemplo, parentesco) con el sujeto “obligado”. La sanción es un acto de coacción, toda vez que es resentida como un mal, una desventaja (pri-

vacación de la vida, de la libertad, de bienes económicos, de derechos), la cual se aplica, si es necesario, mediante la fuerza física. La sanción es un “daño sustancial físico o psicológico”. Las sanciones, así como los actos coactivos que no tienen tal carácter, son instituidos por el orden jurídico. Son socialmente inmanentes (de este mundo) e institucionalizados: establecidos y aplicados por instituciones jurídicas (órganos) cuyos actos se atribuyen al orden jurídico (estatal). Los actos coactivos del derecho se distinguen, así, de las sanciones trascendentes (ultramundanas) y de las reacciones espontáneas de aprobación o reprobación de los miembros de la comunidad. El carácter institucional del derecho lo distingue de otros sistemas normativos en los cuales la coacción juega un papel importante (por ejemplo, las órdenes religiosas).

Coerción. Del latín *coercio, coercere*: imponer, obligar, constreñir, forzar. En el ámbito público, particularmente bajo el marco institucional del Estado, la coerción se identifica con el uso de la fuerza física o moral para constreñir a las personas al cumplimiento de la ley, una orden administrativa o resolución judicial, en especial cuando aquéllas se rehúsan a obedecer voluntariamente las decisiones de las autoridades. La coerción estatal es, en este caso, un mecanismo de fuerza para asegurar la observancia del derecho o restaurar el orden y la paz pública, en caso de haber sido quebrantada. El uso de la fuerza pública es la forma de coerción por antonomasia.

En el ámbito de la teoría jurídica es importante distinguir entre “coacción” y “coerción”. En términos generales, la coacción consiste en la facultad que tiene el Estado de estatuir sanciones. Éstas son el resultado de poder establecer consecuencias de las que serán responsables los individuos por observar ciertos comportamientos. La coacción es una herramienta básica del Estado para incentivar la voluntad de las personas sujetas al orden jurídico y conducir las (del latín *coactio, -are*: compeler, a su vez, de *cogo, -ere*: “conducir a”) a que realicen (u omitan) determinadas acciones.

Common law. Es el sistema de derecho, distinto del sistema neorrománico, que se originó en Inglaterra y que actualmente se aplica en el Reino Unido y en la mayoría de países con antecedentes anglosajones, principalmente los que fueron colonias inglesas. El término *common law* significa, dentro del mismo sistema, el cuerpo jurídico que proviene de sentencias dictadas por los jueces, en contraste con el cuerpo jurídico formulado por leyes, decretos o reglamentos expedidos por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo. En los sistemas de *common law* se destacan varias características que los distinguen de los otros grandes sistemas legales. La primera, y más importante, es que en su mayoría, las reglas que se aplican provienen de la jurisprudencia de casos litigados, y no de leyes o decretos. Cuando los jueces dictan sentencias las ponen por escrito, crean reglas que a causa de la tradición de *sta-*

re decisis tienen vigencia dentro de la misma jurisdicción. Por esta razón, el abogado de *common law* tiene que consultar toda la jurisprudencia aplicable (que normalmente se publica en colecciones oficiales) para saber las reglas específicas conforme a las cuales se resolverá el caso. Aun cuando se trate de un caso regido por alguna ley, será necesario consultar la jurisprudencia para conocer la interpretación que se ha dado a la ley, ya que tal interpretación es obligatoria conforme al *stare decisis*. La regla de *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*, acatar decisiones y no abrogar reglas establecidas) existe sólo por tradición en el sistema de *common law* y es la base del gran Poder Judicial que caracteriza estos sistemas.

Otra característica del sistema es el papel que desempeñan los jueces durante los litigios civiles, criminales o administrativos. Se considera que la solución justa de un conflicto se producirá después de un riguroso debate y desahogo de las pruebas presentadas por las partes contendientes. El papel del juez es el de un árbitro que aplica las reglas sobre el procedimiento y sobre la cuestión debatida. De igual importancia en el sistema de litigios es el empleo del jurado. Tiene su origen en la Inglaterra medieval. Este es un grupo de ciudadanos (tradicionalmente doce), que presencian el juicio y deciden sobre responsabilidad y culpabilidad. Por esto, se dice que el juez decide cuestiones de derecho, y el jurado decide cuestiones de hechos litigados. Cuando se trata de un juicio sin jurado, el juez decidirá cuestiones de derecho y de hechos.

Concurso de derechos. Concurrencia de dos o más derechos subjetivos. Normalmente la presencia de uno o más derechos no afecta el ejercicio de los demás. El problema se presenta cuando dos o más derechos se colisionan y el ejercicio de uno excluye al otro. La valoración sobre qué derechos tienen mayor jerarquía que otros, en la teoría positivista, es una decisión del órgano facultado para dar la norma. En una teoría iusnaturalista, la valoración sobre qué derecho debe prevalecer es consecuencia del derecho natural y no puede ser violentada por la decisión del legislador. Algunas de las reglas posibles que el legislador puede establecer son: el derecho de mayor jerarquía prevalece sobre el menos importante; si son de la misma jerarquía, subsiste el que tiende a evitar una pérdida sobre el que tiende a obtener una ganancia; el derecho más antiguo es preferible al más nuevo.

Conflicto de normas. Es posible entenderlo en términos de imposibilidad de observancia (o aplicación) simultánea: dos normas se contradicen si, y sólo si, conformarse a ambas a la vez es imposible. De esta manera, si una norma prohíbe y otra permite la misma conducta a un mismo sujeto, al mismo tiempo, la conformidad simultánea a dichas normas sería imposible. Tales normas están en conflicto. Sin embargo, el conflicto no sólo surge, como sugiere la

expresión “contradicción”, entre normas que prohíben (u obligan) y las que permiten y que tienen el mismo ámbito de validez, como sostiene parte de la doctrina. El conflicto se presenta ahí donde dos o más normas que permiten, ordenan o prohíben la misma o diferente conducta a uno o a más sujetos, no puedan ser simultáneamente observadas o aplicadas. Ahí es donde ocurre que la observancia de una, excluye la observancia de la otra.

El error de la doctrina del conflicto de normas consiste en tratar las disposiciones jurídicas como si fueran proposiciones o enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos. Las disposiciones jurídicas no son ni verdaderas ni falsas. Son válidas o no válidas. La diferencia más significativa entre el conflicto de normas y la contradicción lógica reside en que mientras en la contradicción lógica uno de los enunciados, desde su origen es necesariamente falso, en el conflicto de normas, por el contrario, ambas son necesariamente válidas. La profesión jurídica, en su secular tarea de describir e interpretar el derecho, ha elaborado algunas reglas de solución de conflictos cuya autoridad es prácticamente indiscutible. La solución al conflicto de normas sólo se realiza mediante una “norma positiva” sea prevista o creada *ad hoc* (en la sentencia). Éstas responden a diversos criterios: 1) el cronológico, según el cual *lex posterior derogat priori*; 2) el de especialidad, con base en el cual *lex specialis derogat generalis*; 3) el jerárquico, por el cual *lex superior derogat inferior*, 4) el criterio de *lex favorabilis*.

Constructivismo jurídico complejo. Se trata de un nuevo enfoque epistémico, teórico, metodológico y naturalizado, cuyo objetivo es actualizar nuestra comprensión de la incidencia del derecho positivo y la teoría jurídica en la construcción social de la realidad. Esto se realiza a través de agentes e instituciones, mediante la integración de elementos de la filosofía jurídica analítica, las ciencias cognitivas contemporáneas y la teoría de los sistemas complejos.

Con base en la filosofía jurídica analítica, el constructivismo jurídico complejo desarrolla la tesis de que los textos normativos son un potencial de significación tomando las herramientas de análisis lingüístico en diferentes escalas: semántica de las palabras, estructuras semánticas arborescentes y reticulares, semántica proposicional, teoría del discurso jurídico (que incluye teoría de la argumentación jurídica con técnicas de representación del conocimiento). Los conceptos de semántica proposicional son usados para el desarrollo de una teoría proposicional del sistema jurídico como base para la generación de constructos normativos. A partir de los conceptos de lenguaje objeto y metalenguaje, y la teoría proposicional de los constructos normativos, se desarrolla una teoría hipertextual del derecho que sirve de base para una teoría modular de la investigación jurídica. Con base en la propia teoría hipertextual, se desarrolla una teoría sintáctica de la conectividad normati-

va (suprarregla). A pesar de no poder considerarse parte de la teoría jurídica analítica, sino de la filosofía del lenguaje, los conceptos de reglas constitutivas y hechos institucionales de Searle son de suma importancia para el constructivismo jurídico complejo. A partir de éstos, se genera el concepto de hechos jurídicos institucionales que a su vez permiten hablar del ámbito de los hechos jurídicos institucionales en el cual se ubican los *explanandum* susceptibles de ser analizados con técnicas de investigación empírica y con los métodos de las ciencias de la complejidad.

Deber jurídico. Los juristas entienden este concepto el comportamiento requerido por el derecho, la conducta obligada de conformidad con una norma de orden jurídico histórico (nacional o internacional). En resumen, todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. Puede caracterizarse como la conducta prescrita por el derecho, el comportamiento que *debe* observarse.

El acto considerado debido es un acto tenido por obligatorio: un acto que se *debe* hacer. Normalmente el deber se manifiesta en el contenido de un mandato: cumple tus promesas, o bien de una prohibición: no mientas. Por ello deber denota siempre una restricción impuesta a los individuos. La imposición de deberes es una de las formas típicas por las cuales se regula el comportamiento humano. Con *debere*, los romanos aluden al hecho de encontrarse bajo la obligación de pagar o de hacer algo, designan una obligación surgida *ex contractu* o *ex delicto* que es perseguible judicialmente.

Mediante la imposición de deberes, el derecho limita o restringe las posibilidades del comportamiento humano: sin deberes, el derecho sería inconcebible. La fuente de un deber jurídico se encuentra, en última instancia, en una norma jurídica positiva. El deber jurídico es la conducta que se debe observar y se opone a aquella que debemos omitir. La conducta debida (por ejemplo, no matar, no robar, no defraudar o cualquier otra) puede ser expresamente descrita por el material legislativo. Esto no es necesario. Es suficiente que la norma determine un hecho ilícito para establecer, *ipso facto*, el deber jurídico respectivo. Basta que una norma disponga que está prohibido para saber que es jurídicamente debido. El derecho impone deberes al establecer conductas que condicionan la aplicación de sanciones.

Deontología jurídica. Del griego *déon* (δέων), participio neutro del impersonal *dei*, significa “lo obligatorio, lo justo, lo adecuado”. La deontología y la deontología jurídica son disciplinas filosóficas que se deducen del estudio exhaustivo de la naturaleza humana y de los fines del hombre en relación con el orden universal, íntimamente vinculada con la teoría del conocimiento y la ontología, cuyas conclusiones les sirven de presupuestos. No todo razonamiento relativo a lo que alguna cosa deba ser constituye un pensar deon-

tológico. Los elocuentes discursos en el recinto del Poder Legislativo de un Estado, al exaltar las virtudes de una ley determinada, no suelen constituir argumentaciones deontológico-jurídicas por tratar un tema particular y generalmente sin el rigor analítico y sistemático del razonamiento filosófico. El estudio filosófico del derecho, al ocuparse de materias relativas a la conducta humana y a la normación de ella, no puede limitarse a una simple enunciación de los hechos. La relación del objeto de estudio y los fines humanos implica que dicho objeto debe ser valorado por la filosofía jurídica. Conforme a dichas valoraciones, debe construirse el deber ser de las normas de derecho. La deontología jurídica es la disciplina que se ocupa de esa tarea. Es la rama de la filosofía jurídica que tiene como finalidad específica la determinación de cómo debe ser el derecho y cómo debe ser aplicado.

Según Del Vecchio, la deontología jurídica es la rama de la filosofía del derecho que tiene por objeto el estudio de la justicia. Del Vecchio estudia en su investigación deontológica tres problemas: la indagación de la idea del derecho (del derecho justo), la crítica a la racionalidad del derecho vigente y la crítica a la legitimidad del mismo.

Derecho. La palabra derecho proviene del latín *directum*, el cual deriva de *dirigere* (enderezar, dirigir, encaminar); a su vez, de *regere, rexi, rectum* (conducir, guiar, conducir rectamente, bien). Por extraño que parezca, derecho no descende de una palabra latina de morfología semejante e igual significado. La palabra latina que corresponde a derecho (o a sus equivalentes en las lenguas modernas) es *ius* de antigua raíz indoiránica. Pertenece a una familia de palabras (de diferentes lenguajes) que se remontan a la raíz indoeuropea *rj* la cual significa guiar, conducir. Así, derecho implica dirección, guía, ordenación; detrás de tal concepto subyace la idea de regulación (de *regere: regir, regular*). Por otro lado, connota lo recto (*rectum*: lo correcto, lo que está bien). Recibe, con el significado descriptivo de *directum*, todas sus connotaciones incluyendo su carga emotiva.

El término derecho posee una pesada carga emotiva, que descansa en antiguas y persistentes ideas, profundamente arraigadas en el mundo occidental desde tiempos clásicos. Desde entonces, su simple evocación produce una reacción favorable no sólo cabalística o misteriosa, sino también de aprobación moral. Para todo griego, *dikaion* (derecho) transmite una impresión de mérito moral, de tal manera que puede decirse que el campo que cubre *dikaion* es coextensivo con el que cubre el valor moral implicado. De ahí que resultara verdaderamente difícil sostener que el derecho (*dikaion*), sus normas (*nomoi*) o sus pronunciamientos (*dikai*) pudieran ser concebidos como meros intereses, conveniencias o caprichos. Para los hombres de los tiempos clásicos, *nomos* nombra algo que es creado, practicado o mantenido como correcto, como justo (W. K. C. Guthrie, W. W. Jaeger).

Los usos de derecho y las raíces y significado de sus antecesores (*directum, jus, dikaiōn*) muestran que el derecho no es sino el pronunciamiento (*dīken eireîn, jus dicere*) de aquellas fórmulas que, por su peso, fuerza u origen (rito, ceremonial) indican lo que debe hacerse. El papel del magistrado no es sino el de mostrar la medida que se impone. El derecho es una cosa que debe mostrarse, que debe decirse o pronunciarse como se aprecia en las expresiones *dikaspólos, judex, meddix*. *Dikaspólos* (el juez) es aquel que cuida las *dikai* (las fórmulas del derecho, las sentencias pronunciadas). Es función del derecho corregir la demasía, lo *injustus*: cuando se requiere someter un cuerpo turbado a las reglas previstas, cuando se trae orden a una perturbación, aparece *dike*, la justicia, en forma de *dikai* (sentencias).

Como se puede observar, derecho (es decir, *jus*) tiene varios significados en la literatura jurídica. Dos son, sin embargo, sus usos más persistentes: 1) complejo de normas e instituciones que imperan coactivamente en una comunidad estatal (orden o sistema jurídico), y 2) permisiones o facultades, así como exigencias o reclamos, que se consideran jurídicamente justificados. Al primero de los significados suele llamársele objetivo, mientras que al segundo, subjetivo.

El derecho como orden jurídico constituye un orden o sistema (subsistema) social, es decir, un complejo de instituciones que realizan funciones sociales de cierto tipo (resuelven controversias, eliminan el uso de la fuerza, etcétera). La idea de que el derecho sea o constituya un orden presupone la concepción de que es un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias apropiadas reconocidas como las instancias creadoras del derecho y que son, por lo general, eficaces, esto es, que son mayormente seguidas u obedecidas.

El derecho como sistema normativo tiene dos sentidos: 1) se compone de normas o requerimientos de conducta formulables (lingüísticamente), y 2) prescribe (guía) y evalúa la conducta humana.

Las normas jurídicas, además de guiar la conducta de los destinatarios, guían la acción de los órganos aplicadores del derecho, los cuales deciden (y justifican sus decisiones) haciendo uso del derecho aplicable a la controversia. Guiando normativamente el comportamiento, el derecho busca realizar diversos propósitos sociales (J. Raz). El derecho es un orden jurídico institucionalizado en la medida en que su creación, aplicación y modificación son, fundamentalmente, realizados o regulados por instituciones. Esto es, por ciertas instancias o entidades sociales cuyos actos, en lugar de atribuirse a sus autores, son referidos a la comunidad (por ejemplo, al Estado). Las instituciones normalmente son separadas en: instituciones creadoras e instituciones aplicadoras de derecho. Las instituciones aplicadoras *par excellence* son los tribunales.

El derecho como un orden coactivo se hace efectivo en la medida en que hace uso de sanciones. El derecho como reclamos justificados (interés legítimo) se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, designa una permisión otorgada a alguien (o algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial.

El derecho también puede entenderse como un conjunto de principios y normas que se conforman con la razón o con la naturaleza (con la naturaleza de las cosas, con la naturaleza del hombre). Esta idea ha constituido el *leit motiv* de las doctrinas del derecho natural desde los tiempos clásicos hasta nuestros días. La idea central es de que existen ciertos principios jurídicos (o morales) indisputables o inmediatamente evidentes, objetivamente válidos, que se encuentran por encima de cualquier derecho positivo (histórico, nacional o internacional), principios a los cuales, según la tesis débil de la doctrina, el derecho positivo debe conformarse para ser un derecho justo, correcto, moralmente justificable o legítimo; o bien, principios a los cuales, según la tesis fuerte de la doctrina, un pretendido derecho positivo debe conformarse para ser tal.

Derecho adjetivo y derecho sustantivo. División doctrinal para facilitar el estudio del derecho. La clasificación del derecho adjetivo contiene las normas que regulan la utilización de los órganos del Estado que aplican el derecho; normalmente, se piensa que el derecho procesal contiene las normas adjetivas. La clasificación derecho sustantivo se refiere a las normas que conceden derechos e imponen obligaciones, excepto las relacionadas con el proceso.

Derecho comparado. Es la disciplina que estudia los diversos sistemas jurídicos existentes para descubrir sus semejanzas y diferencias. El derecho comparado no es una rama del derecho. A este respecto, René David opina que “no existen normas de derecho comparado en igual sentido que existen las de derecho civil o penal. El derecho comparado no es una parte del derecho vigente”. Algunos autores consideran que el derecho comparativo es simplemente un método aplicado a las ciencias jurídicas.

Derecho consuetudinario y derecho escrito. Significan, respectivamente: *a*) derecho que nace de la costumbre, es decir, de los usos reiterados que una sociedad considera obligatorios, y *b*) derecho originado en normas de carácter general que se formulan en un texto y son dictadas por los poderes públicos. Se debe considerar la clasificación tradicional de origen romano que distingue entre: *a*) costumbre *secundum legem*, que no es en rigor derecho consuetudinario, sino derecho escrito convertido en costumbre;

b) costumbre *praeter legem* que se da “fuera de la ley”. Éste sería el tipo ideal de formación jurídica consuetudinaria en un sistema de derecho escrito; las materias no reguladas por el legislador se registrarían por la costumbre, y c) costumbre contra *legem*, que es la derogatoria de la ley.

Derecho de gentes. Se refiere a: 1) derecho que en la antigua Roma se aplicaba tanto a los ciudadanos como a los extranjeros; 2) conjunto de normas jurídicas que son observadas en todos los pueblos y que constituyen, por tanto, un derecho supranacional fundado en la razón o la necesidad, y 3) derecho internacional público. Para Francisco de Vitoria, el derecho de gentes no rige sólo entre individuos, sino también entre naciones y Estados. Por su parte, Francisco Suárez encuentra en el derecho de gentes dos características primordiales: a) es simplemente derecho positivo humano distinto del derecho natural tanto en su esencia como en su universalidad y mutabilidad, y b) es un derecho que regula las relaciones entre los pueblos. Actualmente, la expresión “derecho de gentes” ha sido reemplazada por la de “derecho internacional público”. No obstante, se conserva en el idioma alemán a través de la palabra *Völkerecht*.

Derecho divino. Es el conjunto de leyes eternas, objetivas y universales, dadas por Dios, con objeto de ordenar, dirigir y gobernar el mundo, que señalan los caminos de la comunidad humana. El derecho divino se manifiesta a través de la ley eterna, la ley natural y la revelación, conocidos también estos dos últimos como derecho divino revelado o derecho divino positivo y derecho divino natural. Ahora bien, el derecho natural no debe considerarse un sistema moral, ni derecho ideal, o un ideal de justicia, aunque al igual que estos últimos los conocemos por la recta razón. Las características de la ley natural son universalidad, inmutabilidad, cognoscibilidad y de valor soteriológico (de salvación) en su cumplimiento.

Finalmente, la ley divina positiva implica la manifestación expresa del creador a las criaturas —la Revelación— para que, según santo Tomás de Aquino, el hombre pueda saber, sin ningún género de duda, lo que debe hacer y lo que debe evitar. Las características de los preceptos del derecho divino positivo son: universalidad, inmutabilidad y obligatoriedad. Una pervisión del concepto de derecho divino fue el utilizado en la época moderna para legitimar el poder de los monarcas absolutistas, cuando lo definían como el derecho divino de los reyes.

Derecho natural. John Finnis ha definido al derecho natural —en términos generales— como “aquel conjunto de principios de la razón práctica que muestran las formas básicas de «realización humana» y que distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto”.

En esta definición conviene precisar que la razón práctica a la que alude Finnis acepta que la razón humana puede llegar a conocer, al menos, los rasgos más esenciales o dimensiones fundamentales de la perfección humana y, en consecuencia, de aquello que es bueno para alcanzarla. En la misma definición conviene precisar igualmente que las “formas básicas de realización humana” están basadas en lo que el propio Finnis identifica como “bienes humanos básicos”, de los cuales el hombre participa al concentrarlos y especificarlos con sus respectivas decisiones y acciones. Esto es el derecho natural.

El derecho positivo se explica y justifica en un contexto mayor al de la pura voluntad que lo promulga. Este contexto es precisamente el derecho natural que lo origina; cuando se separa de éste, actúa como criterio valorativo de tal derecho positivo, el cual establece que la potestad de dar las normas de derecho positivo es de orden natural y, finalmente, las relaciones básicas y fundamentales del derecho son de derecho natural. Se han identificado al menos cinco corrientes de iusnaturalismo: 1) un iusnaturalismo realista o clásico, cuyos principales exponentes son Aristóteles, la jurisprudencia romana y Tomás de Aquino; 2) un iusnaturalismo empirista, cuyas figuras más representativas son Thomas Hobbes y, en cierta medida, Rosseau; 3) una escuela moderna del derecho natural, llamada igualmente iusnaturalismo *racionalista*; 4) un iusnaturalismo de tipo marxista, propuesto por Ernst Bloch y Hermann Klenner, y 5) un iusnaturalismo kantiano.

Derecho objetivo. Para la inmensa mayoría de los juristas, el derecho constituye un conjunto (orden, sistema) de normas o disposiciones de cierto tipo, al cual denominan “derecho objetivo”, para distinguirlo de otros usos o sentidos de la palabra “derecho”. El predicado “objetivo” se utiliza fundamentalmente para diferenciar (u oponer) el orden jurídico al derecho subjetivo (en el sentido de permisiones o reclamos jurídicamente justificados).

En este sentido de “objetividad”, el derecho designa un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias reconocidas como las instancias creadoras del derecho y que son en general eficaces. El derecho objetivo, es decir, el orden jurídico, es concebido como un subsistema social, constituido por instituciones que realizan funciones sociales específicas (resuelven controversias, eliminan el uso de la fuerza, entre otras funciones).

El orden jurídico es normativo porque contiene normas; es institucionalizado porque es creado y administrado por instituciones; es coactivo porque hace uso de sanciones. Por otro lado, el orden jurídico es considerado un sistema comprensivo, supremo y exclusivo. Comprensivo, porque pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. Supremo, en razón de que la fuente de validez de sus normas o disposiciones no proviene de ningún otro sistema social; y exclusivo, porque ahí donde vale un orden jurídico

no puede valer ningún otro. Si se atiende a estas características, y particularmente al hecho de su establecimiento, “derecho objetivo” se asocia o se identifica con “derecho positivo”.

El tecnicismo “derecho objetivo” puede aplicarse no sólo a un orden jurídico, o a parte de él, sino incluso a una disposición jurídica aislada.

Derecho positivo. El concepto de derecho positivo presupone la idea de que “validez” significa “existencia” (la “peculiar existencia del derecho”). Los hechos que crean o aplican el derecho que existe (nacional o internacional) son hechos sociales, históricos, empíricamente verificables. Aunque la expresión “derecho positivo” puede tener significados diversos (especialmente los asignados por la crítica exacerbada o fanática de algunos opositores) esta expresión, tanto en su uso originario como dentro de las diferentes corrientes del positivismo, tiene un núcleo más o menos estable que puede caracterizarse así: el derecho positivo es el derecho “propriadamente hablando”, el derecho puesto (*laid down*) por instituciones sociales de cierto tipo, el cual constituye el objeto propio de la ciencia del derecho y de su historia. El derecho positivo es así el objeto de la ciencia del derecho, es decir, de la jurisprudencia dogmática, no sólo por satisfacer elementales requerimientos metodológicos, sino porque la ciencia jurídica que existe *hic et nunc* sigue el viejo modelo milenarista, el cual es en gran medida positivista. Esto se aprecia por el hecho incontrovertible de que todo jurista, cualquiera que sea su credo (político y moral) y cualquiera que sean las doctrinas jurídicas a las que se adhiera, cuando describe el derecho (nacional o internacional) lo hace derecho positivo.

La expresión “derecho positivo”, contrariamente a la de “derecho natural”, la cual se remonta hasta la antigüedad (*dikaion physikón*: Aristóteles, *Ética a Nicómaco*), se desarrolló sólo hasta la Edad Media. La expresión *legem ponere*, de la cual deriva *ius positivum*, surge en el siglo VI y, desde entonces, es frecuentemente usada.

Derecho privado y derecho público. Del latín *privatum ius* y *publicum ius*, respectivamente, que significan: “derecho concerniente a los particulares” y “derecho que atañe a las cuestiones públicas”. Se entiende por derecho privado el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas que se encuentran legalmente consideradas en una situación de igualdad con base en que ninguna de ellas actúa, en dichas relaciones, investida de autoridad estatal.

El derecho público se compone del conjunto de normas que regulan el ejercicio de la autoridad estatal, determinando y creando al órgano competente para ejercitarla, el contenido posible de sus actos de autoridad estatal y el procedimiento mediante el cual dichos actos deberán realizarse.

Derecho subjetivo. La obligación implica la permisión de una conducta requerida, pero los alcances de esta permisión son restringidos: no se permite la omisión; por el contrario, se prohíbe. En el caso del derecho subjetivo, el sujeto del derecho puede omitir (no es ilícito omitir, no hace mal si omite). Esta circunstancia distingue al derecho de aquellas situaciones en que al individuo le está permitiendo, pero que, en ningún caso, le está permitida su omisión. El derecho subjetivo presupone, siempre, como en el caso de la facultad o de la obligación, una fuente que lo establezca.

El derecho subjetivo, además de la *facultas exigendi*, comprende otros poderes normativos; por ejemplo, su renuncia. El poder de renunciar a un derecho es particularmente significativo cuando la renuncia tiene como consecuencia la extinción de la obligación correlativa. El derecho subjetivo contiene la autorización conferida al derechohabiente, al titular del derecho (o a quien actúe en su nombre), de dirigirse al órgano de aplicación (frente al tribunal) requiriendo, mediante la interposición de una demanda o acción, la ejecución de su derecho. Según una idea general, todo derecho subjetivo contiene una pretensión, una exigencia, de cierta conducta de otro u otros. Sin embargo, cuando un individuo no tiene el poder jurídico de hacer valer, mediante la interposición de una acción, su derecho, el acto por el que reclama dicha ejecución no tiene ningún efecto jurídico.

Derecho transitorio. Son las normas jurídicas que tienen como característica una validez temporal determinada. Generalmente, las normas tienen un ámbito de validez temporal indeterminada; por ejemplo, cuando el Constituyente de Querétaro emitió, en 1917, la norma suprema de México, no le atribuyó ninguna sujeción temporal y la promulgó, salvo en el caso de los artículos transitorios, con una vigencia indeterminada. Esto significa que dicha norma seguirá vigente hasta que no venga otra, emanada del mismo órgano que la produjo, a derogarla o abrogarla. Existe otro tipo de normas que se caracterizan en que, para su derogación, no requieren de otra norma posterior. En este sentido, se habla de leyes *ad tempus*. El ejemplo clásico de estas normas lo constituyen aquellas que son publicadas al final de cada ley, bajo el rubro de “artículos transitorios”, en los que se señala la fecha en que comienza a tener vigencia la propia ley, así como aquellas que prescriben disposiciones tendentes a lograr una adaptación más fácil de los individuos a una nueva situación jurídica. También suele hablarse de derecho transitorio en relación con las denominadas leyes de emergencia.

Derecho vigente. El derecho vigente indica el derecho actual, que existe en el tiempo presente; se opone al derecho que ya no está en vigor, al derecho que fue o al derecho posible. La expresión “derecho eficaz”, o mejor, “eficacia del derecho”, alude al hecho de que el orden jurídico (o un precepto

jurídico) es efectivamente seguido y aplicado. “Eficacia” nombra una de las condiciones de la positividad del derecho y apunta al hecho de la conformidad (o inconformidad) con sus normas. De esta forma, el derecho vigente es el derecho positivo actual, presente. Y “derecho eficaz” no es sino la mención de una característica esencial del derecho que existe (o ha existido). Cuando deja de ser eficaz, deja de ser derecho. En consecuencia, indica el derecho positivo actual de una determinada comunidad. El “derecho vigente” no alude sólo a su existencia empírica como “derecho positivo”, sino a su existencia presente.

Dignidad de la persona humana. La persona, según la clásica definición de Boecio, es sustancia individual de la naturaleza racional. El ser individual de la persona significa que ésta constituye una unidad física, psíquica y espiritual. Su ser racional implica que tiene las facultades de inteligir (entendimiento) y de querer libremente, amar, lo que la razón le presenta como bueno (voluntad). La racionalidad propia de la persona hace que su individualidad sea de distinto orden que la individualidad animal o psicológica, la razón humana es consciente de ser alguien, distinto de cualquier otro ser, único e irrepetible. Es autoconsciente de sí mismo. Al reconocer en la persona humana su naturaleza racional volitiva y apetitiva, es necesario concluir que ella tiene una preeminencia o dignidad respecto de los otros seres.

La filosofía racionalista, al apoyarse en las concepciones humanistas cristianas y renacentistas, postula la dignidad de la persona humana como límite al poder del Estado. El humanismo laico de Hugo Grocio, Fernando Vázquez de Menchaca y Samuel Pufendorf, coloca en el centro de sus sistemas el concepto de dignidad humana fundado sobre la idea de libertad e igualdad de los derechos del hombre. La Declaración de los Derechos del Hombre, votada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dice en su preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Dogmática jurídica. Muchos juristas piensan que la dogmática es la ciencia jurídica por excelencia, e incluso la única ciencia posible. Denominan así a su práctica cotidiana: la de los abogados, los jueces y los profesores de derecho. Suponen que es científica la tarea de identificar normas aplicables, explicarlas, interpretarlas, sistematizar la información encontrada en los textos jurídicos e incluso aplicarlas o solicitar su aplicación. Cuanto haya de científicidad en estas tareas, en realidad, depende del concepto aceptado de ciencia, aunque también de concepciones filosóficas sobre el hombre, las normas y el poder. No obstante, muchos juristas mantienen su preferencia, principalmente los profesores de derecho. Lo que sucede es que la práctica de los ju-

ristas incluye una masa importante de “saberes” o técnicas que están ocultas o negadas a los no juristas. Un abogado sabe describir una norma, decir que cierta norma es válida y que debe aplicarse, es un enunciado que se apoya en ciertos conocimientos y que ese enunciado puede ser rebatido con argumentos por otro jurista que usa esos mismos conocimientos y le parece que lo mismo se da entre científicos. En apoyo de esta creencia, en la científicidad de su práctica, la tarea del jurista de sostener que una norma debe aplicarse, tiene, en la misma práctica jurídica, en el ejercicio del poder, una confirmación que parece “independiente”. A esta confirmación parece responder la sentencia judicial. Ha de advertirse que, cuando un abogado presenta una demanda, usa prescriptivamente el lenguaje. Trata de convencer al juez para que haga algo, a saber, una sentencia de cierto sentido y no de otro. Cuando un juez produce una sentencia no cabe duda de que está ejerciendo el poder, y cuando un profesor presenta varias interpretaciones de una norma y dice que la “verdadera” es una de ellas y que todas las otra son “falsas”, a pesar de que parece producir una descripción, en realidad describe cuál es la interpretación que debe adoptarse por parte de los jueces u otros funcionarios.

Efectividad del derecho. En un principio, los sociólogos del derecho utilizaron el término “eficacia” para referir el hecho de que los individuos ajustan su conducta a las previsiones de las normas jurídicas. Sin embargo, pronto se advirtieron las limitaciones de esta definición, puesto que muchas normas pueden cumplirse pero ser ineficaces. De allí que se prefiriera utilizar dos palabras para referir dos cosas distintas: el hecho de que los individuos se comporten como lo establecen las normas se denomina “efectividad del derecho”. Mientras que el hecho de que esas mismas normas cumplan la función esperada se denomina “eficacia del derecho”, porque resulta que muchas normas son efectivas, pero no eficaces, mientras que otras son inefectivas, pero eficaces.

La efectividad puede tener varias formas: 1) efectividad en el cumplimiento; 2) cumplimiento por consenso; 3) cumplimiento por temor, y 4) efectividad en la aplicación. Deberá tenerse en cuenta para un estudio sociológico del derecho: 1) el tiempo de validez de las normas; 2) el tiempo necesario para cumplir las conductas obligatorias, y 3) el tiempo durante el cual debe mantenerse cierta conducta.

Eficacia. Es un concepto teórico o categoría propia de la sociología jurídica que señala la propiedad de las normas que cumplen con la función asignada por el legislador.

El concepto remite, de alguna manera, a las intenciones del legislador y a los problemas de la voluntad de poder. Al respecto es posible distinguir entre: 1) eficacia subjetiva: si de lo que se trata fuese de investigar el efecto de

las normas respecto de las intenciones subjetivas de los individuos que participan en la formulación de esas normas. El problema principal es que la palabra “intención” no denota nada que sea muy útil para una ciencia. Sin embargo, si hay algo a lo que pueda llamarse “intención del legislador” se encontrará, por ejemplo, en los discursos previos del grupo en el poder. La tarea se convertirá en lo que se ha llamado análisis del discurso. La sociología jurídica se encuentra aquí con otras ciencias que, al igual que la semiótica jurídica, pueden clasificarse genéricamente como ciencias del lenguaje; 2) eficacia objetiva: si de lo que se trata fuese de estudiar los efectos de las normas en relación con algún enunciado que dijese algo acerca de una función objetiva de la ley, más allá de la voluntad personal de los individuos que participan en su formulación. No se trataría, como en el caso de la efectividad y la eficacia, de que pudiera haber normas efectivas, pero ineficaces. Aquí, la cuestión no es que pudiera haber normas eficaces subjetivamente e ineficaces objetivamente. La utilidad de esta distinción apunta más bien a la posibilidad de que la norma produzca efectos no previstos, pero que debieron preverse, o bien que produzca efectos previstos pero no confesados por el legislador. O que ocasione efectos que, vistos de una manera por el grupo en el poder, fueran vistos de otra manera por otros grupos sociales.

Enseñanza del derecho. Es la transmisión de los conocimientos que engloban esta materia. La enseñanza tiene por objeto la capacitación de un número más o menos amplio de sujetos (alumnos) para actuar, dentro de la estructura social, en las diversas funciones que requieren del conocimiento del derecho. Por su parte, la investigación tiene por objeto realizar una labor indagadora o analítica sobre el fenómeno jurídico en su más amplia acepción.

A lo largo de la historia se han dado dos modelos distintos de enseñanza: el escolar y el artesanal. El primero se basa en la elaboración de textos o de instrumentos con los que se procura que el alumno desarrolle un máximo de habilidades o tenga el mínimo de conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad profesional que va a desempeñar. Tal fue el modo de enseñar de los sofistas, los retóricos, los romanos del bajo imperio, la escolástica, las facultades y escuelas contemporáneas. El modelo artesanal es la enseñanza de una actividad o profesión a través de la práctica cotidiana de las mismas. Este modelo implica la existencia de un maestro que domina la actividad o profesión que debe ser aprendida y que transmite sus conocimientos de forma directa y particularizada a sus escasos alumnos. Este modelo estuvo presente en la academia platónica y en el liceo aristotélico. Fue también el que utilizaron los jurisconsultos romanos hasta el siglo I d. C., y el que se usó en la universidad alemana decimonónica. El modelo escolar está destinado a atender a un número mayor de sujetos, en tanto que el artesanal sólo es posible aplicarlo a unos pocos individuos. La enseñanza del derecho,

como se concibe actualmente, comenzó a darse en la llamada etapa posclásica del derecho romano.

Equidad. El origen del concepto se rastrea hasta Aristóteles con la *epikeia*, aunque algunos académicos encuentran un antecedente en la *Ilíada* de Homero, para referirse a “lo que es apropiado”. En la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles presenta a la equidad como la corrección de la justicia legítima que, como consecuencia necesaria de la generalidad de las leyes, muestra errores en su aplicación. Por lo cual propone un método para emitir decretos (en oposición a leyes generales) a fin de satisfacer las necesidades específicas del caso. En tal sentido, un hombre equitativo hace lo que es apropiado. Hacer referencia a la equidad significa apelar a normas menos rígidas que las leyes como un deber en sentido diverso. En la *Retórica*, Aristóteles relaciona la equidad con el derecho no escrito y la presenta como una habilidad retórica a aplicar en contextos de litigio, en ese contexto, hace explícita su aplicación en juicio. Se han identificado dos aspectos centrales en el principio de equidad: la justicia distributiva y la justicia conmutativa. La distinción entre ambas radica en la noción según la cual toda persona debe ser tratada de acuerdo con su rango y mérito, y aquella según la cual debe darse el mismo tratamiento a todas las personas con independencia de su rango o mérito. En el ámbito jurídico, la relación de la justicia con la equidad se explica al entender a esta última como superior a la “justicia estricta”. El derecho contiene reglas generales que precisamente por ser generales, no pueden contemplar todos los casos concretos y será, bajo ciertas circunstancias, defectuoso. Una lectura contemporánea en torno a la equidad, identifica en ella dos dimensiones: la primera, cuya misión consistió en derrotar al derecho positivo estricto, práctica entendida como “equidad negativa”. La segunda dimensión puede entenderse como equidad positiva, dedicada a desarrollar el derecho positivo más allá de los límites estrictos.

Etapas de la argumentación legislativa. El proceso de argumentación legislativa se desenvuelve para propósitos académicos en tres etapas o fases: prelegislativa, legislativa y poslegislativa. La argumentación prelegislativa se inicia cuando por razones técnico-jurídicas o por problemas sociales, el legislador considera que la solución depende de la adopción de una medida legislativa.

En la argumentación legislativa, las cuestiones que tienen que ver con los asuntos técnicos y estrictamente jurídicos de las leyes adquieren mayor importancia que en la fase prelegislativa. Esta etapa inicia con la presentación de la iniciativa de ley ante alguna de las cámaras del Congreso. Transcurre por el tratamiento que en las comisiones legislativas recibe la iniciativa. Pasa, en su caso, por el dictamen de las comisiones. Posteriormente por el

turno al Pleno de las cámaras para el debate, discusión y aprobación, en su caso, del dictamen. Finalmente, por la promulgación y publicación del ordenamiento respectivo (con las correspondientes posibilidades de veto del Poder Ejecutivo).

En la etapa poslegislativa, se discutirá las virtudes y defectos de las leyes publicadas. Se les evaluará tanto en sedes jurídicas como en los ámbitos parlamentarios, sociales y políticos. Se argumenta por los tribunales y por la sociedad en torno a los posibles elementos de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad de las leyes, las contradicciones y lagunas, así como por sus niveles de eficacia y cumplimiento.

Ética pública. Aunque hay una gran variedad de enfoques sobre la ética provenientes de corrientes filosóficas que la abordan a lo largo de la historia, en el servicio público la idea más arraigada continúa siendo la de raíz aristotélica. En la *Ética a Nicómaco* y en *Política*, Aristóteles construye una teoría ética que unifica el comportamiento del hombre en su vida privada y vida pública, puesto que un individuo no puede ser pleno sino en su comunidad política, en la *pólis*. Así, las responsabilidades cívicas y familiares se unen en la voluntad del hombre hacia la felicidad, la cual se identifica con el direccionamiento de su comportamiento para el bien en todos los ámbitos de la vida. La ética termina siendo parte de la política, y ésta es quizás la razón de que la idea aristotélica sea la predominante en los asuntos públicos aún hoy día, pues de acuerdo con ella, toda ética es pública.

La ética pública consiste en la serie de normas y principios que deben ser observados a fin de evitar que el interés público se contamine de intereses privados (del operador o un tercero) en el manejo de los recursos antedichos. La razón de esta delimitación de la ética hacia su dimensión económica y de patrimonialismo estatal se debe, según el filósofo Michael Sandel, a que el pensamiento político liberal en occidente se desarrolló hacia una posición de neutralidad estatal en los temas éticos y morales. Mientras que el pensamiento conservador trata los temas de moral privada como un asunto público en tanto llevan implícita una decisión de política pública y de política legislativa, la alternativa liberal se rehúsa discutirlos como parte de la esfera pública. Sin pronunciarse sobre la bondad o deseabilidad de las decisiones en materia de familia, desarrollo psicosexual, experimentación genética y otros semejantes, se limita a decir que todos esos tópicos son privados y por ende no pueden ser discutidos ni intervenidos mediante la acción estatal.

Ex tunc y ex nunc. Estas locuciones latinas se traducen literalmente por “desde siempre” y “desde ahora”. En el lenguaje jurídico se aplican para significar: *a*) que los efectos de un acto jurídico se producen o cesan retroactivamente (*ex tunc*), y *b*) que los efectos de un acto jurídico se producen o cesan a

partir de determinado momento presente (*ex nunc*). Estos términos se usaron en el derecho romano sobre todo en relación con los actos jurídicos sujetos a condición suspensiva. De algunos se decía que surtían sus efectos desde que se habían convenido (*ex tunc*), y de otros, que los surtían a partir del cumplimiento de la condición (*ex nunc*). Posteriormente, por extensión, empezaron a aplicarse a otros actos jurídicos como las leyes o sentencias judiciales.

Facultad. Normalmente el término “facultad” se asocia a aquello que es optativo, potestativo; de ahí lo facultativo. El concepto jurídico de potestad significa la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros. Los romanos, con el término *facultas*, se referían a la capacidad de celebrar un contrato o de llevar a cabo un acto jurídico válido.

La confusión del término “facultad” con el de “derecho subjetivo” es desafortunada. El concepto de facultad se refiere a algo que puede hacerse u omitirse, como en el caso del derecho subjetivo. La diferencia estriba en que en el caso de la facultad, no se trata sólo de realizar hechos lícitos (jurídicamente, permitidos), sino también de producir actos jurídicos válidos. El concepto de “facultad” indica que alguien está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido y producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica con el fin de modificar válidamente la situación jurídica.

Ficción jurídica. En derecho romano la *fictio juris* era un medio para que el pretor mandase al juez tener por existente un hecho inexistente, y así crear una situación propia de un derecho anterior a fin de corregirlo o ampliarlo. En lo imaginario se buscaba dar forma a un hecho aun cuando no fuera real, por lo que, como creación de la mente, tenía sólo una existencia imaginaria, fingida o simulada a fin de evitar la rigidez del *ius civile* que era obstáculo para regular prontamente. En la doctrina del siglo XX, la *fictio iuris* fue identificada por Rudolf von Ihering como acto aparente. Por su parte, François Geny, fundador de la llamada libre investigación científica, defendió su conveniencia jurídica, pero en todos los casos omitieron llegar al punto de calificarla como realidad jurídica que es. La ficción jurídica es la piedra angular de donde se desprenden insoslayables instituciones como la persona moral, la representación o los efectos testamentarios, sin las cuales el mundo legal no funcionaría. En materia jurídica no hay más límite que el de la mente humana y por ello día tras día se requieren más ficciones para cubrir las expectativas de un mundo cambiante que requiere la creación de nuevos métodos y sistemas de convivencia. Por lo que, sin considerar agotadas todas las posibilidades, las

ficciones de mayor trascendencia en lo fundamental se encuentran en siete géneros con algunas de sus respectivas especies.

Mediante la ficción se logra introducir nuevas reglas de derecho sin alterar las existentes, como actualmente sucede al crear una persona moral mercantil con una sola voluntad y seguirle llamando sociedad a pesar de que no hay tal, dado que son dos entes jurídicamente individuales.

Filosofía del derecho. La expresión “filosofía del derecho” algunas veces es usada, en el discurso jurídico, como sinónimo de “jurisprudencia” (en el sentido de ciencia del derecho). En un sentido más restringido, se usa como sinónimo de la expresión “filosofía jurídica”. Por “filosofía del derecho”, o más correcto, “filosofía jurídica”, normalmente se entiende una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. Dentro de este orden de ideas, puede ser descrita como una rama de la filosofía general, interesada en el examen de los problemas jurídicos más fundamentales, distinta de las disciplinas que describen el derecho histórico, nacional o internacional. La filosofía jurídica aborda cuestiones como la “naturaleza” y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia al derecho, entre muchos otros temas. En este sentido, la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como con la filosofía política.

Filosofía política. La filosofía política tiene una relación con la teoría política y con la ciencia política semejante a la que mantiene la filosofía del derecho con la teoría general del derecho y con la ciencia jurídica. La filosofía política se ocupa de los valores y fines de la organización política; la teoría política tiene por objeto el estudio de los fundamentos, las estructuras, las funciones y las ideologías del poder político, mientras que la ciencia política tiene por cometido los análisis de las coyunturas políticas concretas. Existen, cuando menos, dos maneras de considerar las diferentes filosofías políticas: una que contempla que la filosofía política trata de someter el poder a la razón, poniéndole límites a su ejercicio y proponiéndole valores o finalidades que debe cumplir o alcanzar (Rousseau, Montesquieu, Locke, Habermas). Otra, que considera que la verdadera función social que cumplen las diferentes filosofías políticas es la racionalización, la justificación y la consolidación del poder (Marx, Foucault). Ambas maneras de ver la filosofía política son racionalistas. A la primera le parece que éstas presuponen la razón como la mediación del poder y su ejercicio. A la segunda, se le revela la sacralización (*fetichización*) del poder como resultado de la razón preconizada por las filosofías políticas. Podría decirse, para complementar ambas visiones que, en términos generales, las diferentes filosofías políticas comenzaron siendo mediaciones para el control del ejercicio del poder y terminaron transforma-

das en justificaciones y consolidaciones ideológicas del poder. Las filosofías políticas del liberalismo y del socialismo son, quizá, los ejemplos más claros de ello.

Fuentes del derecho. En sentido lato, se aplica a los hechos, doctrina e ideologías que en modalidades diversas influyen sobre las instancias creadoras del derecho. En este sentido, la recesión, la guerra, la epidemia, el liberalismo, el utilitarismo, etcétera, serían “fuentes del derecho”. En un sentido más técnico, la expresión designa los eventos (hechos o actos) cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden jurídico. En otros términos: “fuentes del derecho” son los hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas. Expresa así el conjunto de hechos reconocidos como apropiados para crear (modificar, sustituir, derogar) normas de un orden jurídico. Una norma es creada cuando es establecida por el procedimiento previsto y por la instancia social reconocida como creadora de derecho. Toda norma jurídica tiene una fuente. No existe norma sin una autoridad que la instituye. De lo anterior puede concluirse que fuentes del derecho son los hechos en virtud de los cuales una norma jurídica es válida y su contenido, identificado. Así entendidas, fuentes del derecho son siempre algo más que un acto aislado (legislativo). Son más bien una variedad de actos de diversos tipos (legislativos, procesales, de particulares, etcétera).

Heráldica jurídica. Heráldica es la ciencia y el arte empleados para crear, modificar, interpretar, describir, dar a conocer y ostentar los escudos de armas, cuyos *mottos* o divisas y símbolos que los forman o integran representan las naciones, ciudades, instituciones, corporaciones, familias, personas, etcétera. La heráldica jurídica es producto de la investigación especializada en la ciencia y el arte. Es indispensable además para la vexilología, ciencia que estudia las banderas, así como para el blasón de cada nación Estado, con todas las implicaciones que de ello derivan en la vida cotidiana de cada país y de muy diversa índole: militares, deportivas, industriales, comerciales, bancarias, culturales, educativas, etcétera. Esto es debido a que toda institución, sociedad o asociación en cualquiera de dichas actividades requiere de un estandarte, distintivo, emblema, logotipo, marca o sello que la caracteriza conforme a sus objetivos políticos, sociales, mercantiles, religiosos, humanitarios, o de otra clase. Tiene como fundamento la ley, reglamento, estatutos o disposición legal que la creó y la legitima en sus propósitos y acciones.

La investigación jurídica profesional es un valioso auxiliar para el Estado. Es tan fuerte a veces el carácter jurídico en la idea política correspondiente, que en tres o cuatro palabras se sintetiza todo un programa de gobierno, o bien, el ideal político que lo sustenta, como fue el lema de la Revolución

mexicana: “Libertad de Sufragio. No Reelección”. O el de la francesa, que aún ostenta el gobierno galo: “Liberté, Egalité, Fraternité”.

Hermenéutica jurídica. Es la ciencia de la interpretación, que lo puede ser de textos escritos o de cualquier otro fenómeno generalizado, como un texto oral o una narración. La hermenéutica, como disciplina que se preocupa sobre todo de la elucidación y comprensión de textos, asimismo puede concebirse como el estudio de los procesos de comprensión y de su correlato, que son los procesos de producción de sentido. En términos estrictos, producir sentido es tanto emitir un mensaje como recibirlo o leerlo y comprenderlo. Entender es comprender siempre de una forma nueva y diferente; es interpretar. Por ello, toda comprensión es una aplicación del sentido implícito, no explícito, en el texto. El jurista comprende un sentido de la letra de la ley a partir de una situación y un caso presente, histórico y vivencial, no en el vacío. La aplicación del conocimiento histórico es conocer los cambios que la ley misma ha sufrido a partir de su definición y aplicación original. Es también comprender los cambios en sus diversas aplicaciones, las cuales tendrán inclusive un efecto para los casos presentes. Empero, la hermenéutica jurídica no sólo es histórica, sino que también trata de evaluar cómo, habiendo llegado hasta el presente, la ley puede entenderse y aplicarse en instancias específicas. El jurista se preocupa por la ley misma, pero debe determinar su contenido normativo como un sentido o una aplicación de una comprensión referida a casos y situaciones específicas. Para poder hacer esto, necesita tanto del conocimiento de la historicidad de la ley como de la fresca que su uso le puede permitir dentro de los conocimientos sociales que le rodean. El jurista busca descubrir la idea legal de la ley, ligándola con el presente. En ningún caso la interpretación es simplemente un uso arbitrario. Comprender, interpretar y aplicar, una vez más y en todo caso de la actividad humana dentro del mundo del sentido, son fases de un mismo proceso, del dilucidar un sentido textual válido.

Ignorancia de la ley. Con la máxima *ignorantia iuris neminem excusat* ha ocurrido algo particularmente notable. La singular persistencia de esta máxima ha llevado a gran parte de la doctrina a considerarla una necesidad “lógica” inherente a todo orden jurídico. Con *ignorantia iuris* los juristas se refieren, en general, al desconocimiento del derecho o de ciertos hechos jurídicamente relevantes y no sólo a la ignorancia de la ley. Su propósito es mostrar casos en los cuales la pretensión de “aplicación inexorable” del derecho puede ser vencida, casos en los cuales la ignorancia puede representar una excepción, una defensa o una causa de justificación. Este es el sentido y alcance que tal doctrina tiene en las fuentes romanas. Para la dogmática (fundamentalmente constitucional), la ignorancia del derecho es “inexcusa-

ble”, toda vez que el sujeto, en tanto miembro de la comunidad jurídicamente constituida, tiene el deber de conocer el derecho de la comunidad a la que pertenece. Este presupuesto parece razonable cuando la comunidad pone los elementos apropiados para que este conocimiento sea posible. Este presupuesto no toleraría “leyes secretas”.

El constitucionalismo moderno, al hacer suya esta reformulada máxima, le atribuye una nueva justificación, y con ella nueva connotación. Mediante el dogma de la representación o sanción parlamentarias (consecuencia de la doctrina de la soberanía) o a través de la idea de la certeza de la publicación, detrás de esta nueva enunciación subyace uno de los reclamos más preciados de la revolución liberal, a saber: la igualdad ante la ley. Si todos los hombres son iguales ante la ley, nadie puede ser excusado de su cumplimiento. Una excepción de este género equivaldría a un privilegio.

Igualdad jurídica. La idea de la igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales: *a)* como un ideal igualitario, y *b)* como un principio de justicia. Estos dos aspectos de la idea de igualdad aparecen en la noción de “garantía de igualdad”, propia de la dogmática constitucional. El principio de la igualdad jurídica significa que en las relaciones jurídicas, no deben hacerse diferencias de trato sobre la base de ciertas consideraciones bien determinadas (por ejemplo, la raza, el credo religioso, la clase social, etcétera). Este es un aspecto importante en la idea de la igualdad jurídica, si el orden jurídico contiene una fórmula que proclama la igualdad de los individuos. Pero, si no se precisa qué tipo de diferencias no deben hacerse, entonces la fórmula de la igualdad jurídica sería normativamente superflua. Establecer la igualdad jurídica significa que las instituciones que crean y aplican el derecho no pueden tomar en consideración, en el trato de individuos, diferencias excluidas por el orden jurídico. Los órganos de aplicación sólo pueden tomar en consideración las diferencias “aceptadas” o “recibidas” por las normas de un orden jurídico. El ideal igualitario se mantiene prácticamente inalterable desde la formulación de los estoicos. Su postura básica era: “vivir con arreglo a la naturaleza”. Entre la naturaleza y la naturaleza humana hay una adecuación moral fundamental. La naturaleza racional del hombre le impone a éste, actuar de conformidad con la *recta ratio* común a todos los hombres.

Injusticia. Del latín *iniustitia*. El problema de la injusticia reviste especial importancia para el ámbito jurídico por tres cuestiones principales que se encuentran íntimamente relacionadas, a saber: *a)* el problema de la posibilidad de determinar la existencia de una norma injusta; *b)* la justicia como finalidad del derecho, y *c)* el problema de la invalidez jurídica de la norma injusta.

La doctrina iusnaturalista establece la posibilidad de determinar la aparición de la injusticia de la norma jurídica a través de dos fórmulas: *a)* como

apreciación objetiva del sujeto, y *b*) la apreciación puramente subjetiva, merced de un instinto o sentimiento humano que permite al hombre reconocer la norma injusta ahí donde la hay. La injusticia resulta la negación del derecho mismo, al ser la antítesis del fin primordial de éste. Entonces, el orden jurídico que contiene la injusticia es un orden que se niega y se invalida, perdiendo por este hecho la obligatoriedad.

Para el positivismo jurídico, el problema de la injusticia pertenece al mundo de la ética y la filosofía. Carece de valor alguno para el derecho, el cual no puede tener como objeto sustancial un elemento metafísico. Menos aún puede otorgarse como fundamento de validez, la cual en todo caso deriva fundamentalmente de procedimientos formales, a través de los cuales se crea la norma de derecho.

Interpretación jurídica. Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica consiste en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: *a*) la adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados, y *b*) la adscripción de un cierto significado al discurso jurídico. Por ejemplo, como ocurre con las leyes, Constituciones, tratados.

Los actos legislativos y judiciales, las reglas, definiciones, o clasificaciones de la jurisprudencia no son derecho (como lo son las disposiciones que impongan deberes o que confieran facultades). Son reglas para *entender*, para *leer*, el derecho. Constituyen la doctrina (el aparato semántico) del derecho positivo. La *iurisprudentia* no es derecho romano, es la *sciencia* (de interpretación) del derecho romano. La jurisprudencia pontificia es el metalenguaje del derecho romano; el conjunto de reglas, definiciones, clasificaciones, que nos permiten una lectura jurídica del derecho.

La interpretación orgánica o positiva aparece como el acto de significante, mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del derecho. El jurista selecciona la base empírica y lo “ordena”, constituyendo un todo “sistemático” y “consistente”, *de conformidad con los cánones recibidos de la profesión jurídica*.

La interpretación dogmática *recibida* constituye la *doctrina aplicable* a dicha institución. La aplicación de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman dicha institución.

Existe un “círculo hermenéutico” que se constituye en el ámbito de la relación entre texto e intérprete, por un lado, y entre el intérprete y el “todo”. En el caso del derecho, el “todo” se compone no sólo por la totalidad de dis-

posiciones que forman el orden jurídico, sino también por las reglas y principios que constituyen la doctrina aplicable al orden jurídico en cuestión. El intérprete dispone así, de una “anticipación de sentido”, la cual guía nuestra *comprensión*. El intérprete tiene una *arché* (una historia) y un *telos* (fin) que debe compatibilizar.

Investigación jurídica. Es el estudio original y sistemático de los fenómenos normativos con el propósito de construir conceptos, principios e instituciones, que puedan servir de base a la solución de los problemas jurídicos todavía no resueltos de manera satisfactoria. La cuestión relativa a la existencia de la investigación jurídica se encuentra estrechamente relacionada con la posibilidad de una ciencia del derecho, lo que se ha discutido de manera constante no sólo por tratadistas de otras disciplinas, inclusive de carácter social, sino también por los mismos juristas que en muchas ocasiones han tenido serias dudas sobre el carácter científico de sus estudios.

Existen tres etapas progresivas en la investigación jurídica: *a)* el preseminario: puede realizarse por conducto de un curso introductorio de técnicas de la investigación jurídica; *b)* el seminario: es un centro permanente de estudios y que en la actualidad se limita, en la mayoría de los casos, a auxiliar a los alumnos para la preparación de las tesis de licenciatura y, en ocasiones, de maestría y doctorado, y *c)* institutos de investigación. Es la etapa más elevada que implica la realización de una actividad académica profesional. No puede efectuarse sin la preparación de personal técnico especializado. Tampoco puede realizarse sin contar con el auxilio indispensable de un centro de documentación, el cual debe incluir una biblioteca, así como acervos legislativo y jurisprudencial, debidamente clasificados y catalogados.

Jurisprudencia. En el marco de la teoría jurídica, la “jurisprudencia” se asocia directamente a dos escuelas metodológicas de derecho del siglo XIX. La escuela de la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la jurisprudencia de intereses. Se trata de escuelas de pensamiento jurídico surgidas a partir de las relaciones de profesor-discípulo originadas en Alemania, de corte anti-exégeta que proponían una manera distinta de comprender el derecho romano. La jurisprudencia de conceptos sucedió a la escuela histórica alemana y planteó al derecho como una disciplina científica autónoma y a su discurso como uno científico-universitario. En esta escuela, el derecho se concibió como una unidad lógico-formal plena, de modo que sostenía que los casos concretos podían resolverse al subsumirlos en conceptos abstractos y generales (aplicando la lógica deductiva) descubiertos por el científico del derecho, cuya labor principal era descubrir los conceptos y dogmas básicos del derecho alemán. La jurisprudencia de intereses surgió como una reacción al formalismo academicista de la jurisprudencia de conceptos y se centró en

la reconceptualización de la dogmática con un enfoque práctico fundamentado en la identificación actual de las necesidades o intereses sociales y económicos para proteger efectivamente los valores sociales en la interpretación del derecho.

Cuando se habla de la jurisprudencia como ciencia del derecho, se hace referencia a la actividad que realizan los juristas cuando estudian, discuten, describen y explican el contenido del derecho positivo, cuya finalidad radica en sistematizar u organizar mediante conceptos y categorías las normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo determinados. Cuando se habla de la jurisprudencia como fuente del derecho se habla de la forma en la que la ciencia del derecho, al sistematizar nuestro derecho positivo, ha explicado (para fines doctrinales) cómo y de dónde surgen algunas normas jurídicas.

Ciertamente, la doctrina ha empleado la palabra “jurisprudencia” en diferentes sentidos y no es extraño encontrarla en textos donde se le emplea como: ciencia del derecho, fuente del derecho, norma jurídica equiparada, acto jurisdiccional colegiado, interpretación, complemento del ordenamiento jurídico, actualización de la legislación vigente, entre otras.

Justicia. Del latín *iustitia*, que a su vez proviene de *ius*, que significa lo “justo”.

Generalmente, es aceptada la definición de justicia que da Ulpiano: “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo”. Esta definición contempla la justicia como una virtud moral. La cual para ser realizada supone un discernimiento acerca de lo que es suyo de cada quien. El derecho es la ciencia que tiene como objeto discernir lo justo de lo injusto. Le interesan, por tanto, no la justicia como virtud moral o de la voluntad (esto es asunto de la ética y de las ciencias de la educación), sino los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento. Por eso, resulta más claro del contenido y el objeto de esta disciplina el nombre de jurisprudencia que el derecho.

La discusión acerca de si la “justicia” es o no el fin propio del derecho, en el fondo, se reduce a la discusión acerca de si es posible contar con criterios objetivos, independientes de la voluntad del legislador o del juez para conocer lo que es justo e injusto en situaciones concretas. La justicia como criterio racional de lo justo y lo injusto suele dividirse en tres grandes clases: justicia legal, justicia distributiva y justicia conmutativa. La justicia legal o general se refiere a las relaciones de la sociedad con los individuos, desde el punto de vista de lo que éstos deben a ella. Bajo su ámbito se incluyen tanto las cuestiones sobre lo que los ciudadanos deben a la sociedad (como los impuestos o servicios obligatorios) y los deberes de los gobernantes con la sociedad (lealtad, promoción del bien común, entre muchos). La justicia distributiva regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciu-

dadanos respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien común. Mira, al igual que la justicia legal, la relación entre sociedad e individuo, pero lo hace desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad. Por ejemplo, el derecho a los satisfactores mínimos, vivienda, alimentación, educación, vestido, etcétera. Estas dos especies de justicia atienden a conseguir una igualdad proporcional o geométrica, o sea, a seguir el criterio de tratar desigual a los desiguales. Expresan relaciones de subordinación (justicia legal) o de integración (justicia distributiva). La justicia conmutativa es la que rige las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad, como lo son las relaciones contractuales. Atiende al criterio de trato igual a los iguales. Algunos autores han pretendido añadir una nueva especie, la “justicia social”, la cual miraría a la repartición de la riqueza entre los miembros de la sociedad. Esta clase de justicia en realidad se refiere a relaciones contempladas por la justicia legal o por la justicia distributiva.

Justicia social. Por justicia social se entiende el criterio que rige las relaciones entre los individuos y la sociedad, sea considerando el punto de vista de los derechos de la sociedad (justicia legal o general), sea considerando el punto de vista del derecho de los individuos (justicia distributiva). Esta justicia social se opone a la justicia particular o privada que rige las relaciones de intercambio de bienes entre los particulares. La justicia, en general, define lo que a cada quien le corresponde en sus relaciones con otras personas o la comunidad. Habrá tantas clases de justicia como clases de relaciones. En una sociedad pueden darse sólo tres tipos de relaciones: del individuo con la comunidad; de la comunidad con los individuos o de los individuos entre sí.

La distribución de la riqueza entre los miembros de la sociedad se rige, siguiendo la clasificación tradicional de tres tipos de justicia: por la justicia distributiva, en cuanto ella prescribe lo que cada individuo puede exigir del bien común repartible; por la justicia legal se entiende aquel orden que distribuye las cargas con que cada quien ha de contribuir para la consecución del bien común, y por la justicia social

Lagunas del derecho. En la literatura jurídica se entiende por “laguna del derecho” a la circunstancia en que dentro de un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica (caso, controversia). A esta situación se enfrentan los órganos jurídicos aplicadores cuando no existen disposiciones directamente aplicables a cuestiones de su competencia. Por ejemplo, cuando se enfrentan a situaciones “no previstas”. El requerimiento dogmático que el derecho debe proveer a cualquier cuestión jurídica deriva de la misma concepción del orden jurídico como sistema que clausura controversias reales o potenciales a través de la función integral de la actividad judicial. La noción de laguna del derecho no sólo alude a la existencia de casos previstos, sino a sus formas de resolución.

Legislación. Del latín *legislatio, legislationis*. Se ha denominado “legislación” al conjunto de leyes vigentes en un lugar y tiempo determinados. Sin embargo, existen otros significados que también se adscriben al término “legislación”. Entre los cuales están los siguientes: *a)* para designar globalmente el sistema jurídico de una región o país; *b)* para referirse al derecho codificado y distinguirlo de las otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia, costumbre o doctrina; *c)* para referirse al procedimiento de creación de las leyes y decretos; *d)* para significar la agrupación de textos legales, promulgados de acuerdo con un criterio metodológico y que ofrecen compilaciones o colecciones; *e)* para reunir las leyes atinentes a una especialidad del derecho, por ejemplo, legislación administrativa y legislación de emergencia, y *f)* para describir la función desarrollada por el órgano legislativo del poder público.

La actividad legislativa se concreta en la elaboración de normas jurídicas. La doctrina ha reconocido dos aspectos inherentes a la legislación. Un aspecto formal se refiere a la exigencia de formular clara, inequívoca y exhaustivamente los preceptos contenidos en las leyes. Otro aspecto, el material, consiste en la ordenación de las instituciones que tienden a solucionar y satisfacer congruentemente los conflictos.

Lenguaje jurídico. El lenguaje jurídico es el conjunto de términos y expresiones que denotan principios, preceptos y reglas a las que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil. La función de este léxico es sintetizar los conceptos básicos en los que se sustenta la experiencia y el saber metódico acerca del derecho. Su finalidad es la univocidad semántica, la economía léxica y la precisión conceptual o claridad entre los expertos. Uno de los rasgos principales del lenguaje del derecho es su prescriptividad, característica necesaria para regular la conducta humana en determinado orden social. El lenguaje prescriptivo está constituido por las normas jurídicas y principios que permiten regular un determinado comportamiento.

Desde el punto de vista lógico, es necesario diferenciar el lenguaje del derecho, o lenguaje legal, y el lenguaje de los juristas. Así, el lenguaje del derecho es aquel mediante el cual el legislador enuncia la norma jurídica. Mientras que el lenguaje de los juristas es aquel que emplean los especialistas que hablan del derecho.

Ley. Del latín *lex*, que, según la opinión más generalizada, se deriva del vocablo *legere*, que significa “que se lee”. Una ley es todo juicio que expresa relaciones generalizadas entre fenómenos. En este sentido, el significado del vocablo comprende tanto las leyes causales o naturales, las leyes lógicas y matemáticas como las leyes normativas. Por “ley normativa” se entiende todo juicio mediante el cual se impone cierta conducta como debida. Es característica de la ley normativa la posibilidad de su incumplimiento, es decir, la

contingencia (no necesidad) de la relación que expresa y la realidad. Presupone la libertad de quien debe cumplirla y, en consecuencia, es reguladora exclusivamente de la conducta humana. Las leyes normativas tienen como fin provocar el comportamiento que establecen como debido, y no el de expresar relaciones con fines práctico-explicativos ni del correcto razonar. Son leyes normativas las morales y las jurídicas.

Kelsen ha distinguido entre ley natural y ley jurídica. Él indica que la primera está basada en el principio de causalidad, y la segunda en el principio de imputación.

Tomás de Aquino en la *Summa Teológica* definió la ley como aquella regla y medida de los actos que induce al hombre a obrar o le retrae de ellos. Es cierta prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad. El Aquinate afirmó la existencia de cuatro tipos de leyes: *a)* ley eterna: es la sabiduría divina que dirige toda acción y todo movimiento; *b)* ley natural: es la participación de los seres racionales en la ley eterna mediante la impresión de ésta que Dios ha hecho en la mente humana; *c)* ley humana: se compone de las soluciones prácticas, concretas y particulares que obtiene el hombre partiendo de los principios evidentes de la ley natural, y *d)* ley divina: es la ley, superior a las leyes natural y humana, que regula los actos del hombre en orden a su fin trascendente. Francisco Suárez explica que la ley debe reunir tres condiciones extrínsecas, que son: generalidad, tender al bien común y su imposición por el poder público. Asimismo, deben presentarse cuatro condiciones intrínsecas: justicia, posibilidad de su cumplimiento, adaptación con la naturaleza y costumbres del lugar, permanencia y publicación. En la actualidad, la doctrina ha utilizado dos acepciones del concepto ley jurídica: 1. Ley en sentido formal, que atiende al órgano y al procedimiento seguido para su creación. 2. Ley en sentido material, que se refiere a las características propias de la ley sin importar el órgano que la hubiere elaborado ni el procedimiento seguido para su creación.

Ley natural. La definición más común y conocida de la ley natural es autoría de Tomás de Aquino, quien la conceptúa como: *participatio legis aeternae in rationali creature* (participación de la ley eterna en la criatura racional). Esta definición cuenta con la existencia de un Dios creador y legislador que al crear al hombre, en congruencia con su naturaleza, se imponen unos fines a los que debe tender. Aunque el concepto de ley natural es materia de la filosofía moral, se vincula con el derecho por sus disposiciones que enuncian deberes de justicia, y que constituyen lo que se conoce como “derecho natural”. La ley natural es universal en el espacio e inmutable en el tiempo, pues emana de la naturaleza humana de la que participan todas las personas de toda época.

El derecho natural es ley natural, pero ésta no es sólo derecho natural, sino también norma de todo el orden ético. La ley natural no la constituyen mandatos divinos, como muchos tienden a pensar, sino juicios deónticos de la razón, enunciados como norma vinculante, que expresan deberes que se fundan en previos juicios axiológicos. Los juicios deónticos se realizan conforme al principio “debe hacerse lo bueno y debe evitarse lo malo”. Estos juicios son propios de la estructura psicológico-moral del ser humano, aunque los factores culturales influyan en el conocimiento de la naturaleza humana.

Con el derecho natural racionalista se abre el paso a diversas concepciones del derecho natural laico, en el que ya no se habla de Dios. Grocio llegó a sostener que, si Dios no existiera o no se ocupara de las cosas de los hombres, de todas formas el derecho natural conservaría su valor. Son estas elaboraciones del derecho natural laico, junto con la doctrina clásica del derecho natural cristiano, las que han llegado con vigencia hasta la actualidad, con un fuerte impulso durante los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como un medio para cuestionarse sobre la justicia o injusticia de las leyes y normas positivas.

Ley supletoria. Es la aplicación supletoria o complementaria de una ley respecto de otra. La supletoriedad puede ser la categoría asignada a una ley o respecto de usos, costumbres y principios generales del derecho. No procede, sin embargo, la costumbre derogatoria, ya que la supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones de forma que se integren con principios generales contenidos en otras leyes. Este segundo aspecto es común entre las leyes especializadas y los códigos, ya sea que dichas leyes hayan sido parte integrante de un código, como el de comercio, o que reglamenten un aspecto del código.

Aunque la supletoriedad de usos, costumbres y principios procede en cualquier instancia, siempre que no afecten el orden público, la supletoriedad de leyes generalmente se aplica mediante referencia expresa de un texto legal que la reconoce. De esta manera, el artículo 2o. del Código de Comercio asigna como fuente supletoria el derecho común. La supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente en leyes de contenido especializado con relación a las leyes de contenido general.

Liberalismo. Es la concepción filosófica proyectada a la política y a la economía, caracterizada por exaltar el predominio de la libertad como valor supremo de la existencia humana y principio fundante de la convivencia social. El liberalismo surge como concepto emergente del cambio de paradigma que se genera en la Europa posrenacentista a partir de las profundas transformaciones suscitadas en el campo de la astronomía (heliocentrismo), filosofía

(racionalismo), religión (protestantismo) y política (contractualismo), que se resume en el camino que discurre desde la visión teocéntrica, expresión del medioevo, hacia la visión antropocéntrica que caracteriza a la modernidad.

El liberalismo destaca como atributos definitorios del hombre, centro y medida del universo, la individualidad, la racionalidad y la libertad, construye una interpretación de la realidad (Descartes), del accionar individual (Kant) y de convivencia (Locke) a partir de dichos atributos.

En su expresión concreta, el liberalismo se proyecta sobre la política y la economía e inspira —en ambos campos— sendos procesos revolucionarios que se expresan, respectivamente, en el régimen político republicano (triumfante frente a la monarquía absoluta) y en el capitalismo (triumfante sobre el sistema artesanal de producción).

Licitud. Es la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas. Puede ser sinónimo de la juridicidad, si se le quita al término licitud su connotación de cumplir con la moral además del derecho; de justicia, si se estima que ésta y el derecho tienen la misma esencia. Los actos de sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico. Tradicionalmente, se dice que un acto está sancionado porque es ilícito. La ilicitud es una de las condiciones de la sanción, por lo que la licitud es la conducta que no la provoca.

Lógica jurídica. La lógica jurídica ha sido caracterizada como la disciplina de la lógica en su aplicación en la ciencia jurídica. El objeto de aplicación de esta lógica es una disciplina teórica. Sin embargo, el campo de la lógica jurídica ha experimentado cambios y progresos muy importantes en los últimos tiempos, a partir de trabajos como el de G. H. von Wright de 1951 titulado *Deontic Logic*. Este ensayo fue una semilla de lo que ahora se conoce como “lógica deontica”, es decir, la lógica que se da entre expresiones en las que ocurren esencialmente palabras normativas como obligación, permisión, prohibición, etcétera. En el sistema de Von Wright, la noción de permisión es una de carácter primitivo y en relación con ella se definen las nociones de prohibición y obligación.

Todos los intentos de lógica deontica hechos hasta la fecha pueden considerarse muy fructíferos, por lo que respecta al establecimiento de las condiciones que deben llenarse para tener una descripción consistente de normas o un conjunto consistente de normas. Sin embargo, permanece el problema de que los derechos positivos no son conjuntos normativos que satisfagan las condiciones de consistencia establecidas por las diversas lógicas deonticas. Por lo tanto, sus funciones, su utilidad y la necesidad teórica de su existencia son temas abiertos a discusión.

Modalidad o modalización. Desde que una norma jurídica puede ser defendida como la modalización deóntica de una conducta (o, mejor, de la descripción de una conducta; por ejemplo, “obligatorio detenerse”) la modalidad o modalización se convierte en un tema fundamental de la teoría del derecho. Si el derecho es un discurso que existe en un lenguaje, entonces las modalizaciones revisten la mayor importancia para la interpretación del lenguaje del legislador, pero también incluso para el de las partes en un proceso, o bien, para el análisis del lenguaje de los funcionarios. La modalidad o modalización debe estudiarse en su referencia con la categoría gramatical de modo, que se realiza por flexión del verbo o su modificación sobre la base de auxiliares. Si se toma como un sinónimo de “modo”, la modalidad define el carácter (aserción, orden o interrogación) de la oración gramatical. Se consideran también “modalidades lógicas” a las maneras de asumir el predicado de una oración (verdadero, contingente o probables) expresadas, a su vez, por los auxiliares de modo o su ausencia. La división de Von Wright propone, además de las modalidades epistémicas y deónticas (que corresponde a los tipos de Jespersen), la alética y la existencial. Fue Rescher quien extendió el sistema dentro de la corriente lógica, ya que le agrega las modalidades temporales (es, puede ser, “algunas veces”, “casi siempre”, “siempre el caso que «p»”). Las modalidades deseables (se espera, desea, teme, pide que «p», a veces «pX»), las evaluativas (es una cosa buena, maravillosa, mala que «p») y las causales (el estado de cosas nos hace prever, permite que, hace que «p»). Por otro lado, la teoría de los actos del habla que derivan de Austin es un buen recuadro para la discusión del modo y la modalidad. Fue Searle, sin embargo, quien la desarrolló más ampliamente en cinco categorías básicas que llamó actos ilocutivos.

Moral pública. Estándar o criterio que se identifica con ciertos principios, creencias y usos considerados por una comunidad histórica determinada como valiosos y/o convenientes para garantizar la convivencia social. El concepto de “moral pública” suele relacionarse (en la literatura y en la normativa jurídicas) a otras nociones como “decencia pública”, “honestidad pública”, “pudor público”, “decoro público” o “buenas costumbres”, utilizados para ponderar el grado de juridicidad de determinadas conductas humanas.

Es posible reconocer los siguientes criterios de caracterización de la “moral pública”: *a*) criterio de la moral dogmática: se caracteriza por formular una doble asimilación: análoga la moral con los contenidos de un dogma o doctrina preestablecidos (normalmente de carácter religioso) y análoga las exigencias morales de la conducta social con la correspondiente al comportamiento individual. Este criterio se ubica preferentemente en la dimensión del “deber ser”; *b*) criterio de la moral del mercado: considera que la moral pública es un producto segregado por el funcionamiento autorregulado de la

sociedad, de modo que las conductas dotadas de generalidad son las conductas paradigmáticas. Este criterio se instala en el reino de la realidad. No recomienda, sino que observa comportamientos y los acepta, dado que expresan las relaciones de poder obtenidas en una arena supuestamente competitiva; aquí lo que “debe ser” es lo que “es”. Por esto, suele ser voluble; *c*) criterio de la moral-ambiente: combina (en proporciones variables) ciertos principios “fijos”, virtualmente inmodificables, con las adaptaciones cambiantes que (por vía interpretativa) impone la sociedad. El criterio de la moral-ambiente también se ubica en el terreno de la realidad, pero no pierde por ello el sentido crítico en torno a las prácticas que considera inconvenientes para el mantenimiento de la convivencia organizada. Es un criterio intermedio entre los dos anteriores y por tanto sus pautas aceptan un grado apreciable de flexibilización.

Neuroderecho. Es la interdisciplina encargada de estudiar la regulación jurídica de la investigación en neurociencias y su aplicación al derecho (derecho de las neurociencias). Se encarga de regular la forma en que las neurociencias pueden auxiliar a la práctica jurídica (neurociencias auxiliares del derecho) y los correlatos neurológicos que intervienen en los procesos cognitivos y comportamentales de los operadores jurídicos. El término original en inglés *neurolaw* es polisémico, ya que con él es posible referirse: 1) “al derecho de las neurociencias”, es el encargado de la regulación de la investigación y uso de la neurociencia, y 2) “la neurociencia del derecho”, entendida como la aplicación de las neurociencias para la comprensión de la conducta jurídica, incluso la toma de decisiones de los jueces. Sin embargo, *neurolaw* presenta algunas dificultades tanto por razones semánticas, como epistémicas.

Más allá del estudio del funcionamiento pragmático de los operadores jurídicos, las neurociencias abren la posibilidad de hablar de filosofía jurídica experimental de modo semejante a lo que sucede actualmente con la filosofía experimental en general. Probablemente también sea posible hablar de neurofilosofía jurídica, cuyo objeto sería el estudio de las bases neurológicas que subyacen a los procesos de construcción teórica en el derecho y la forma en que esas teorías determinan lo que se puede ver como real en el mundo jurídico.

Norma jurídica. El término “norma” proviene del latín *norma* que se refiere a un instrumento, una escuadra, que sirve para trazar una línea o un ángulo. En el lenguaje común, la palabra “norma” es sinónimo de “regla de conducta”. Respecto a la función se utiliza el adjetivo “normativo” para indicar el fin prescrito; respecto del contenido, la tipicidad del comportamiento se usa el adjetivo “normal”.

El concepto de norma jurídica ocupa un lugar central en la ciencia y la filosofía del derecho. Los juristas suelen entender al derecho como un sistema o conjunto de normas. Sin embargo, no existe acuerdo entre los teóricos sobre lo que son las normas, algunos las consideran el sentido de un acto de voluntad (Kelsen), para otros son directivas o mandatos (Austin) y para otros más son prácticas sociales (Hart).

Una norma es un acto de voluntad, que tiene una propiedad específica que es la validez. La validez es la existencia específica de una norma que constituye su fuerza obligatoria. Las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, mientras que los mandatos son la expresión de la mera intención subjetiva de quien los formula. Que un juicio de “deber ser” sea una norma válida, dependerá de que quien lo formula esté autorizado para hacerlo por otra norma que a su vez sea válida.

Normas sobre la producción jurídica. Son aquellas que contienen y regulan las fuentes del derecho, es decir, son las normas que prevén los mecanismos de innovación, reproducción y extinción normativa en el interior del sistema jurídico. Su objeto no es regular la conducta humana directamente, sino que se refieren a otras normas jurídicas. El hecho de que dentro del ordenamiento existan normas que se refieren a otras normas y no solamente a normas de conducta es importante e implica, como ha señalado H. L. A. Hart, el paso del “mundo prejurídico al mundo jurídico”.

También se han denominado metarreglas, normas secundarias o de segundo grado, reglas sobre las reglas, en razón de su función, como de su posición jerárquica respecto al resto de normas. Por lo que hace a su función, estas normas tienen como cometido la modificación interna del sistema en tanto regulan los procedimientos que lleven a la producción, modificación o extinción de normas. Asimismo, contienen los datos suficientes para reconocer que esas nuevas reglas han sido creadas de acuerdo con los criterios de pertenencia al sistema y son por tanto válidas.

Normativismo. El vocablo se usa para referirse a una concepción del derecho según la cual éste consiste principalmente en un conjunto de normas. Muchos críticos contemporáneos han hecho hincapié en que el derecho no sólo contiene normas, sino muchas otras ideas, por ejemplo, definiciones. Otros, quieren incluir en el concepto de “derecho” las prácticas a que este discurso da lugar. De esta manera, el estudio de lo que los juristas hacen sería también objeto de la ciencia del derecho. Desde una posición como ésta, tiene sentido llamar “normativistas” a quienes insisten en que la normatividad caracteriza al derecho, que el objeto de la ciencia jurídica es la descripción de normas, y que el estudio de las prácticas es el objeto propio de la sociología jurídica.

Desde otro punto de vista, se usa el término para referir una posición según la cual las normas válidas son las que han sido producidas por un órgano del Estado autorizado para ello por otra norma superior. Esta posición sería la contraria de la del realismo jurídico, que es la de quienes sostienen que las normas válidas son las que verdaderamente se aplican, es decir, las que son eficaces. Incluso para esta posición tal vez ni siquiera tiene sentido la palabra “validez”.

Orden jurídico. La ciencia del derecho tiene como una de sus tareas la de establecer y determinar los principios o reglas conforme a los cuales un conjunto de normas forman un orden o sistema, pues el derecho se presenta a ella para su consideración no como una norma aislada, sino al constituir pluralidades y conjuntos específicos cuyas relaciones recíprocas deben ser establecidas o definidas. El problema central del concepto de “orden jurídico” consiste en especificar el criterio conforme al cual un conjunto de normas forman una unidad, lo que se consigue a través del concepto de “orden”. Un orden es la unidad de una pluralidad de normas.

Hay un principio general, que puede expresarse inmediatamente: un conjunto de normas, de cualquier especie que sean, forman un orden y pueden ser consideradas una unidad si la validez de todas ellas puede ser referida a una norma específica. Esto es, si existe una norma de la cual dependa la validez de todas las demás normas. Esta norma única recibe el nombre de “norma fundamental”.

Debe destacarse en estos conceptos el carácter abstracto de los mismos, pues ellos sólo determinan un tipo específico de relación entre las normas. Puede afirmarse que entre las normas de un orden se dan muchos otros tipos de relaciones, además del señalado. Sin embargo, la relación de fundamentación, como es posible denominar a la tipificada, es la que determina el concepto de “orden”. Entonces, puede afirmarse que existe un orden normativo, si en un conjunto de normas valen múltiples relaciones de fundamentación hasta desembocar en una última relación de fundamentación, uno de cuyos términos es la norma fundamental.

Política jurídica. Es donde confluyen la filosofía del derecho y la filosofía política, entendida como la técnica de instrumentar, jurídicamente, los ideales políticos; o como la crítica política o ideológica de las instituciones jurídicas vigentes. Ambos aspectos de la política jurídica, no obstante su distinción, se encuentran íntimamente relacionados. No puede estructurarse, atingentemente, una nueva pretensión política si antes no se ha criticado a la institución que la impide. Una crítica jurídica que no desemboque, a mediano o largo plazo, en una nueva propuesta de instrumentación jurídica sería incompleta.

Son tres los niveles del análisis crítico del derecho: con respecto de sí mismo (coherencia), con respecto a la filosofía política que los sustenta (fetichización) y con respecto a la filosofía política misma (ideología). El análisis crítico puede limitarse a cualquiera de los anteriores momentos, pero sólo con la conjunción de todos ellos se puede lograr una visión concreta del derecho. Por último, la crítica jurídica también puede aplicarse a las propuestas de modificación del orden jurídico, y aun a la crítica misma.

Positivismo jurídico. Trasladado al campo de la ciencia jurídica, esta expresión denota una posición filosófica que sostiene que las normas son siempre “puestas”, esto es, producidas y establecidas por una autoridad humana, aun cuando, como en el caso de la costumbre, no siempre pueda señalarse al hombre o los hombres que intervinieron en la creación de esas normas. Lo que caracteriza al positivismo es la afirmación categórica de que no hay otro derecho que el producido por los seres humanos, afirmación que tiene un claro destinatario: el *iusnaturalismo*.

La posición positivista, como la de Kelsen, sostiene que toda interpretación del derecho tiene por objetivo la producción de una nueva norma, como la sentencia del juez. Como toda norma es el resultado de un acto político, de una voluntad de poder, entonces, en la creación de toda norma hay un amplio margen para la arbitrariedad que echa por tierra la pretensión de los juristas que sostienen que hay interpretaciones “correctas”, “científicas” o “verdaderas” del derecho. De modo que un juez podría ser un positivista pero no por ello considerar que no puede “apartarse” de la ley en aras de lo que considera “verdadera” justicia. Para Kelsen, una norma es válida si: *a)* puede decirse de ella que ha sido producida conforme con otra norma superior, y *b)* si es eficaz cuando menos en un cierto grado. Es decir, que para el positivismo jurídico la eficacia es una condición de la validez de las normas. Por lo tanto, Kelsen no dice que las normas son válidas porque las ha producido un órgano del Estado, sino que dice que, si las ha producido, debe constatar su eficacia para poder predicar de ella su validez. El positivismo jurídico se encuentra entre el normativismo absoluto y el realismo absoluto.

Principios generales del derecho. Son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual. Los principios generales del derecho son, de acuerdo con la definición proporcionada, criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación. Por ejemplo, el principio “dar a cada quien lo suyo”. Es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio. Tal criterio es real, tiene entidad,

no como un ser que pueda ser captado por los sentidos del hombre (no como ser sensible), sino como un ser que subsiste en la inteligencia que lo concibe (como ser mental). El fundamento de estos principios es la naturaleza humana racional, social y libre. Ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano. Así, el principio de “dar a cada quien lo suyo” indica el comportamiento que el hombre ha de tener con otros hombres a fin de mantener la convivencia social. Si cada quien tomara para sí lo que considerara “propio” sin respetar lo “suyo” de cada quien, la convivencia civil degeneraría en la lucha de todos contra todos. En tal estado los hombres no podrían desarrollar su propia naturaleza, que es por esencia social. Este ejemplo explica cómo el principio “dar a cada quien lo suyo” se impone como obligatorio: su cumplimiento es necesario (con necesidad de medio a fin) para el perfeccionamiento del hombre y la convivencia pacífica. Como se ve, la obligatoriedad de este principio, al igual que la de todos los otros principios generales del derecho, no dependen del que esté reconocido o sancionado por la autoridad política, sino que es obligatorio porque define un comportamiento que la razón descubre ser necesario al perfeccionamiento del hombre.

Principios jurídicos. Los juristas y los teóricos del derecho utilizan la expresión “principios jurídicos” o “principios generales del derecho” con diversos sentidos. Se puede sostener que las acepciones más significativas son las siguientes: *a*) principio en sentido de norma general: regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; la generalidad aquí se refiere no a la mayor o menor amplitud de los destinatarios, sino a la amplitud de las propiedades relevantes que regulan el caso; *b*) principio en sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; aquí la vaguedad se refiere al uso de lo que se conoce como “conceptos jurídicos indeterminados”, por ejemplo, “abuso de derecho”, “interés jurídico”, “actos contra la moral”, son ambiguos y su aplicación requiere de una ponderación de factores relevantes cuya identidad y posibles combinaciones no resultan anticipables; *c*) principio en sentido de norma programática o directriz, es decir, de norma que estipula perseguir determinados fines; *d*) principio en sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, el artículo 1o. constitucional, y *e*) principio en sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho; señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable e interpretarla.

Ratio iuris. Es la razón o causa de una disposición o institución jurídica. Por ejemplo, cuando se discute una ley, en cuyo caso se habla de *ratio legis* o *mens legis*. La hermenéutica jurídica ve en la *ratio legis* (es decir, *iuris*) el “espíritu” que ha de deducirse de la disposición o instituto respectivo, no de

sus elementos externos. La *ratio iuris* constituye el propósito, el motivo que inspiró el establecimiento de una disposición jurídica específica.

La dogmática racionalista usa la expresión “voluntad del legislador” para referirse a los propósitos o fines de una ley. El racionalismo iusnaturalista fue determinante en la concepción de la *ratio iuris* (o *ratio legis*) dentro de la dogmática moderna. Los órdenes jurídicos son tenidos por justos, coherentes, completos y precisos. Estos atributos de los ordenamientos jurídicos (no verificables empíricamente) son derivados de un modelo de “legislador racional” cuya voluntad (coherente, racional, consistente) es decir, *mens legis* o *ratio legis*, es necesario conocer para interpretar correctamente su obra.

Realismo jurídico. El realismo jurídico es aquella tendencia del pensamiento jurídico que define al derecho como el conjunto de las resoluciones de los tribunales (o de otros órganos ejecutores del derecho) y a la ciencia del derecho como una disciplina que tiene por objeto predecir sus decisiones futuras.

El realismo se ubica dentro de la corriente más amplia del positivismo jurídico. Esta última postura del pensamiento jurídico se compone de las siguientes tendencias importantes: la jurisprudencia analítica (Austin), la teoría pura del derecho (Kelsen), la sociología jurídica (Radbruch, Pound), la lógica jurídica (Von Wright) y el realismo jurídico (Holmes). Este último se descompone, a su vez, en varias corrientes: el realismo escandinavo (Hägesström, Ross) y el realismo norteamericano (Holmes), el cual, asimismo, se subdivide en el realismo valorativo (Cohen), el realismo pragmático (Llewellyn) y el realismo psicológico (Frank).

Regla de reconocimiento. Se trata de un concepto central para comprender la teoría del derecho de H. L. A. Hart, desarrollada en *El concepto de derecho*, libro publicado por primera vez en 1961. Hart explicó que el derecho es un sistema de reglas sociales. Asimismo, establece que todo sistema jurídico se compone de dos tipos diferentes aunque relacionados de reglas: primarias y secundarias. Dichas reglas proporcionan los criterios de orientación y valoración de las conductas en una sociedad.

Las reglas primarias imponen deberes y prescriben acciones u omisiones, mientras que las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias al especificar la manera en la que éstas pueden verificarse, modificarse o eliminarse de manera concluyente. Esto es, confieren potestades públicas o privadas para la creación o modificación de deberes y obligaciones. Estas reglas secundarias son: la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. La regla de reconocimiento es, entonces, una regla secundaria que proporciona los criterios para identificar la pertenencia de una regla al sistema jurídico, o bien adopte la forma de una regla escrita o de alguna

característica que posean las reglas primarias. Por ejemplo, haber sido sancionadas por un órgano estatal específico.

Reglas de clausura. Las llamadas reglas de clausura se refieren a la manera de conseguir que un sistema jurídico sea completo. La regla de clausura, como lo señalan Alchourrón y Bulygin, es la regla que calificaría deónticamente (es decir como obligatorio, prohibido o permitido), todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión. La regla de clausura tiene un carácter supletorio porque sólo se recurre a ella cuando se ha comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión.

El ejemplo más conocido de regla de clausura es la famosa regla *nullum crimen sine lege*, que opera en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Esta regla puede entenderse en varios sentidos: *a*) como requisito de tipicidad; *b*) como una directriz dada a los jueces, de donde se desprende *nulla poena sine lege*, y *c*) como regla de clausura, en el sentido de que todas las conductas no prohibidas por el sistema penal, pueden inferirse como permitidas.

Reglas de derecho. Las normas o reglas constituyen las unidades básicas o componentes últimos de los órdenes jurídicos. En el ámbito jurídico contemporáneo el término “regla” se usa en distintos sentidos. Para Kelsen, las reglas de derecho en sentido descriptivo son formuladas por la ciencia jurídica y son verdaderas o falsas, mientras que las normas jurídicas son establecidas por las autoridades normativas y no admiten valores de verdad. “Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas”.

En el discurso jurídico, en ocasiones, los términos “regla” y “norma” se usan intercambiamente. Algunos autores en función de sus intereses teóricos prefieren usar el término “regla” en lugar del término “norma”, en razón de su alcance: las reglas son necesariamente generales y las normas pueden ser generales o particulares.

Las reglas, en general, son de dos grandes tipos: las reglas descriptivas, que registran regularidades o generalizaciones de carácter empírico, y las reglas prescriptivas que ejercen una presión normativa sobre los individuos.

También existen las “reglas conceptuales” (Alchourrón y Bulygin) que, si bien no guían propiamente la conducta, forman parte de los ordenamientos jurídicos. Estos enunciados no son ni expresan reglas prescriptivas o normas de conducta que prescriben ciertas acciones o actividades, sino que son reglas conceptuales que definen el significado de un término.

Resistencia a la autoridad. Se da resistencia a la autoridad cuando hay un rechazo, por parte de un individuo o una colectividad, realizado fuera de las vías institucionales a un determinado mandato o ley y es consecuencia de la consideración de aquél como injusto. También puede producirse resistencia respecto a todo un sistema político. En ese caso, si la resistencia es activa —con uso de violencia— se habla de una revolución. Es un serio problema de la filosofía del derecho determinar si existe o no un derecho de resistencia a la autoridad. La primera solución (la negativa) se da en las escuelas positivas para las cuales no existe más derecho que el consignado expresamente en las leyes vigentes y las cuales no pueden afirmar el derecho a desobedecerlas. La segunda solución se fundamenta en la idea de que el cambio violento de un gobierno o de su sistema político tiene algo de purificador, de modo que el establecimiento de un nuevo gobierno justifica la violencia empleada. Entre ambas posiciones se sitúa la doctrina *iusnaturalista* católica tradicional. La cual, desde la Edad Media, reconoce el derecho de resistencia a la autoridad cuando se da una ley o mandato injusto en tanto que atente contra el derecho divino, es decir, el derecho natural o ley evangélica. La resistencia activa que tiende a cambiar un gobernante o un gobierno —en la filosofía escolástica se llegó hablar de matar al gobernante, es decir, del tiranicidio— se justifica según esta doctrina cuando se trata de un poder usurpador, por ejemplo, un gobierno impuesto por una intervención militar o cuando se trata de un poder originariamente legítimo que deviene tiránico.

Responsabilidad. La voz “responsabilidad” proviene de *respondere*, que significa, “prometer”, “merecer”, “pagar”. La noción de responsabilidad no es exclusiva del discurso jurídico. “Responsabilidad” se usa en el discurso moral así como en el lenguaje ordinario. El uso moderno en el lenguaje ordinario es más amplio y, aunque relacionado con el significado originario de *respondere* y *spondere*, puede tener otro sentido o alcance. H. L. A. Hart ilustra la “polisemia” y equivocidad de “responsabilidad” en un relato imaginario: como capitán de un barco. Se pueden distinguir cuatro sentidos de “responsabilidad”: *a*) como deberes de un cargo: “es responsabilidad del capitán”. Las responsabilidades como deberes que corresponden a un cargo sugieren la idea de un deber en abstracto y presuponen cierta discrecionalidad; *b*) como causa de un acontecimiento: “la tormenta fue responsable de la pérdida”; *c*) como merecimiento, reacción, respuesta. “Responsabilidad”, en este sentido, significa “verse expuesto a” o “fue encontrado responsable de la pérdida de vidas y bienes”. Este sentido de “responsabilidad” es el que más se acerca a su significado originario (*respondere*), y *d*) como capacidad mental: “fue encontrado responsable de sus actos”.

El tercer significado es el que recoge la dogmática jurídica: un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de

ser sancionado. En este sentido, la responsabilidad presupone un deber (del cual debe responder un individuo). Sin embargo, no debe confundirse con él. El deber o la obligación es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir, es el sujeto obligado. La responsabilidad presupone esta obligación, pero no se confunde con ella. La responsabilidad señala quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento de tal obligación.

Sanción. John Austin señala que esta palabra fue tomada por los romanos de *sagmina*, nombre de una hierba que los embajadores romanos llevaban como marca de inviolabilidad. De esa “inviolabilidad” toma su fuerza esta palabra. En otros casos, “sanción” significa confirmación de alguna autoridad legal, es decir, nombramientos de cargos públicos; así se habla de sanciones reales. “Sanción” también fue usada para hacer referencia de forma general a una ley o a todo un cuerpo legal; así, el significado del *Digesto* es: *totam romanam sanctionem*, el cual es usado para todo el derecho romano. Los teóricos de la sanción tratan de determinar, entre otras cosas, si la sanción es el concepto central o primario del derecho; si la sanción es un elemento interno o externo de la norma jurídica; o si debe ser la sanción una de las notas imprescindibles de toda norma jurídica.

Jeremy Bentham define la sanción como la probabilidad objetiva de que se producirá, como consecuencia del incumplimiento de un deber, un mal o dolor. Para este autor, la relación entre el deber y la sanción es el fundamento de las normas jurídicas: alguien tiene el deber de hacer algo cuando la omisión de esa acción significa incurrir en una sanción. Kelsen afirma categóricamente que la sanción es un elemento interno de la norma y excluye cualquier consideración en relación con elementos extrajurídicos. Bentham, Austin y el segundo Bobbio dieron siempre una definición funcional de la sanción como motivo para la obediencia. No es que Kelsen no considerase importante esa cuestión, sino que para él no debía ser materia de un análisis jurídico sino de uno sociológico o psicológico. Sin embargo, Bobbio, al analizar las tesis kelsenianas, observa —y con razón— que también la definición de Kelsen es una definición funcional, pues admite que “las sanciones están dispuestas en el ordenamiento jurídico para obtener un determinado comportamiento humano que el legislador considera deseable”.

Sistema jurídico. El concepto de “sistema jurídico” se refiere a que las innumerables normas válidas en un país constituyen un conjunto de elementos que mantienen entre sí una relación tal que pueden ser consideradas una unidad. Tal conjunto, entonces, es denominado “sistema jurídico”. Se califica con el nombre del país que se trate: sistema jurídico mexicano, francés, británico, entre otros más. Pero si se pregunta qué es lo que hace que todas esas normas sean un “sistema”, posiblemente la respuesta sea que lo que las

constituye en sistema es el hecho de haber sido dictadas por el mismo Estado, el mexicano, por ejemplo.

Kelsen, pero también otros como Hart, han puesto de relieve el hecho de que las normas se reconocen como tales por el uso de otras normas, denominadas de reconocimiento. Cuando se pregunta por qué hay que usar esas normas, comienza una cadena de preguntas iguales que debe desembocar en una norma fundante según la cual se debe reconocer como normas a las que ha dictado determinado gobierno. Esta norma fundante sería el único punto en el cual podrían converger todas las demás de modo que pudiera hablarse con sentido de sistema jurídico. En efecto, las normas de un país serían un sistema porque en ese país la mayor parte de los habitantes, y desde luego los funcionarios y los miembros de los cuerpos armados, reconocen a cierto grupo de hombres como aquellos cuyas normas deben ser obedecidas. La sistematicidad del derecho pervive porque es una necesidad del ejercicio del poder, y los juristas insistirán en ella en tanto funcionarios de ese poder.

Sistema social. Al hablar expresamente de “sistemas sociales” se hace referencia a un conjunto de fenómenos de la vida social (comportamientos, interacciones, comunicaciones, fuerzas), ordenados y estructurados de una manera determinada. Los antecedentes del uso de la noción de “sistema” en sociología pueden remontarse al pensamiento de Karl Marx y Max Weber. Pero más específicamente a la teoría de la diferenciación social de Émile Durkheim y a su fundamentación del método funcionalista.

En épocas más recientes, el concepto de sistema social se ha vinculado estrechamente al desarrollo de la llamada “teoría de sistemas”, que más que una teoría en sentido propio, es un programa teórico, interdisciplinario, fundamentado por una particular perspectiva epistemológica, describe fenómenos de todo tipo como resultado o como proceso de interdependencia organizada o estabilizada. Resulta evidente que el derecho puede describirse en términos sociológicos como un sistema que, por ejemplo, contribuye a la integración social o que generaliza y estabiliza expectativas normativas. Existe, pues, un concepto sociológico del sistema jurídico, distinto del usado por los juristas para referirse a un determinado conjunto de normas o a una cierta construcción dogmática. En todo caso, posee mayor afinidad con el concepto de sistema jurídico (*legal system*) en el *common law*. Aquí, por influencia del realismo jurídico y de la llamada “jurisprudencia sociológica”, el concepto se aplica a un complejo de instituciones y procedimientos dedicados a la administración del derecho.

Sociología jurídica. La sociología es una ciencia cuyo objeto es el estudio de los procesos sociales, como su nombre lo indica. Y el objeto de la “sociología jurídica” ha sido definido de diversas maneras, como “el derecho de la

sociedad”, o “el derecho y la sociedad” o “el derecho viviente” y otras expresiones. Sin embargo, la lectura de todos los autores que definen así o de manera parecida a esta ciencia, arroja como resultado que es posible usar la expresión “causas y efectos de las normas” como un denominador común de los temas a los que se refieren con esas expresiones. La sociología jurídica intenta encontrar explicaciones acerca de por qué las normas positivas de un país establecen algo en particular y no otra cosa. Tales explicaciones se encuentran en las relaciones sociales que constituyen el “medio”, “contexto” o “entorno” en que se producen esas normas. Se advierte rápidamente que la explicación dependerá del concepto de *relación social* que acepte el jurista sociólogo. Inmediatamente se pueden vislumbrar las dificultades a las que se enfrenta, por ejemplo, al considerar que los constituyentes son hombres que han plasmado allí sus ideales. El principal problema consiste en que la producción de un discurso como lo es la Constitución, no puede sino ser producto de la ideología de los hombres que lo produjeron. Por lo tanto, es necesario describir esa ideología y luego mostrar plausiblemente su conexión con las relaciones sociales que deben explicar la característica de ella y su presencia, en ese momento, en la conciencia de los hombres que produjeron la legislación. Posiblemente si la explicación de una norma se redujera al estudio de la ideología de su productor, no fuese una explicación que pudiera ser tenida por “sociológica”. Pero se entiende fácilmente que establecer esta conexión entre norma, ideología y conducta no es algo sencillo. En efecto, el jurista que intente realizar tales explicaciones debe trabajar también con las normas mismas aunque no con el mismo objetivo con que lo hace la dogmática jurídica.

Solidaridad social. El principio de solidaridad se fundamenta en la naturaleza social del hombre y en su dignidad de persona. Por ser el hombre sociable por naturaleza, su perfeccionamiento exige que procure el bien común como un bien de jerarquía superior. Por esto, el principio de solidaridad postula que cada hombre ha de responder por la sociedad de la cual forma parte. Pero la sociedad está hecha para servir a los hombres que la constituyen, cuya naturaleza es ontológicamente superior (es sustancial) a la naturaleza social (que es accidental). Entonces, el principio de solidaridad exige que los hombres realmente encuentren caminos de perfeccionamiento personal en la realización de sus quehaceres sociales y que la sociedad responda por cada uno de sus miembros. Este principio expresa una armonía entre el recto amor propio y el recto amor social. Dicha armonía es el recíproco condicionamiento entre la naturaleza social del hombre y su calidad de persona, entre el bien particular y el bien común, entre el interés individual y el interés colectivo. En cuatro aspectos se manifiesta el principio de solidaridad: como principio ontológico, como principio jurídico, como principio de virtud y como princi-

pio de interés. Como principio deontológico expresa la ya mencionada recíproca vinculación y dependencia del individuo con la sociedad.

Subsidiariedad. Del término latino *subsidium*, que significa ayuda, remedio, reserva, el principio de subsidiariedad aplicado a la sociedad significa que las organizaciones sociales mayores, especialmente el Estado, han de intervenir, en forma auxiliar y complementaria, para favorecer el desarrollo de las organizaciones sociales menores y de los individuos. Pío XI en su encíclica *Quadragesimo anno* proporciona una clara definición de este principio: “Así como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarla a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del resto del orden social abocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores o inferiores. Toda actividad social debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos ni destruirlos”.

El fundamento del principio de subsidiariedad es la dignidad de la persona humana. Si ésta, por tener un fin trascendental, tiene derechos anteriores al Estado y a cualquier otra sociedad, es necesario que no sea absorbida totalmente por la vida colectiva, sino que la vida social le facilite su pleno desarrollo. Del mismo modo, las asociaciones en que viven las personas para la consecución de determinados bienes útiles o convenientes para el desarrollo de sí mismas, como la familia, la asociación profesional, la comunidad local, etcétera, han de tener libertad para desarrollarse.

Sujeto de derecho. La dogmática jurídica considera sujeto de derecho a aquel que es sujeto de un deber jurídico o sujeto de un derecho subjetivo. Desde este punto de vista, son sujetos de derecho también los titulares de una facultad jurídica, es decir, aquellos que pueden crear o modificar el derecho. Sin embargo, la dogmática limita el uso de la noción “sujeto de derecho” al sujeto de una obligación jurídica y distingue la noción “sujeto de una obligación jurídica” de la de “sujeto de un poder o facultad jurídica”. Este último es más conocido como “órgano de derecho”. Un análisis del concepto “sujeto del derecho” permite observar que éste —como el de persona— son conceptos dogmáticos usados para describir, de forma simple o abreviada, situaciones jurídicas complejas.

Cuando se dice que un individuo crea derecho, o bien, que un individuo ejercita un derecho subjetivo o, en fin, que cumple una obligación, se describe, en lenguaje antropomórfico, la diferencia funcional que existe entre distintos tipos de conducta previstos por el orden jurídico. Al tener en mente esta función, Kelsen sostiene que la noción de sujeto de derecho (como la de órgano) no es un concepto indispensable para la descripción del derecho.

Son (“sujeto” y “órgano”) nociones auxiliares que facilitan su descripción. El orden jurídico es un sistema normativo que regula la conducta humana. Las normas jurídicas prescribirán conductas de ciertos individuos: los sujetos del derecho. Los individuos cuya conducta está regulada por el derecho son los sujetos del derecho. Sin embargo, se debe tener presente que el sujeto de derecho (es decir, la persona) no es el ser humano. Sujeto de derecho es el concepto que designa la conducta o conductas jurídicamente prescritas de ciertos individuos. Así, sujeto de derecho como persona es una expresión que unifica una pluralidad de acciones u omisiones reguladas por las normas jurídicas; constituye un punto de referencia que permite considerar unitariamente un conjunto de derechos subjetivos, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

Teoría del Estado. Para Jellinek la ciencia explicativa del Estado es una ciencia teórica o doctrina del mismo cuyo problema está constituido por el conocimiento de los fenómenos del Estado en todas las direcciones de su existencia.

Jellinek señala que la doctrina del Estado se divide, en: 1) doctrina general del Estado, que se divide, a su vez en dos doctrinas: a) social o sociológica del Estado, y b) jurídica del Estado o del derecho público; y 2) doctrina particular del Estado admite, a su vez, a la: a) doctrina especial que estudia las Constituciones concretas de los Estados en general, y b) doctrina individual: estudia las Constituciones de los Estados en particular.

La doctrina jurídica del Estado es sólo una parte de la teoría general del Estado, entre cuyas distintas divisiones no hay oposición, sino integración y complementación.

De esta manera la teoría del Estado es una ciencia con un mismo objeto de conocimiento y con dos métodos diferentes: uno causal (doctrina sociológica) y otro normativo (doctrina jurídica).

Teoría general de la competencia epistémica legislativa (TEGECCEL). Es la propuesta teórica que pertenece al dominio de la epistemología jurídica aplicada. Su objetivo es medir el grado en que las leyes promueven u obstaculizan la determinación de la verdad de las proposiciones aseverativas de hechos jurídicos (proposiciones jurídicas fácticas). El concepto central de TEGECCEL es el de competencia epistémica, mismo que designa al grado de proximidad de una calificación asignada a una ley con respecto a 0, donde el cero es el grado máximo de competencia epistémica en una escala de números naturales infinita. Para TEGECCEL, la determinación del grado en que una ley promueve la determinación de la verdad en el derecho se obtiene mediante la medición de dos constructos teóricos denotados por los términos “obstáculo epistémico” y “desequilibrio epistémico”.

Por “obstáculo epistémico” se entiende la propiedad de algunas normas jurídicas consistente en dificultar o impedir la determinación de la verdad. Surge como consecuencia de tratar de proteger un valor no epistémico y puede estar o no justificado. Dentro de los obstáculos epistémicos se incluyen: 1) reglas de exclusión de evidencia: a) exclusión de confesiones rendidas ante policías; b) exclusión de confesiones sin conocimiento de los Derechos Miranda; 2) supresión de las facultades del juez: a) falta del soporte de la investigación (carpeta de investigación) por parte del juez; b) restricción a que sólo las partes puedan aportar pruebas; c) prohibición para realizar interrogatorios; d) derecho del acusado a guardar silencio, y e) testigos privilegiados; y 3) *Plea Bargain*. Por “desequilibrio epistémico” se entiende la ventaja epistémica proporcionada por la ley a una de las partes sobre su contendiente en el proceso al aumentar los pesos contra-epistémicos a favor de su contraparte. En la categoría de desequilibrios se encuentran: 1) doctrina del doble peligro; 2) carga de la prueba, y 3) la presunción de inocencia.

Usos sociales. En el sentido de acción o comportamiento humano, “uso” (del latín: *usus*: práctica, experiencia) significa: práctica, costumbre, hábito. Los jurisconsultos romanos aplican la expresión *in uso* para designar a las instituciones jurídicas que gozan de una práctica general, en especial aquellas relacionadas con el proceso civil (por ejemplo, ciertas *acciones*). En un sentido más específico, los jurisconsultos romanos, con *usus* y con la locución *in usu esse*, se refieren a las costumbres y normas jurídicas consuetudinarias. De esta forma, *usus receptum est*, se dice de una forma jurídica que ha sido establecida por la costumbre (*consuetudine*). En este sentido, se habla de *usus loci* (prácticas o costumbres locales), *longaevus usus* (práctica o costumbre observada por largo tiempo), etcétera.

La ciencia jurídica se ha ocupado tradicionalmente de resolver el problema de la distinción entre diversas clases de normas. Generalmente los tipos de normas que intentan distinguirse por el señalamiento de sus notas características que son las llamadas morales, las jurídicas, las religiosas y las convencionales. Estas últimas reciben también el nombre de “usos sociales”, “convencionalismos sociales”. Entre los fenómenos a explicarse se encuentran las reglas de trato social o de cortesía, los preceptos de la etiqueta, las reglas del lenguaje hablado o escrito. Algunos autores, como Stammler, incluyen los preceptos del honor entre caballeros o estudiantes. La moda es considerada a veces parte integrante del fenómeno de los usos sociales. La extensión del concepto no está claramente delimitada. Para Stammler las normas convencionales se caracterizan por su fuente y por su pretensión de validez: los sujetos vinculados deciden sobre la existencia de la norma convencional en cada caso concreto. En un momento dice que son “invitaciones” para una vinculación. Ihering y Somló intentan tipificar a los usos sociales

al atender su origen; Ihering considera que los usos sociales se apoyan en la coacción de la sociedad, mientras que las normas jurídicas se apoyan en la coacción del Estado. Esta opinión supone desconocer el carácter jurídico de las sanciones descentralizadas. García Máynez considera que son unilaterales las normas convencionales, pues no otorgan derechos subjetivos correlativos de obligaciones.

Validez del derecho. La mayoría de los juristas están de acuerdo en afirmar que el derecho es un conjunto de normas. Con base en esta tesis, es común encontrar la expresión “validez” referida a estas normas que en conjunto integran el orden jurídico. Se dice que cada una de las normas que pertenecen a un orden son válidas. De esto se deduce que una norma inválida no es una norma. La validez de un orden normativo consiste en su carácter obligatorio, es decir, en que es un deber ser.

Para Weber, la validez consiste en la afirmación de que de una norma o de un orden es la probabilidad de que sea eficaz.

Por otra parte, Kelsen refiere que la validez es la existencia de una norma. Señala al hecho de que algo, en especial una formulación lingüística en la expresión de un deber ser, dé una norma obligatoria. La formulación lingüística en cuanto tal, no es ni puede constituir el objeto de referencia de la afirmación de la validez de una norma. El sentido o significado de un acto, lingüístico o no, es el que puede ser objeto de la referencia de un juicio que afirme la validez de una norma. Pues una norma es el significado de un acto y no el acto mismo de emitirla o crearla. Si se considera a la norma con independencia del acto de su emisión, como un puro sentido o significado, y se atribuye a este carácter obligatorio de deber ser, entonces puede legítimamente aplicarse el predicado de “validez” de una norma. Esto es lo que significa la afirmación de que “validez” es la existencia “específica” de una norma. Es específica esta existencia, que en algunas otras obras califica de “ideal”, porque se distingue de la existencia que se predica de los fenómenos naturales. Por lo tanto, la invalidez de una norma es una contradicción, pues significa negarle carácter. En síntesis, validez es igual a normatividad, al deber ser.