

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Nada existe, excepto átomos y espacio vacío;
lo demás es opinión.

Demócrito de ABDERA

Si la pregunta central de la filosofía clásica es ¿qué es el ser?, entonces la pregunta central de la filosofía del derecho es ¿qué es el derecho? o —en términos más precisos— ¿qué es el ser del derecho?⁴² En el capítulo anterior se dio respuesta ontológica a la pregunta ¿qué es el derecho? Ahora intentaremos responderla desde la epistemología.

I. EL SER PRECEDE A LA DESCRIPCIÓN

En el capítulo primero establecimos que las entidades existen con independencia del símbolo que las denomina, porque las palabras adolecen de efectos constitutivos; asimismo, se dijo que en el caso del derecho tenemos el ente y contamos el símbolo para nombrarlo; sin embargo, no existe consenso en su significado: es un hecho que existen tantos conceptos sobre el derecho como juristas y escuelas iusfilosóficas. El único consenso es que hay disenso, estudiamos al derecho, lo ejercemos, lo utilizamos, lo interpretamos, lo valoramos, lo obedecemos, en ocasiones también lo omitimos, lo desaprobamos o lo violentamos, desplegamos miles de conductas en torno a él, pero a pesar de ello, no se ha logrado construir una definición universalmente aceptada que lo defina; ello nos conduce a un primer objetivo: definir al ser, porque ¿cómo podemos intentar definir al derecho si *a priori* desconocemos al ser?

⁴² En el apéndice referimos que en el paradigma ontológico propuesto por Herbert Schnädelbach el objeto de estudio de la filosofía clásica es el ente, el propósito, encontrar su verdad; paralelamente, en la primera época de la filosofía del derecho propuesta en esta investigación, o paradigma ontológico, el objeto de estudio es la definición del derecho, encontrar su verdad.

Martin Heidegger afirma que, al buscar la respuesta sobre el ser, “se está buscando para el pensamiento la apertura del ente en su totalidad y la apertura del ser. El ente debe ser llevado a lo abierto de su ser y el ser a lo abierto de su esencia”. Denomina «desocultamiento» a la “apertura del ente” porque la pregunta sobre el ser pregunta al mismo tiempo qué es en verdad el ser y el ser exige un modo particular de ser mostrado. Expresado de distinta manera, la pregunta sobre el ser es la pregunta por la verdad del ser y encontrar esta verdad es un acto de desocultamiento, es decir, siempre que se descubra al ser se estará develando su verdad, pues “verdad significa el estar-al-descubierto del ente”.⁴³

La respuesta sobre el ser demanda un método especial, y responder a la pregunta sobre el ser implica desocultarlo, esto es, descubrirlo, describirlo e identificarlo como tal; sin embargo, afirmar que el descubrimiento del ser es el descubrimiento de su verdad, podría ser una concepción imprecisa, tautológica e incluso monista, por lo que vale la pena detenerse un momento para explorar esta idea. Veamos.

Es imprecisa porque, como ya vimos en el capítulo precedente, las entidades pueden ser objetos o sujetos y éstos, a su vez, pueden tener o no materia. Si nos referimos a sujetos, no pueden ser verdaderos o falsos, acaso existirán o no existirán, porque la verdad es un atributo exclusivo de las proposiciones, no de los sujetos como tal —la verdad corresponde a la lógica y la existencia a la metafísica u ontología—. En contraste, si nos referimos a los objetos, particularmente a los enunciados, éstos sí pueden ser verdaderos o falsos. En todo caso, la verdad a la que se refiere Heidegger es una verdad trascendental o existencial (sobre esta cuestión me ocuparé enseguida).

Ahora, suponiendo que los entes-sujetos sean verdaderos (existencialmente), esta afirmación es tautológica, porque la verdad del ser es la definición del ser como tal, no puede definirse al ser falsamente, porque entonces se estaría definiendo a otro ser; sin embargo, es posible definir al ser a partir de su falsedad, porque es una forma de llegar a su verdad, y precisamente por esta omisión, la proposición heideggeriana es monista.⁴⁴

⁴³ Cfr. Heidegger, Martin, *Nietzsche I*, trad. de Juan Luis Vernal, España, Ariel, 2013, pp. 70 y ss., y Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, trad. de Jorge Eduardo Rivera, Chile, Universitaria, 1997, pp. 29 y ss., y 257.

⁴⁴ En este caso, la verdad y la falsedad si bien son concepciones opuestas, no necesariamente son excluyentes; no se trata de una verdad y falsedad lógica en donde una necesariamente excluye a la otra, como ya se dijo, sino de una verdad y falsedad trascendentales. Esta dualidad se asemeja a la del orden y desorden. En la teoría de la física clásica el desorden sólo puede generar más desorden (es lo que se conoce como *entropía*); no obstante, la física clásica es aplicable en el instante siguiente a la creación del universo; en el momento del *big bang* fallan las leyes de la física clásica, porque toda la materia se concentraba en un punto

La pregunta por el ser implica necesariamente su verdad (y falsedad), porque si tenemos éxito en desocultar al ser, invariablemente se hallará su verdad: el ser, en cuanto ser, es verdadero; de lo contrario, fracasa la misión de desocultamiento en cuanto a ese ser en particular, puesto que si se haya la falsedad de ese ser entonces no se descubre al ser que motivó la búsqueda inicial. Al encontrar la falsedad de ese ser no se le desoculta (sino parcialmente); por lo tanto, seguimos sin responder a la pregunta inicial, el resultado involuntario de este ejercicio fallido es encontrar la verdad de otro ser, distinto al primigenio y, el valor contradictorio del ser primigenio, que es precisamente su falsedad (por eso el desocultamiento es parcial).

La concepción de la verdad del ser en Heidegger es también monista, porque omite a su contrario, la falsedad del ser.⁴⁵ Si consideramos que la verdad es inexistente sin la falsedad porque para afirmar que algo es, es necesario tener conocimiento de lo que no es, de lo contrario ¿cómo estaríamos en posibilidad de definir al ser y a la verdad si no existe algo para contrastarlos? No hay verdad sin falsedad, y viceversa. Por esta razón, siempre que se desoculte al ser se encuentra no solamente su verdad, sino también su falsedad: al saber lo que es, indefectiblemente sabemos lo que no es. Inclusive, podría ser que lleguemos a la verdad del ser a partir del conocimiento de lo que no es.⁴⁶

de densidad infinita, no existe el tiempo, y la gravedad es prácticamente nula (es una fuerza débil); se rige por las leyes de la física cuántica, en donde impera el principio de incertidumbre, permitiéndonos la coexistencia entre el orden y desorden sin su exclusión; expresado de distinta manera, las leyes de la física clásica funcionan en sistemas grandes, como el universo actual; en cambio, las leyes de la física cuántica funcionan en sistemas microscópicos, como el inicio del universo y los átomos (cfr. Hawking, Stephen, *Historia del tiempo. Del big bang a los agujeros negros*, México, Paidós, 2018, pp. 32 y ss., y Hawking, Stephen, *El universo en una cáscara de nuez*, México, Paidós, 2018, pp. 92 y ss.) “El universo comienza como una desintegración, y es desintegrándose que se organiza... el mundo se organiza desintegrándose. He aquí una idea típicamente compleja ¿en qué sentido? En el sentido de que debemos unir a dos nociones que, lógicamente, parecieran excluirse: orden y desorden... El universo nació en un momento indescriptible, que hizo nacer al tiempo del no-tiempo, al espacio del no-espacio, a la materia de la no-materia” (Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, España, Gedisa, 2005, pp. 92 y ss.)

⁴⁵ Es monista en dos sentidos: primero, porque omite la falsedad del ser, y, segundo, porque omite que el ser se puede definir a través de su falsedad; sin embargo, no es que Heidegger niegue, omite o ignore la existencia de la falsedad, sino que deliberadamente la excluye de la definición del ser, probablemente porque para él, el desocultamiento del ser es el conocimiento de “mí mismo por mí mismo”.

⁴⁶ La dualidad en general no es una idea exclusiva del autor de esta investigación, sino compartida del *sentido común* que se ha ido retomando por diversos pensadores desde la antigüedad; Sócrates, al dialogar con Teetetes y Teodoro sobre la ciencia, refiere que “no es posible... que el mal desaparezca por entero, porque es preciso que siempre haya alguna cosa

El «ser» es el conjunto de propiedades que posee determinado ente sin las cuales sería imposible que dicho ente exista, sin ellas un ente no es. Traducido al castellano: es el bloque mínimo de atributos necesarios e indispensables que permiten afirmar que determinado ente es ese mismo y no otro más, porque, en caso de faltar uno de ellos, dicha entidad dejaría de ser ella misma y sería otra más. El ser implica dos condiciones: 1) las características definitorias del ser siempre integran un conjunto exclusivo e irrepetible, pero cada atributo individual es susceptible de pertenecer a otro ente; 2) ya determinado el ser, es decir, el conjunto de atributos de un ente, entonces podrá ser modificado si y sólo si: *a)* determinado atributo no corresponde a ese ente, en cuyo caso se elimina, o bien, *b)* se encuentra un atributo que no poseía, entonces, se adiciona.

En el capítulo anterior se estableció que, para llegar a conocer a los entes complejos como el derecho, es necesario identificar sus características definitorias, es decir, determinar aquellas características sin las cuales ese ente no es, sino que es diverso. Ahora, toca desocultar al ser del derecho: diferenciar todas aquellas cualidades que lo identifican como tal y no como otra cosa y describir aquellos atributos que hacen al derecho, derecho.

¿Es retrógrado ocupar mi pensamiento —y el tiempo del lector— para analizar el ser del derecho si la *iusmode* ordena napoleónicamente analizar los temas de actualidad como, por ejemplo, el derecho genético o los derechos de cuarta, quinta o sexta generación? Consideramos que no, porque de nada sirve estudiar los temas actuales si los fundamentos del derecho son tan variados que conducen a un mundo en donde todo y nada es posible a la vez, ¡vaya contradicción!

...es un destino habitual de la razón humana, en la especulación, el acabar su edificio lo más pronto posible, y sólo después investigar si el fundamento de él estaba bien asentado. Entonces se aducen toda especie de pretextos para conformarnos con una buena construcción, o para evitar una prueba tardía y peligrosa... Una gran parte, y quizá la mayor, de la tarea de nuestra razón consiste en la descomposición de los conceptos que ya poseemos.⁴⁷

contraria al bien, y como no es posible colocarle entre los dioses, es de necesidad que circule sobre esta tierra y alrededor de nuestra naturaleza mortal” (Platón, *Teetetes o de la ciencia*, cit, p. 452); por su parte, Kant es también partidario de esta dualidad, y para él “la delimitación de la esencia de la razón pura representa al mismo tiempo un criterio para determinar lo que es su no-esencia, así como también la limitación y restricción (crítica) de sus posibilidades esenciales” (Heidegger, Martín, *Kant y el problema de la metafísica*, trad. Gred Ibscher Roth, 2a. ed. impresa, 1a. ed. electrónica, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, s.p.).

⁴⁷ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Mario Caimi, Buenos Aires, Ed. Colihue Clásica, 2007, pp. 48 y ss.

II. LA CONDENA DE LA CIENCIA

Una relación reiterada proveniente de personas eminentes y serias, animadas de un celo ardiente por la fe, nos ha hecho saber que, en París, algunos estudiantes de artes, sobrepasando los límites de su propia facultad, osan exponer y disputar en las escuelas, como si fuera posible dudar de su falsedad, ciertos errores manifiestos y execrables, o más bien mentiras y falsas locuras, contenidas en el rollo o en las cédulas anejas a la presente carta, no prestando atención a las palabras de Gregorio Magno: “Quien se esfuerce por hablar sabiamente, tenga gran cuidado, no vaya a destruir con sus palabras la unidad entre los que le escuchan”, sobre todo porque ellos llegan incluso hasta a apoyar sus errores, proclamados públicamente, sobre escritos de paganos de los que afirman —*¡oh vergüenza!*— estar tan limitados por su ignorancia, que no saben qué responderles... Dicen, en efecto, que eso es verdad según la filosofía pero no según la fe católica, como si hubiera dos verdades contrarias, y como si contra la verdad de la Santa Escritura, hubiera verdad en las sentencias de los paganos condenados, a propósito de lo que está escrito: “Yo destruiré la sabiduría de los sabios”, pues la verdadera sabiduría arruina la falsa sabiduría.⁴⁸

En la Edad Media la filosofía aristotélica y la teología cristiana coexistieron permitiendo elaborar explicaciones racionales de lo fáctico y lo divino. Surgieron diversas tesis averroístas que resultaron incómodas para la fe cristiana sólo por proclamar, entre otras cosas, que nada puede ser creado de la nada; Dios no es uno ni trino, el hombre se genera por el hombre, no hay que preocuparse por la fe, la felicidad no puede provenir inmediatamente de Dios y la ley cristiana impide instruirse. Estas y otras más tesis se estimaron contrarias al dogma cristiano y fueron condenadas de inmediato. El texto transcrito al inicio de este apartado es un fragmento del *syllabus* del obispo Étienne Tempier que contiene la sentencia condenatoria.

En 1927, el obispo Étienne Tempier condenó a la filosofía, es turno de condenar a la ciencia.⁴⁹

¿Qué es la ciencia? Paul Feyerabend, precursor del anarquismo epistemológico, consideró que la respuesta a esta pregunta

⁴⁸ León Florido, Francisco, 1277. *La condena de la filosofía. Edición del syllabus del obispo Tempier en la Universidad de París*, España, Guillermo Escolar, 2018, p. 85.

⁴⁹ Sin soslayar que en el capítulo primero se estableció que existen dos tipos de explicaciones, una científica y otra no-científica, porque en forma deliberada se identificó a «lo científico» con «lo fundamentado» para no suscitar anticipadamente la controversia que ahora se tratará y poder cumplir con el objetivo planteado para el primer capítulo.

...no puede ser una contestación abstracta, y no puede restringir investigaciones futuras. Todo lo que podemos decir es: éstas son las ideas existentes hoy (y habrá muchas ideas conflictivas sobre ellas), éstas son las razones por las que algunos científicos las aceptan éstas son las razones (frecuentemente muy distintas) por las que otros científicos las rechazan, éstas son las formas en que muchos científicos (pero, desde luego, no todos) delimitan y valoran la investigación. Pero nuevas ideas y nuevos modos de hacer ciencia pueden estar ya a la vuelta de la esquina.⁵⁰

Compartimos la idea de que los conceptos o definiciones jamás podrán ni deberán ser restrictivos —sostener lo contrario implicaría incurrir en una gravísima autocontradicción, porque quien ahora escribe no es fiel seguidora de alguna teoría epistemológica—; no obstante, la búsqueda eterna del conocimiento justifica referir algunas definiciones de «ciencia», porque se estima que lo más importante, invariablemente, es el conocimiento.

Max Müller y Alois Halder definen a la ciencia como “el proceso de penetración en los nexos de fundamentación de un objeto que se trata de conocer”, en donde el objeto se da de antemano en un determinado sector —¿quién lo determina? y ¿por qué y a quién se reconoce tal autoridad y poder de determinación?—, “con lo cual se procura conocer no sólo este objeto particular, sino en él también las conexiones de fundamentación del sector entero”, además de que se trata de conocer científicamente —¿es válido introducir el concepto en su definición?— “el modo de proceder con el objeto en dicho sector, atendiendo en ello a la peculiaridad de éste. Ese modo de proceder de acuerdo con la peculiaridad del respectivo sector se llama método.⁵¹

Por su parte, para Marx W. Wartofsky,

...la ciencia es un modo de conocer el mundo y también un cuerpo de conocimiento. Cabe caracterizarla en función de un proceso de investigación, de una búsqueda de la verdad, y es posible caracterizarla también como la estructura o cuerpo formado por la acumulación de las verdades fundadas, o presuntas verdades, que tal búsqueda haya originado.⁵²

Para Kédrov y Spirkin, la ciencia es

...un importantísimo elemento de la cultura espiritual, la forma superior de los conocimientos humanos; es un sistema de conocimientos en desarrollo, los

⁵⁰ Feyerabend, Paul, *Adiós a la razón*, 3a. ed., España, Tecnos, 1996, p. 105.

⁵¹ Halder, Alois y Müller, Max, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

⁵² Wartofsky, Marx W., *Introducción a la filosofía de la ciencia*, España, Alianza, 1973, t. I, p. 31.

cuales se obtienen mediante los correspondientes métodos cognoscitivos y se reflejan en conceptos exactos, cuya veracidad se comprueba y demuestra a través de la práctica social. La ciencia es un sistema de conceptos acerca de los fenómenos y leyes del mundo externo o de la actividad espiritual de los individuos, que permite prever y transformar la realidad en beneficio de la sociedad... cuyo contenido y resultado es la reunión de hechos orientados en un determinado sentido, de hipótesis y teorías elaboradas y de leyes que constituyen su fundamento, así como de procedimientos y métodos de investigación.⁵³

Ernest Nagel considera que no se debe limitar el adjetivo científico a “creencias que sean definitivamente verdaderas, aunque sólo sea porque en la mayoría —si no en todos— de los ámbitos de investigación no existen garantías infalibles de la verdad, de modo que la adopción de tal sugerencia, en efecto, despojaría al adjetivo de todo uso correcto”; no obstante, continúa, “las palabras ‘ciencia’ y ‘científico’ no están tan desprovistas de un sentido determinado”; así, tenemos que: 1) las ciencias son cuerpos de conocimiento organizados y en todas ellas la clasificación de sus materiales en tipos y géneros significativos es una tarea indispensable; 2) la ciencia halla explicaciones sistemáticas y controlables por elementos de juicio fácticos; 3) la ciencia organiza y clasifica al conocimiento sobre la base de principios explicativos; 4) la ciencia descubre y formula en términos generales las condiciones en las cuales ocurren sucesos y las explicaciones son los enunciados de tales condiciones determinantes; 5) la ciencia busca conocimiento completo, no contradictorio; 6) la ciencia prescinde del lenguaje común por su vaguedad y ambigüedad, procurándose un lenguaje especializado; 7) la ciencia busca prescindir de valoraciones humanas en sus explicaciones, es abstracta e impersonal, y 8) la ciencia somete sus explicaciones a juicios analíticos para determinar su viabilidad o no.⁵⁴

A pesar de la distinción notoria entre autores para conceptualizar a la ciencia, todas las definiciones citadas coinciden en rasgos sin los cuales no es posible referirse a la ciencia; éstos son: abstracción, sistematización, ordenación, comprobación, especialización del lenguaje y congruencia en el conocimiento.

Considerando estas características, ¿el derecho es una ciencia? De ser así, ¿qué tipo de ciencia es? Si el derecho no es ciencia, ¿entonces qué es? Para responder a estas interrogantes estamos obligados a referir primero, *grosso modo*, algunas taxonomías de la ciencia.

⁵³ Kédrov, M. B. y Spirkin, A., *La ciencia*, México, Grijalbo, 1968, p. 7.

⁵⁴ Cfr. Nagel, Ernest, *La estructura de la ciencia*, Argentina, Paidós, 1991, pp. 18 y ss.

Ya desde la Grecia antigua se dividía al conocimiento en tres áreas fundamentales: naturaleza (física), sociedad (ética) y pensamiento (lógica). Con el Renacimiento, la ciencia se diversificó, surgieron múltiples tipos independientes y aislados unos de otros: matemática, mecánica, astronomía. Curiosamente, en el inicio del siglo XIX, después de un largo recorrido epistemológico que inició con Saint-Simon, pasó por Comte, Ampère, Spencer, Bentham, Mill, Kant, Shelling, Hegel, que culminó con Marx y Engels, hubo un retorno al clasicismo y se clasificó a la ciencia en natural, social y del pensamiento. En el siglo XX imperaron clasificaciones no marxistas de la ciencia, eran de tipo positivistas y eclécticas; fundamentalmente las dividen en ciencias formales y reales, convirtiendo a la matemática en la ciencia principal, negando el carácter científico de toda cuestión social.

En la actualidad, según Kédrov y Spirkin, la clasificación de las ciencias es: naturales, sociales y filosofía (¿acaso no fue así desde la época antigua?), y cada una abarca todo un grupo (complejo) de ciencias.⁵⁵ Considerando otra perspectiva contemporánea, Mario Bunge clasifica a la ciencia en formal y factual. Las ciencias formales estudian ideas, no se refieren a nada que se encuentre en la realidad para convalidar sus fórmulas, son autosuficientes por lo que hace al contenido y método que prueban; entre ellas ubicamos a la lógica y a la matemática. Las ciencias fácticas estudian hechos que se supone ocurren en el mundo y tienen que apelar a la experiencia para contrastar sus fórmulas. Las ciencias fácticas, a su vez, se dividen en naturales, como la física y la biología, biosociales (como la antropología y la bioeconomía) y sociales (como la economía, la ciencia política y la sociología).⁵⁶

No encuentro inconveniente alguno en afirmar que el derecho es ciencia, ¿o no?, Kédrov y Spirkin así lo consideran, pero Bunge, Ampère o Spencer ni siquiera reparan en el tema. De igual forma, me es difícil hallar impedimento para sostener que el derecho se encuentra comprendido dentro de las ciencias sociales... ¿o filosóficas? o ¿biosociales? o ¿del pensamiento? o ¿formales? o ¿reales? Pareciera que el derecho es metamorfo, inclusive inestable; por eso no es sorpresa que no exista acuerdo unánime para sostener que es ciencia si ni siquiera hay consenso entre los estudiosos del derecho: para los naturalistas jurídicos el derecho no es ciencia porque se reduce a un imperativo de valor o de justicia que forzosamente implica una carga emotiva; para los positivistas jurídicos el derecho es ciencia porque no depende

⁵⁵ Cfr. Kédrov, M. B. y Spirkin, A., *op. cit.*, pp. 91 y ss.

⁵⁶ Cfr. Bunge, Mario, *La investigación científica*, 3a. ed., España, Siglo XXI, 2004, pp. 19 y ss.

de consideraciones éticas o morales, posee un objeto de estudio, un método, inclusive, un lenguaje especializado; por su parte, para los realistas jurídicos, el derecho es una ciencia empírica.

¿Cómo sabemos que algo es ciencia?

No es difícil determinar si lo numérico o si cualquier fenómeno natural es científico, lo difícil se presenta cuando estamos ante cualquier caso de índole social, entonces dudamos de su científicidad, no obstante que tenga un método, objeto de estudio, lenguaje especializado, estándares de corroboración, etcétera, siempre habrá detractores que nieguen su carácter científico e incluso lo califiquen como algo místico; mentes atrapadas en la estrechez, incapaces de reparar en lo evidente —incluso, cuando se nos presenta—: el derecho es tan abstracto como las matemáticas. Las normas e instituciones jurídicas son tan abstractas como los números. La palabra «derecho» es tan abstracta como el vocablo «matemática»; incluso, tanto el derecho como la matemática se inspiran en hechos cotidianos.

Los conceptos abstractos de la matemática, en concreto de la aritmética, surgen como resultado del

...análisis y generalización de una inmensa cantidad de experiencia práctica. Aparecen gradualmente; primero aparecieron los números relacionados con objetos concretos, luego los números abstractos y finalmente el concepto de número en general, de cualquier número posible. Cada uno de estos conceptos surgió por combinación de la experiencia práctica y de conceptos abstractos anteriores... Los conceptos y conclusiones de la aritmética, que generalizan una enorme cantidad de experiencia, reflejan en forma abstracta aquellas relaciones del mundo real que se encuentran constantemente y en todas partes... La aritmética considera algunas de sus propiedades generales, haciendo abstracción de todo lo particular y concreto, y es precisamente porque se consideran únicamente estas propiedades generales por lo que sus conclusiones son aplicables a tantos casos. La posibilidad de un amplio rango de aplicaciones está garantizada por la gran abstracción de la aritmética, aunque es importante hacer notar que esta abstracción no es vacía, sino que se deriva de una gran experiencia práctica.⁵⁷

¿Será que el derecho no es conocimiento al igual que la matemática? Si, al igual que los números, las normas jurídicas son abstractas, ¿por qué algo numérico es ciencia y algo social a veces es ciencia y a veces no?

Si el conocimiento es aquello obtenido después de observar, analizar o estudiar algo, entonces ¿por qué discriminamos al conocimiento?

⁵⁷ Alexandrov, A. D. *et al.*, *La matemática. Su contenido, métodos y significado*, España, Alianza, 2016, pp. 28 y ss.

Si lo que interesa es el conocimiento como tal ¿por qué establecer parámetros que lo restrinjan?

¿Qué nos legitima para restar valor epistemológico a lo social?

El mundo no está dividido, estructurado o articulado de por sí de un modo unívoco. Somos nosotros los que lo dividimos, estructuramos y articulamos, proyectando sobre las diversas zonas de la realidad nuestros esquemas conceptuales y teóricos, y observando hasta qué punto esas zonas de la realidad encajan en los esquemas que sobre ellas proyectamos o hasta qué punto los rechazan. Nuestra atención no suele dirigirse a la totalidad del universo considerado desde todos los puntos de vista, sino a ciertas zonas del universo consideradas desde algunos puntos de vista determinados. Esta noción un tanto vaga de zona de realidad (o del mundo o del universo) a la que dirigimos nuestra atención desde ciertos puntos de vista se precisa mediante la noción de sistema.⁵⁸

Se condena a la ciencia porque limita al conocimiento.

Hasta ahora se ha sostenido una taxonomía que gira en torno al concepto de «ciencia» para calificar o descalificar a las áreas del conocimiento humano. A pesar de la permanencia que ha tenido este sistema, ha demostrado ser insuficiente, y dicha insuficiencia se evidencia con el ejemplo de la falta de consenso para determinar si el derecho es o no ciencia. La distinción entre ciencia/no ciencia se fundamenta en una injustificada desestimación del conocimiento, tal pareciera que lo omite o, peor aún, lo condiciona a si satisface determinados estándares que son infinitamente cambiantes.

El conocimiento es toda información sobre el mundo y sus entes, es trascendental y puro, precede y sucede a la ciencia, no depende de ella, mucho menos le importan sus parámetros de calificación y clasificación. Por estas razones, estimo conveniente que en lugar de emplear el calificativo «ciencia» para referirse a las categorías especializadas y determinadas con un objeto general de estudio, se emplee el de «áreas del conocimiento».

¿Por qué el término «áreas del conocimiento» en lugar de «ciencia»? El término «ciencia» es vago, ambiguo y cargado de subjetivismo, porque si bien existe acuerdo para determinar sus características, fácticamente existe desacuerdo en otorgar la presea científica a áreas de estudio del conocimiento que satisfacen sus requisitos determinantes. En cambio, el término «áreas del conocimiento» no prejuzga sobre el tipo de conocimiento que comprende, no le importa su aplicabilidad, ni los criterios de observadores

⁵⁸ Mosterín, Jesús, *Conceptos y teorías en la ciencia*, 4a. ed., Madrid, Alianza, 2016, p. 213.

o terceros ajenos a esa área de conocimiento, lo único que le importa es el conocimiento por sí mismo, dejando al arbitrio de los operadores la utilización u omisión del mismo conforme a su fundamentación, ¿qué nos garantiza que el conocimiento que ahora consideramos inútil lo siga siendo en el futuro?, o, ¿qué nos garantiza que el conocimiento que ahora consideramos útil lo siga siendo en el futuro?

Si todo es conocimiento y si el conocimiento es puro ¿por qué clasificarlo y categorizarlo? No es muy clara la frontera que distingue entre lo que es ciencia y no, porque el conocimiento está siempre en constante irritación, tan es así que actualmente contamos con híbridos, como la bioética, biofísica, teosofía, lógica jurídica, biomedicina —alguna ocasión escuché a alguien referirse a la «jurismatematiología»—. El ser humano es tan complejo y el conocimiento es tan basto que no podemos separarlo abruptamente, mucho menos disociarlo o discriminarlo: Aristóteles sobresale en lógica, pero también escribió sobre ética, política, metafísica y retórica. Pitágoras analizó temas desde la astronomía hasta la matemática y la música. Ni qué decir de Sócrates, quien se ocupó prácticamente de todos los problemas en todos los ámbitos sin importar su naturaleza social o numérica. Galileo, educado como músico, fue matemático, astrónomo, físico e ingeniero. Newton, uno de los físicos más famosos, también escribía sobre esoterismo. Descartes, padre de la geometría analítica y epistemólogo por su discurso del método. Leibniz, en franca disputa con Newton por la creación del cálculo infinitesimal, sobresale también por sus aportaciones a la lógica. Estos son sólo algunos ejemplos que ilustran la vacuidad de dividir al conocimiento siguiendo un criterio de relevancia basado en la diferencia entre lo científico y lo no científico; todo conocimiento posee igual relevancia por la simple razón de que todo conocimiento es creado por el hombre y para el hombre, siendo posible establecer una única diferencia en razón de su objeto de estudio y aplicación.

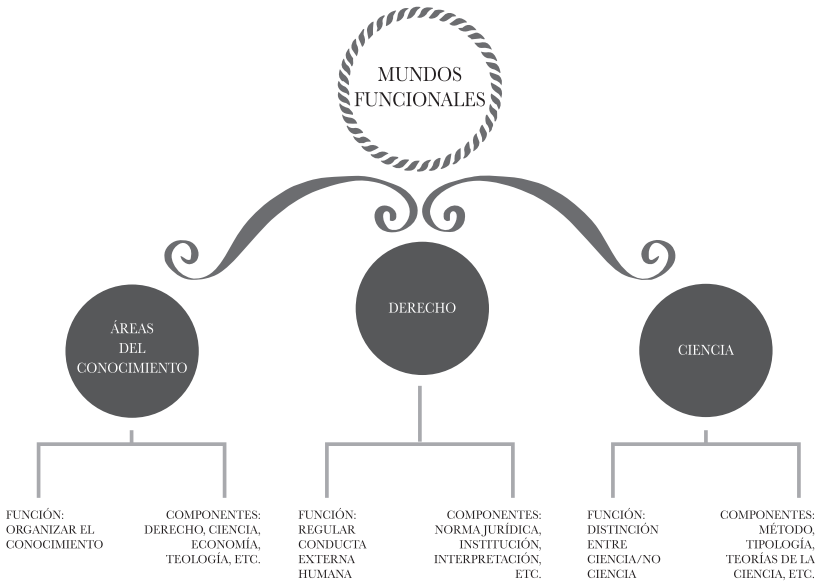
¿En dónde queda la división del conocimiento? Me es difícil apreciarla y, aún más difícil, sostenerla.

Las ciencias no poseen una estructura común, no hay elementos que se den en toda investigación científica y que no aparezcan en otros dominios. Ocasionalmente, desarrollos concretos tienen rasgos distintos y por ello, en ciertas circunstancias, podemos decir por qué y cómo han conducido tales rasgos al éxito. Pero esto no es verdad para todo desarrollo científico, y un procedimiento que no ayudó en el pasado puede pronto llevarnos al desastre. La investigación con éxito no obedece a estándares generales: ya se apoya en una

regla, ya en otra, y no siempre se conocen explícitamente los movimientos que la hacen avanzar.⁵⁹

De conformidad con nuestra taxonomía sobre el mundo explicada en el capítulo primero, cada mundo funcional constituye un área del conocimiento, por lo que «áreas del conocimiento» es un mundo funcional que existe para organizar al conocimiento; el derecho es un área del conocimiento e, inclusive, si no se quiere olvidar por completo a la ciencia, «ciencia» bien podría constituir un tipo de mundo funcional como se muestra en la siguiente imagen:

FIGURA 8



FUENTE: elaboración propia.

La imagen muestra sólo algunos ejemplos de mundos funcionales. Como ya se dijo en el capítulo primero, los mundos funcionales coexisten y se rigen por las reglas ahí establecidas; la misma suerte acontece con sus entes o componentes.

El lector advertirá que el derecho se encuentra como mundo funcional y como categoría del mundo funcional «áreas del conocimiento»; lo mismo

⁵⁹ Feyerabend, Paul, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

pasa con la ciencia. Esta aparente contradicción o inconsistencia la resolvemos acudiendo a la teoría de los tipos de Bertrand Russell,⁶⁰ es decir, considerando que en cada supuesto las entidades se sitúan en distintas posiciones jerárquicas, en una como «tipos» y en otra como «clases». En el primer caso, en donde el derecho es un mundo funcional independiente, se posiciona como clase de los mundos funcionales. En el segundo caso, cuando el derecho es una entidad del mundo funcional «áreas del conocimiento», se sitúa al derecho como un tipo de áreas del conocimiento.

III. PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Se han identificado cuatro problemas en torno a la definición del derecho: primero, falta de consenso; segundo, multiplicidad de definiciones; tercero, vaguedad, ambigüedad y carga emotiva del símbolo «derecho»; cuarto, falta de idoneidad de las definiciones hasta este momento propuestas.

Como ya se anticipó, el primer problema en torno a la definición del derecho es que no existe consenso en su determinación, lo que impide consolidar al derecho plena e indubitadamente como un área del conocimiento. Otras áreas del conocimiento no se detienen en discutir «¿qué es... la física, la antropología, la sociología...?», acuñan un concepto y a partir de él se construyen las teorías, todos los recursos intelectuales se ocupan para crear nuevo conocimiento, debatir, argumentar y contraargumentar, no se desvían en tratar de (re)definirse. El hecho de que en cada área del conocimiento existan controversias hacia el interior sobre las teorías propuestas de ninguna manera implica la negación de su definición. Los estudiosos de cada área del conocimiento están de acuerdo en el conjunto de atributos que posee cada categoría del conocimiento para ser considerada como tal, inclusive el acuerdo es unánime.

El derecho es multívoco y éste es nuestro segundo problema. Existe confusión entre múltiples entes, todos identificados con el mismo símbolo «derecho»; esta aporía es uno de los casos ejemplares que se citaron en el capítulo primero dentro del proceso de significación, en donde la etapa secuencial no se desarrolla completamente, por lo que a pesar de no lograr consenso en el significado, se llevan a cabo las operaciones mentales de la etapa referencial, dando como resultado que se refiera al derecho en tantos cuantos contextos como sea posible imaginar.

⁶⁰ Russell, Bertrand y Whitehead, Alfred North, *Principia Mathematica*, 2a. ed., Londres, Universidad de Cambridge, 1927, vol. I, pp. 294 y ss., obtenido de <https://goo.gl/XxLm21>, recuperado el 8 noviembre de 2017.

El tercer problema al que nos enfrentamos es que el símbolo «derecho» es ambiguo, vago y tiene una carga emotiva. El símbolo es ambiguo porque tiene más de un significado y todos éstos se relacionan estrechamente entre sí: se utiliza la palabra «derecho» para referirnos al derecho de determinado lugar (derecho objetivo, por ejemplo, el derecho del Estado mexicano), para aludir a los deberes o prerrogativas que titulan los individuos (derecho subjetivo; por ejemplo, el derecho de votar), para enunciar el objeto de estudio del derecho (derecho, objeto inmaterial, estudiado por el derecho, categoría del conocimiento) o también para identificar al estudio del objeto (derecho, como categoría del conocimiento, que estudia al derecho, objeto de estudio).

El símbolo «derecho» es vago porque existen casos límites en donde no es posible determinar si el término se aplica o no a ellos. Un ejemplo es la típica controversia para determinar si un derecho (derecho subjetivo) de contenido injusto es considerado como derecho (derecho objetivo) o no. Algunos teóricos, como Gustav Radbruch, consideran que no puede ser considerado como derecho dada su injusticia; en cambio, la contraparte afirma que a pesar de ser injusto, es derecho y debe aplicarse hasta que sea expulsado del ordenamiento jurídico por los mecanismos previstos para ese fin.

Además, el símbolo «derecho» tiene una carga emotiva porque, en ocasiones, se utiliza para calificar positiva o negativamente a determinado orden social por el hecho de que se cumpla determinado derecho objetivo y de que los gobernados lo acepten.⁶¹

Finalmente, se afirma que tenemos un cuarto problema consistente en la falta de idoneidad de las definiciones hasta este momento propuestas, pues no se ha respondido satisfactoriamente a la pregunta ¿qué es el derecho? ya sea porque describen determinada concepción sobre él, o bien porque introducen elementos ajenos al derecho, lo que impide determinar sus características definitorias.

A continuación trataremos de resolver cada aporía.

Una definición es la determinación completa y clara del significado de una palabra con indicación de todas las notas necesarias, y sólo éstas, que la individualicen y determinen como tal. Las definiciones son siempre acerca de símbolos (*definiendum*), porque sólo los símbolos tienen significados que se explican mediante otro grupo de símbolos (*definiens*): un grupo de símbolos que explican el significado de otro símbolo.⁶² Por ejemplo, se define a la pa-

⁶¹ Cfr. Cohen, Carl y Copi, Irving M., *op. cit.*, p. 177, y Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 14.

⁶² Cfr. Cohen, Carl y Copi, Irving M., *op. cit.*, p. 173, y Halder, Alois y Müller, Max, *op. cit.*, p. 102. El *definiens* corresponde al *definiendum*; sin embargo, ello no implica que el *definiens*

labra «derecho», mas no al objeto como tal —entidad—. Como ya se dijo en el capítulo primero, los entes existen con independencia del símbolo que convencionalmente se les otorgue para referirse a ellos; a pesar de que impliquen el mismo concepto, son distintos el símbolo y el ente; normalmente se les confunde, porque tanto el objeto como el símbolo convergen en el significado.

Las palabras poseen dos tipos de significado: extensional o denotativo e intensional o connotativo.⁶³ El significado extensional o denotativo se refiere a los objetos a los cuales se puede aplicar correctamente. La extensión de la palabra «derecho» es: derecho vigente, derecho eficaz, derecho mexicano, derecho francés, derecho islámico, etcétera, porque el término se aplica por igual a todos los objetos citados. El significado intensional o connotativo supone la existencia de algún criterio para decidir si determinado objeto es susceptible de incluirse en la extensión del término; esto es, la intensión de una palabra es la universalidad de los atributos compartidos por todos y sólo aquellos objetos dentro de la extensión que nos conducen a usar el mismo término para denotarlos; nos permite saber el significado de un término sin conocer su extensión, siendo siempre posible añadir atributos a la intensión de un término. Por ello, no existe acuerdo para establecer la intensión de la palabra «derecho».

Existen dos tipos de connotación: la subjetiva y la objetiva. La primera se refiere al conjunto de atributos que el hablante cree que tienen los objetos denotados por esa palabra. La connotación objetiva es el conjunto de las características compartidas por todos los objetos en la extensión de la palabra. La distinción entre los tipos de connotación es importante para los efectos de esta obra porque no es lo mismo considerar que el derecho posee determinadas características que lo identifican como tal, que afirmar y, en su caso, demostrar que determinadas características son propias del vocablo «derecho».

Para enunciar el significado de las palabras existen distintos tipos de definiciones y formas. Las formas para establecer una definición son por denotación, sinonimia, operatividad y connotación. Los tipos de definición son estipulativas, persuasivas, lexicográficas, explicativas y teóricas.⁶⁴

Para establecer una definición en forma denotativa se tiene que recurrir al sentido extensional de la palabra. La sinonimia implica proporcionar

se constituya idénticamente al *definiendum*; son entidades distintas, el *definiens* sirve para significar al *definiendum*.

⁶³ Cohen, Carl y Copi, Irving M., *op. cit.*, pp. 184 y ss.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 173, 192 y ss.

otra palabra cuyo significado es ya entendido y es exactamente el mismo de la palabra que se va a definir. La definición por operatividad implica establecer una relación entre el *definiendum* con algún conjunto de acciones u operaciones. Finalmente, la forma de definir por connotación, género o diferencia específica supone determinar el sentido intensional de la palabra.

Las definiciones estipulativas, nominales o verbales se utilizan para definir a un nuevo símbolo; surgen de la acción deliberada de quien lo introduce para atribuirle el significado que desee; en este sentido, no son ni verdaderas ni falsas, ni adecuadas ni inadecuadas; en todo caso, se aceptan o se niegan dado que ese nuevo símbolo carecía de significado; su carácter es directivo, no informativo, porque indica una forma de usar el *definiendum* para significar al *definiens*. Por ejemplo, la palabra “nihilismo”, acuñada por F. H. Jacobi en 1799 para caracterizar el idealismo fichteano, por cuanto que este todo se basaba, según él, en una «nada» (el yo vacío), y así era nulo en el fondo.⁶⁵

Las definiciones persuasivas surgen para resolver disputas influyendo sobre las actitudes o manejando las emociones de los lectores o de los oyentes; el término se define deliberadamente para afectar sentimientos y, de modo indirecto, para alterar la conducta. Son frecuentes en la discusión política y corresponden al uso expresivo del lenguaje. Un ejemplo de este tipo de definición es la propuesta por Celso sobre el derecho: “*Ius est ars boni et aequi*”.⁶⁶

El propósito de las definiciones lexicográficas es eliminar la ambigüedad o incrementar el vocabulario de la persona que la construye, y corresponde al uso informativo del lenguaje. El término que se define no es nuevo, tiene ya un uso establecido; no proporciona al *definiendum* un significado del cual carecía, sino que reporta un significado que ya tenía; por esta razón, puede ser verdadera o falsa si el reporte es congruente con el significado del objeto. Por ejemplo, «la palabra “cónyuge” significa esposo o esposa» es una definición lexicográfica verdadera; en cambio, «la palabra “cónyuge” significa el movimiento de capitales en la bolsa de valores» es una definición lexicográfica falsa.

Las definiciones explicativas ayudan a decidir sobre los casos en donde el uso ordinario de alguna palabra ocasiona confusión por la vaguedad y ambigüedad del término; su propósito es la claridad. La diferencia con

⁶⁵ Halder Alois y Müller Max, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁶ Celso, *Digesto*, 1,1,1., 3a. ed., trad. de Hécio Maciel Franca Madeira, Brasil, Revista Dos Tribunais, 2002, p. 17, obtenido de <https://goo.gl/7yK0M5>, recuperado el 10 de octubre de 2017.

las definiciones estipulativas es que el *definiendum* no es un nuevo término, sino uno que ya está en uso; por lo tanto, quienes elaboran una definición explicativa no pueden libremente asignarle cualquier significado, sino que deben ser fieles al uso establecido. Sin este tipo de definiciones existirían desacuerdos infinitos e interminables sobre cuestiones fundamentales como en el presente caso.

Finalmente, las definiciones teóricas intentan formular una descripción teórica o científicamente adecuada de los objetos a los que se refiere el término; en este sentido, proponer una definición teórica equivale a proponer la aceptación de una teoría; por esta razón, al ser las teorías altamente discutibles y no verdades universales, las definiciones teóricas son susceptibles de disputas. Una definición reemplaza a otra conforme aumenta el conocimiento.

La disputa clásica entre positivismo y naturalismo jurídico, la vigente entre neoconstitucionalismo⁶⁷ garantista y principalista, la variedad de modelos de ciencia jurídica, así como también la multiplicidad de juristas que definen al derecho, nos han conducido a la equívoca noción de que una nueva definición suprime a la anterior, o de que si la definición precedente se modifica, entonces se posiciona nuevamente como la definición «verdadera». Calificamos a un concepto como mejor que otro y, por consecuencia de esta personalísima apreciación, invalidamos a los demás. La rivalidad en este ámbito es de tal magnitud que bien podría llamarse a este problema como «el de la soberbia intelectual», pues toda «nueva concepción» cambia el paradigma del derecho presentándolo como algo nunca antes visto o sabido. Nada más estéril que eso. Omitimos el conocimiento previo sobre la definición del derecho y no lo utilizamos para erradicar la controversia; tenemos más recursos cognitivos a nuestro alcance y no los aprovechamos.⁶⁸

Las definiciones del derecho hasta ahora propuestas son persuasivas o teóricas, ya sea que se formulen desde el derecho (juristas) o como observadores (sociólogos, filósofos, etcétera), con la salvedad de que una definición

⁶⁷ Siguiendo a Paolo Comanducci en “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, núm.16, abril de 2002, pp. 89-112, se omite al constitucionalismo (como *modelo teórico* y no como *modelo constitucional*) porque, a pesar de que surge en el siglo XVIII, no es relevante como teoría del derecho, dado que el pensamiento teórico jurídico predominante en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX es el positivismo.

⁶⁸ Heidegger afirma que “la representación «léxica» de la plurivocidad de una palabra fundamental... nos hace pasar por alto fácilmente que aquí todos los significados, lo mismo que su diversidad, son históricos, y por lo tanto necesarios... las palabras fundamentales son históricas lo que implica que tienen diferentes significados en las diferentes épocas y que son ahora, y en el futuro, fundadoras de historia, dependiendo de la interpretación que en ellas se vuelva dominante” (Heidegger, Martin, *Nietzsche I, cit.*, p. 142).

subsecuente no ha reemplazado a la precedente, todas coexisten. Veamos algunos ejemplos: en primer lugar nos ocuparemos de las definiciones internas, y para este efecto se analizarán tres corrientes de pensamiento jurídico (positivismo, naturalismo y neoconstitucionalismo, en su acepción teórica/metodológica y no ideológica).⁶⁹

El positivismo jurídico concibe como derecho al derecho «puesto»; no concede validez alguna a ningún orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de «derecho», particularmente el llamado derecho natural.⁷⁰ Una definición dentro de esta categoría es la propuesta por Hans Kelsen, para quien el derecho es un “orden normativo coactivo que regula la conducta humana”;⁷¹ a pesar de la preferencia personal hacia esta definición y, en general, a los postulados kelsenianos, se califica como definición teórica porque se elabora dentro de su teoría pura del derecho que presenta tantos detractores como defensores, por eso aún no ha sido aceptada como verdad universal.

En contraposición al positivismo tenemos al naturalismo jurídico, que identifica al derecho con la justicia y la moral.⁷² Un ejemplo de definición es la propuesta por Immanuel Kant, para quien el derecho es el

⁶⁹ Sustancialmente existen tres corrientes de pensamiento jurídico, a saber: positivismo, naturalismo y neoconstitucionalismo; cabe aclarar que no se pretende excluir a las corrientes críticas, argumentativistas, normativistas o a las de análisis económico del derecho, porque, de alguna u otra forma, se comprenden dentro de la tercia básica propuesta al compartir o rechazar las tesis principales que las tornan opuestas.

⁷⁰ Kelsen, Hans, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, trad. de Mario de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XVI, núm. 61, enero-marzo de 1966, p. 131; de conformidad con Norberto Bobbio, en *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, 1965, y Hart, Herbert, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, las principales tesis del positivismo son: el derecho se origina en la voluntad del Estado; la única fuente genuina del derecho es la legislación, por lo tanto, las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; el sistema jurídico no tiene lagunas, es decir, es un sistema jurídico «lógicamente cerrado», en el cual las decisiones se deducen de reglas jurídicas preestablecidas, por lo que los jueces deben resolver las controversias deduciendo las soluciones de las reglas del derecho positivo; el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas, así como de la valoración moral del derecho, por esta razón, no hay conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debe ser, sin que esto implique negar que el derecho deba ser justo y armonizar con la moral, sino que debe ser obedecido y cumplido hasta que se expulse del ordenamiento jurídico; finalmente, los juicios morales, a diferencia de los fácticos, no pueden apoyarse en argumentos o pruebas racionales.

⁷¹ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 3a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969, pp. 201 y s.

⁷² Sus tesis principales son: la validez del derecho depende de si es congruente con la moral y si es justo; por consecuencia, el sistema moral es superior al sistema jurídico y promueve

...concepto de las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad... esta ley es la ley jurídica, que es justa si, y en la medida en que, realiza esta coexistencia de las libertades, es decir, si, según un principio universal, sacrifica la libertad de cada uno en la medida estrictamente necesaria para hacer posible su coexistencia con la libertad de los demás.⁷³

El concepto kantiano es teórico porque identifica al derecho con la justicia; son dos entidades diferentes no reductibles la una a la otra; esto es, el derecho es derecho a pesar de que no sea justo, afirmación que no implica que el derecho deba ser justo.

Otro ejemplo de definición naturalista (antes de que se hubiese denominado así) es la propuesta por Celso, “*Ius est ars boni et aequi*”,⁷⁴ esta definición es persuasiva porque —sin necesariamente pretender iniciar alguna disputa o incitar a ella— el hecho de afirmar que «derecho es el arte de lo bueno y lo justo» evidentemente conlleva una carga valorativa, por lo que es susceptible de afectar las emociones de los interlocutores.

Como postura ecléctica entre el naturalismo y el positivismo está el neoconstitucionalismo;⁷⁵ del primero sostiene la tesis naturalista de la con-

un criterio absoluto de justicia; una ley sólo es ley si es justa; es monista porque no considera la autonomía e independencia entre derecho y moral, sino que los identifica como un solo ente; considera que los derechos no son otorgados al hombre, sino que éste los titula por el simple hecho de serlo; pretende establecer valores universales sobre la justicia e injusticia.

⁷³ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4a. ed., trad. de Adela Cortina Orts, España, Tecnos, 2005, p. 39.

⁷⁴ Celso, *Digesto*, 1,1,1, 3a. ed., trad. de Hécio Maciel Franca Madeira, Brasil, Revista Dos Tribunales, 2002, p. 17, obtenido de <https://goo.gl/7yKwM5>, recuperado el 10 de octubre de 2017.

⁷⁵ Siguiendo a Paolo Comanducci, en *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico* (*op. cit.*, pp. 89-112) y a Luis Prieto Sanchís, en “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, pp. 23-60; el neoconstitucionalismo puede dividirse en: 1) *político*, representa la mejor forma o la más óptima de organizar la sociedad política, porque establece una constelación de valores morales y derechos fundamentales que limitan o vinculan la acción del poder público y propone la total independencia de poderes; 2) *teórico*, explica la estructura y funcionamiento de los sistemas normativos, analiza conceptos jurídicos tradicionales y supone una nueva teoría de las fuentes, de la norma, del sistema jurídico y de la interpretación; 3) *ideológico*, pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal y sitúa en primer lugar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, valora positivamente a la forma teórica y propugna su defensa y ampliación, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, pero más todavía la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, actuación y garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución; puede subsistir una obligación moral de obedecer la Constitución y a las leyes que son conforme a ella, tal y

xión necesaria entre derecho y moral, y, del segundo niega sus tres características principales (estatalismo, legicentrismo y formalismo interpretativo), pero retoma los fundamentos para la positivización de un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución.⁷⁶ En esta categoría se incluye la definición de Robert Alexy, para quien, de acuerdo con su teoría de la argumentación, el “derecho es una entidad altamente compleja... el derecho como un todo es una entidad única”,⁷⁷ y por esta razón se define a través de su naturaleza dual (existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a su dimensión fáctica o real —coerción—, así como propiedades necesarias que pertenecen a su dimensión ideal o crítica —pretensión de corrección—) y en función de tres problemas: 1) determinar las clases de entidades en que consiste el derecho y cómo se conectan para formar al «derecho»; 2) el concerniente a la realidad social del derecho, que tiene tres elementos centrales *a)* relación entre derecho y coerción o fuerza; *b)* relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas, y *c)* relación entre el derecho y el asentimiento o aceptación real acerca del mismo); 3) corrección o legitimidad del derecho (relación entre derecho y moral).

En este punto se torna indispensable analizar críticamente la definición del jurista alemán. Primero, parecería confundir al «objeto derecho» con el símbolo «derecho»; segundo, incorpora conceptos metafísicos. Si pretende definir al símbolo «derecho», es imposible hacerlo a través de su supuesta «naturaleza»; como ya se expresó con antelación, los símbolos se definen por connotación, denotación, sinonimia u operatividad. Finalmente, el hecho de introducir determinada pretensión de corrección como un elemento necesario y constitutivo del derecho (¿símbolo u objeto?) provoca la fusión del derecho con la moral (tanto el objeto como el símbolo); consecuente-

como el positivismo ideológico predicaba la obligación moral de obedecer la ley; 4) *metodológico*, sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral, al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales son puente entre derecho y moral.

⁷⁶ Sus tesis son: admite la existencia de principios, además de reglas jurídicas; éstos subyacen en los derechos contenidos en la Constitución; el método de interpretación es conforme a la Constitución; la validez de las normas jurídicas depende de su congruencia con los derechos constitucionales; tipifica a los casos conforme al grado de facilidad o complejidad en su resolución jurisdiccional, de tal suerte que para los casos sencillos opta por la subsumción normativa, y para los casos difíciles o trágicos en donde existe conflicto de principios, se opta por la ponderación, y, finalmente, cambia la teoría tradicional de las fuentes del derecho posicionando a la Constitución como la fuente primigenia.

⁷⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 53 y ss. Alexy se autodeclara no-positivista, pero, dadas las características de su teoría, se incluye dentro del neoconstitucionalismo.

mente, se desvirtúa el carácter «constitutivo» de los elementos propuestos, pues si la pretensión de corrección fuera una nota distintiva del derecho, entonces no tendría por qué estar también presente en la moral.

Fuera del mundo del derecho también está la preocupación, aunque en menor grado, por definir al «derecho». En la teoría propuesta por Niklas Luhmann, cuando trata sobre los sistemas autorreferentes y autopoyéticos para diferenciar los distintos tipos de sistemas —jurídico, económico, político y ético— que existen en la sociedad conforme a un criterio funcional expresado en relación binaria, explica que

...para el sistema jurídico es derecho lo que es derecho para el sistema jurídico, y solamente los observadores externos, por ejemplo, los sociólogos, pueden en dado caso reprocharle al sistema que disponga sobre el derecho (*Recht*) en una forma que al observador le parece carente de derecho (*Unrecht*), por ejemplo, como manifestación de una sociedad de clases o como esclarecimiento insuficiente de argumentos racionales.⁷⁸

Para el sociólogo, el sistema jurídico se autodefine, elabora un discurso hacia su interior que oculta su existencia paradójica y tautológica; por eso, sostiene que sólo desde el punto de vista de un observador externo al sistema jurídico se puede identificar a las paradojas y tautologías a fin de develarlas; desde una perspectiva externa es posible observar mejor el sistema jurídico y resolver algunos problemas típicos, como los relacionados con la validez, la argumentación o la justicia.

La definición de Luhmann es teórica porque en la teoría de los sistemas se confunde al *definiendum* (símbolo «derecho») con el *definiens* (significado), y por eso el concepto de derecho que proporciona es tautológico (apartando la autoafirmada tautología de los sistemas funcionales que describe la teoría). El significado intensional de una palabra no puede comprender a la palabra que se define. Al sostener «derecho (símbolo) es lo que el derecho (objeto) dice que es el derecho (significado)» confunde al símbolo con el objeto y el significado, entidades autónomas de conformidad con lo ya reiterado.

Otro ejemplo de definición persuasiva, pero externa, es la propuesta por Michel Foucault, para quien el derecho es un instrumento de dominación. El autor sostiene que

...el derecho es, en general, el instrumento de esa dominación —lo que es evidente— sino también cómo, hasta dónde, y bajo qué formas el derecho

⁷⁸ Luhmann, Niklas, *La observación sociológica del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985 (Anales de la Cátedra Francisco Suárez), pp. 80 y ss.

(y cuando digo derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía, sino de dominación. Y por dominación no entiendo el hecho macizo de una dominación global de uno sobre los otros, o de un grupo sobre otro, sino las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de la sociedad. Y por lo tanto, no el rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas; no la soberanía en su edificio específico, sino las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social. El sistema de derecho, el campo judicial, son los trámites permanentes de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos. El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino desde el de los procedimientos de sometimiento que pone en marcha.⁷⁹

El filósofo de Poitiers parece caer en la inconsistencia de confundir al derecho con el efecto que puede o no producir y también con el origen del Estado; veamos por qué. Por un lado, se asume a la dominación como un atributo necesario para la existencia del derecho; sin embargo, la dominación es un efecto contingente que no define al derecho, puesto que también es posible que el orden, la paz social o la justicia sean un efecto del derecho, por lo que sería válido también afirmar que el «derecho es orden», «el derecho es paz» o «el derecho es justicia». Por otro lado, bajo cualquier teoría contractualista que justifique la creación del Estado como entidad superior a los hombres, depositario de la soberanía que le delegan y único facultado para legítimamente ejercer coacción sobre sus gobernados en caso de desobediencia del derecho, el verdadero instrumento de dominación es el Estado y no el derecho, que, en todo caso, sería producto de la actividad estatal.

Recapitulamos los cuatro problemas en torno a la definición del derecho: primero, falta de consenso; segundo, multiplicidad de definiciones; tercero, vaguedad, ambigüedad y carga emotiva del símbolo «derecho», y cuarto, indeterminación conceptual. ¿Cómo resolver estos problemas? La respuesta no podría ser más sencilla, pues está en ella misma: con una definición, pero no con cualquier definición propuesta en forma arbitraria o caprichosa, sino con una definición que se refiera a las características que identifican al derecho como tal y no como otra entidad.

¿Qué tipo y forma de definición necesitamos?

No es posible definir al derecho persuasiva ni teóricamente, porque nos interesa desocultar su ser. También excluimos una definición verbal, porque

⁷⁹ Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, 2a. ed., trad. de Fernando Álvarez-Uría y Julia Varela, España, Las Ediciones de la Piqueta, 1979, p. 141.

“derecho” no es un término nuevo; el derecho existe, fácticamente, desde las primeras agrupaciones humanas. Tampoco se considera la posibilidad de definir al derecho lexicográficamente, porque si bien es cierto que tiene un uso establecido, éste es tan variado que provoca ambigüedad. Menos aún es posible definir al derecho por operatividad, dado que no existe una serie de operaciones que conduzcan a determinado resultado; esta forma de definir se reserva para las áreas del conocimiento como la física o la matemática, en donde es posible definir, por ejemplo, a la «velocidad» por medio de las operaciones realizadas para medir la distancia y el tiempo. No es idóneo definir al derecho por sinonimia, puesto que no hay otra palabra con el mismo significado, a pesar de que posturas radicales del naturalismo jurídico identifican al derecho con la moral; sin embargo, en la doctrina es una tesis altamente debatida y no concluyente. De igual forma, no se puede definir explicativamente al derecho porque, como ya se precisó, el problema no es la controversia en el símbolo que se define, el *definiendum* es la palabra «derecho», el problema surge al determinar el *definiens*. Por último, no es viable definir denotativamente al derecho, puesto que la extensión de la palabra —de toda palabra— está determinada siempre por su intensión, nunca a la inversa: he aquí la solución.

El derecho es definible por connotación, es decir, de conformidad con el sentido intensional de la palabra, porque sólo así se enumerarían los atributos necesarios e indispensables sin los cuales no es posible individualizar e identificar al derecho como tal, de manera que, con independencia de la postura teórica o ideológica que se tenga, se estará de acuerdo con la definición obtenida, misma que nos permitirá discernir adecuadamente y sin confusión entre los distintos usos del vocablo «derecho» dependiendo del contexto en donde se emplee.

En el capítulo primero precisamos que la certeza del significado de los símbolos está en las definiciones y que el significado del símbolo «derecho», atribuido para designar al ente «derecho» del mundo funcional «derecho» es un caso límite de no lograr consenso en el significado, lo que no debe omitirse por la problemática expuesta con antelación, tornando necesaria la definición por connotación del símbolo «derecho» y con ello al propio derecho como entidad.

Definir al derecho por connotación de ninguna manera implica reducir la ontología a la lingüística, o conceder que el lenguaje tiene efectos constitutivos. Esta forma de definir implica determinar en forma completa y clara el significado de la palabra «derecho» con indicación de las notas necesarias, y sólo éstas, que lo distinguen como tal; y el reconocimiento de

que la lengua es una forma de comunicación, y el lenguaje es el vehículo del pensamiento.

IV. LOS ÁTOMOS DEL DERECHO

¿Cómo saber qué es lo que hace al derecho ser el derecho y no alguna otra entidad?, ¿cómo establecemos nuestra definición del derecho? No se pretende imponer una definición permanente e inmutable del derecho, pues hacer esto implicaría contradecir la firme creencia de que el conocimiento no debe permanecer estático, a menos que esta estaticidad se justifique en haber logrado construir la definición última del derecho. Sin duda alguna, la definición que se proponga estará siempre sujeta a revisión; lo que no está sujeto a modificación es el hecho de que el derecho debe definirse connotativamente.

Compartimos la idea de que “la transformación de la palabra viviente y fluctuante en la rigidez de una serie de signos unívoca y mecánicamente fijada sería la muerte del lenguaje y la congelación y devastación de la existencia”.⁸⁰ lo que no debe interpretarse en el sentido de que las definiciones son innecesarias, sino en el sentido de que una definición, a menos de que se demuestre su definitividad, entraña tres cosas: primero, negación de complementar el significado de determinada palabra con atributos no considerados. Segundo, negar que el significado de los entes se condiciona al uso que en determinado tiempo y espacio se reconoce a los símbolos. Tercero, negar la pretensión de corrección en el proceso de significación.

Nuestro objetivo es construir una definición del derecho con apertura intelectual para el mejoramiento y tendencia a la perfección, es determinar el significado intensional del término “derecho” para identificar al ente derecho.

Así surgen los átomos del derecho, denominados así porque son los componentes esenciales de las propiedades definitorias del derecho.⁸¹

⁸⁰ Cfr. Heidegger, Martin, *Nietzsche I, cit.*, p. 140. Considero pertinente aclarar que, salvo error de apreciación de mi parte, el filósofo alemán confunde al lenguaje con el significado de los símbolos, porque el lenguaje implica no sólo el acto de hablar y el idioma en que se expresa, sino también al pensamiento y a la relación de éste con el mundo exterior. En el capítulo siguiente se abordará este tema con mayor detenimiento.

⁸¹ Siguiendo a Bertrand Russell, “todo lo que sucede en cualquier parte, fruto de la existencia de un átomo se puede explorar experimentalmente, al menos en teoría, a menos que se produzca de manera oculta”, con la obvia divergencia que se refiere a los que denominó «objetos materiales», y por eso continúa, “pero lo que ocurre dentro del átomo (si es

¿Qué es un átomo? Es la “partícula teórica inventada por Demócrito. El á-tomo, invisible e indivisible, es la menor unidad de la materia. No hay que confundirlo con el llamado átomo químico, que sólo es la menor unidad de cada elemento (hidrógeno, carbono, oxígeno, etcétera)”.⁸²

Los átomos del derecho son la universalidad de los atributos compartidos por el objeto «derecho» dentro de la extensión del símbolo «derecho», que nos conduce a usar el mismo término para denotarlos, esto es, son los atributos necesarios e indispensables sin los cuales no es posible definirlo. Se refieren a los atributos compartidos por el objeto inmaterial «derecho» dentro de la extensión del símbolo «derecho» que nos conducen a usar el mismo término para denotarlo. No son un discurso, son el sentido intensional de la palabra «derecho», su definición connotativa y la determinación del derecho como entidad. Son aquellos componentes esenciales, invisibles, indivisibles que definen al derecho sin los cuales es imposible referirse al derecho para identificarlo como tal.

Los átomos del derecho —hasta ahora identificados— son tres: 1) ser un sistema artificial; 2) haberse creado para regular la conducta humana, y 3) estar integrado por proposiciones jurídicas expresadas mediante el lenguaje. La concurrencia de los átomos del derecho constituye el *mínimum* indispensable para afirmar válidamente que un ente es «derecho», de manera que si faltase alguno de ellos estaríamos describiendo o refiriéndonos a otra entidad distinta al derecho. Sus características son:

- 1) *Atemporales*. Su vigencia no se condiciona al transcurso del tiempo o al cambio de época.
- 2) *Imparciales*. Trascienden a cualquier rivalidad teórica sobre el concepto de derecho, porque constituyen un estándar mínimo definitorio.
- 3) *Universales*. Son válidos para cualquier tipo de pensamiento y sistema jurídico.
- 4) *Abstractos*. Son aspectos esenciales que se extraen del conocimiento sobre el derecho previo, pero, una vez obtenidos, se disocian de él.
- 5) *Avalorativos*. Su validez no depende de consideraciones subjetivas o de determinada ética.
- 6) *Amorales*. Su contenido no refleja determinada moral.

que algo ocurre allí) nos es absolutamente imposible de conocer”. En este caso, la estructura interna de los átomos del derecho no es desconocida; inclusive, en la actualidad, gracias a la física cuántica, es posible saber qué es lo que ocurre al interior de los átomos de los objetos materiales (Russell, Bertrand, *El ABC de la relatividad, cit.*, s.p.).

⁸² Lederman, Leon y Teresi, Dick, *La partícula divina, cit.*, p. 11.

- 7) *Inmutables*. Su formulación no cambia. No varía el sentido intensional de las palabras, sin que ello niegue la posibilidad de admitir posteriormente más átomos.
- 8) *Indivisibles*. Cada átomo del derecho se expresa en forma de proposición, que si bien es cierto se integra por diversas palabras, también es cierto que constituyen una unidad. En forma aislada, cada palabra de la proposición adolece de sentido.
- 9) *Fundamentales*. A partir de los átomos del derecho se crea todo el mundo del derecho.
- 10) *Jurisgenésicos*.⁸³ Son el centro común de toda construcción teórica preexistente (efecto retroactivo) y punto de partida de las que subsecuentemente se elaboren (efecto ultraactivo).
- 11) *Absolutos*. Son los mismos en cualquier tiempo y lugar, con independencia del observador.

Dado que los átomos del derecho son el sentido intensional de la palabra «derecho», admiten la coexistencia de doctrinas diametralmente opuestas en torno a su definición, sin que ello implique incurrir en algún tipo de contradicción lógica: no permiten la afirmación y la negación de algo al mismo tiempo, no son abstracciones de la esencia del derecho, no son todo y nada a la vez, no son entes metafísicos, inasequibles e inentendibles, mucho menos son descubrimientos de la naturaleza; por el contrario, son objetivos, artificiales y neutrales, pero, lo más importante, no son novedosos.⁸⁴ En forma explícita o implícita, negándolos o aceptándolos, han estado presentes en la teoría jurídica desde las primeras propuestas definitorias, tanto en aquella que afirma «el derecho es...» como la que niega «el dere-

⁸³ Término acuñado para describir a la característica de los átomos del derecho consistente en ser el centro-origen a partir del cual se despliegan los conceptos preexistentes del derecho. Proviene de la palabra griega «*genesis*», que significa nacimiento, creación u origen, y el vocablo latín «*ius*», que significa derecho.

⁸⁴ Algunos otros teóricos exaltan el problema de la definición del derecho, pero su propósito no es proporcionar una en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; por ejemplo, H. L. A. Hart se propone “hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales” (Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 20); por eso, dedica su obra a describir los elementos esenciales del concepto de derecho (regla de reconocimiento y validez de la ley), que tienen primordial importancia en su elucidación. En relación con esta postura, tendríamos que considerar que los elementos esenciales propuestos por Hart son características o consecuencias del derecho, no son sus elementos constitutivos.

cho no es..., sino que es...». El derecho no evoluciona linealmente, sino que su desarrollo es radial; permite que a la vez coexistan doctrinas originadas en el pasado con las del presente. El positivismo no ha excluido al naturalismo; el neoconstitucionalismo tampoco ha erradicado al positivismo; los conceptos de derecho propuestos en el siglo XIX por Rudolf von Ihering y Friedrich Karl von Savigny están tan vigentes como el propuesto por Robert Alexy en el siglo XX. Es evidente que en la actualidad todas las corrientes de pensamiento jurídico que definen al derecho subsisten, se confrontan, se excluyen mutuamente, se declaran enemigos, pero ninguna ha perecido. ¡La controversia para definir al derecho está tan vigente ahora como lo estuvo hace tres siglos!

Los átomos del derecho se expresan en enunciados predicativos sobre el objeto inmaterial «derecho»; estos enunciados son:

- «Ser un sistema artificial».
- «Haberse creado para regular la conducta humana».
- «Estar integrado por proposiciones jurídicas expresadas mediante el lenguaje».

Los átomos del derecho poseen tres cualidades: verdad, necesidad y utilidad.

- 1) *Verdad*. Se ocupa de cada enunciado de los átomos del derecho expresado en forma individual de manera que cada enunciado es verdadero porque fácticamente describe atributos definitorios del símbolo «derecho»; los enunciados no pueden ser falsos porque entonces dejarían de ser atributos definitorios. Les corresponde una noción semántica de verdad porque son enunciados empíricos que se condicionan a la isomorfía que guardan con el mundo corpóreo. No son enunciados analíticos, por lo que no les corresponde una noción sintáctica de verdad porque definen al mundo funcional «derecho», no son creados dentro del mundo funcional «derecho».
- 2) *Necesidad*. Los átomos del derecho son indispensables para lograr unidad en el mundo funcional del derecho. Eliminan la ambigüedad y vaguedad del símbolo «derecho»; son los criterios para decidir si determinado objeto material o inmaterial es susceptible de incluirse en la extensión del término.
- 3) *Utilidad*. Los átomos del derecho son aplicables para todos los sistemas jurídicos.

Cada cualidad se justifica de distinta forma, dado que obedecen a distintos aspectos; en este sentido, la verdad tiene dos fundamentos: uno ontológico y otro empírico. La necesidad también posee una doble fundamentación: lingüística y deóntica. La utilidad tiene sólo un fundamento empírico.

Originalmente se pensó a la validez como un cuarto atributo de los átomos del derecho, particularmente de sus enunciados, porque se ocuparía de ellos como argumento lógico, no en forma individual como lo hace el atributo de verdad. A este cuarto atributo le correspondería un fundamento lógico en donde se formularía un universo de premisas y una conclusión para proporcionar certeza de que la conclusión se sigue lógicamente de las premisas; es decir, que el argumento no es una construcción aleatoria, impuesta al azar o deducida de un supuesto imaginario. De esta manera, la validez sería complementaria del atributo de verdad, pues a la verdad sólo le importa el contenido de los enunciados, mientras que a la validez sólo le importa la estructura del argumento; sin embargo, se prescindió de la validez porque, en todo caso, sustentaría un argumento contundente: una estructura perfecta pero vacía de contenido, y para los propósitos de esta investigación de nada sirve tener una estructura válida si sus componentes pueden no serlo y no por ello se afectaría dicha validez.⁸⁵

1. *Fundamento ontológico*

Es demasiado fácil apelar a la intuición interior, cuando no puede darse otro fundamento.⁸⁶

Ya dijimos que los átomos del derecho son verdaderos porque reflejan una parte de la realidad del mundo corpóreo, que, según nuestra taxonomía del mundo, corresponde a la realidad del mundo funcional del derecho. Veamos si es así. ¿Por qué se afirma que el derecho es un sistema artificial creado para regular la conducta humana que se integra por proposiciones jurídicas expresadas mediante el lenguaje?

Un sistema es la integración organizada de unidades autónomas en donde cada una de ellas cumple determinada función para, en conjunto, desempeñar cualquier tarea. Es el universo de entidades funcionales organizadas para lograr determinado objeto común. Para que determinado objeto califique como sistema debe cumplir con tres requisitos: integrar unidades,

⁸⁵ En el apéndice agregamos el fundamento lógico, tal y como se había proyectado.

⁸⁶ Frege, Gottlob, *Los fundamentos de la aritmética, cit.*, p. 40.

que cada unidad cumpla una función y que el conjunto de unidades funcionales logre un objetivo común.

El derecho es un sistema porque reúne diversos tipos de proposiciones que son jurídicas por su origen, no por su forma; es decir, por el hecho de producirse dentro del mundo funcional del derecho y no en otro, como el económico o político, con independencia de si son coherentes o no con el resto de las proposiciones jurídicas. Las proposiciones jurídicas que integran al derecho son las normas jurídicas, la declaración de voluntad, las resoluciones jurisdiccionales y la jurisprudencia.⁸⁷ Hasta aquí se satisface el primer requisito para considerar al derecho como un sistema.

Cada tipo de proposición jurídica cumple con determinada función: las normas jurídicas crean instituciones, prescriben derechos y obligaciones para la autoridad y para los individuos y prescriben sanciones en caso de incumplimiento por acción u omisión; la declaración de voluntad, ya sea unilateral, bilateral o multilateral, crea, extingue, modifica o transfiere derechos y obligaciones entre sujetos (por su propio derecho o como autoridad); las resoluciones jurisdiccionales resuelven controversias entre autoridades, individuos o entre los primeros con los segundos, y la jurisprudencia interpreta a las normas jurídicas. Con esto se satisface el segundo requisito para considerar al derecho como un sistema.

El objeto común de las proposiciones jurídicas es regular la conducta humana, con lo que se satisface el tercer requisito para considerar al derecho como un sistema. Es posible diferenciar al mundo del derecho de otros mundos funcionales que también son artificiales y son creados para regular la conducta humana por la forma en que uno y otro se integran, así como también por la distinción del objetivo común que logran sus componentes.⁸⁸ Por ejemplo, el mundo funcional de la economía se integra por modelos que regulan al mercado y su objetivo común es obtener el máximo aprovechamiento de los recursos de determinada región geográfica para lograr estabilidad entre los niveles de pobreza y riqueza.

El derecho no regula cualquier tipo de conducta humana, sino que se encarga de la conducta externa del hombre (actuando por sí o como auto-

⁸⁷ No se incluye a la doctrina, porque son proposiciones que tratan sobre el derecho, lo explican o describen, inclusive puede ser causa de motivación para crear otras proposiciones jurídicas (de ahí que se le pueda considerar como una “fuente” del derecho, pero sólo en este sentido).

⁸⁸ La distinción entre sistemas también la realiza Niklas Luhmann, pero de distinta forma a la que aquí se refiere. Luhmann diferencia los sistemas con base en la función que realizan; en cambio, la distinción propia se hace en las partes del sistema y el objetivo común que logran.

ridad en representación de alguna institución creada por las proposiciones jurídicas); es decir, de toda acción u omisión que el ser humano manifiesta en la realidad material, en donde no está aislado, sino que coexiste y convive con otros hombres. Dado que en el mundo siempre han existido más de dos personas, y dadas las diferencias que puede haber entre uno y otro (formas de vida, modos de pensar, criterios, valores, educación, idiosincrasia, etcétera), es necesario que las acciones del sujeto «X» no causen daño al sujeto «Y» y viceversa, si bien es cierto que «X» considera que determinado acto es correcto, también no es menos cierto que «Y» opina lo contrario, puesto que le causa una afectación en su patrimonio, familia o persona.

El derecho no se ocupa de las acciones mentales; tanto el sujeto «X» como el sujeto «Y» y todo el resto de la humanidad tenemos derecho a ser internamente malos, siempre y cuando esa conducta no se exteriorice y cause daño a los demás. El hecho de que se regule la conducta humana no implica necesariamente que sea para fines benéficos; la regulación es neutra y únicamente supone orden, es decir, que el comportamiento de los sujetos sea coherente y congruente con las proposiciones jurídicas del derecho, ya sea realizando las acciones o absteniéndose de las conductas prescritas. La conducta humana se puede regular para fines calificados como *malévolos* y aun así seguir siendo átomo del derecho.

No es de nuestro interés calificar el objetivo de regulación de la conducta en determinado sistema de derecho objetivo, porque conlleva aceptar la universalidad e inmutabilidad de los valores. Esto es irrelevante para este átomo del derecho, pero tampoco rechazamos la noción de que idealmente el objetivo de la regulación conductual es alcanzar estadios de paz, justicia o armonía, pero esto depende del derecho (derecho objetivo) de cada sociedad. Justificar el propósito de la regulación es tanto como permitir una cadena diabólica, infinitamente retroactiva, que nos lleva a la causa de la causa... hasta el origen de todo lo que ahora conocemos.

Ya vimos que el derecho es un sistema, pero ¿por qué es artificial? La respuesta es simple: porque es creado por el ser humano. No se ha demostrado que organismos distintos al ser humano o divinidades lo hayan impuesto. Esta tesis no debe confundirse ni confrontarse con aquella que trata sobre la inherencia natural del derecho al hombre; la artificialidad se refiere siempre a su origen (positividad) y nada tiene que ver con dilucidar si los derechos se otorgan al hombre (ideología positiva) o se le reconocen (ideología naturalista).

En todo caso, es plausible aceptar que el derecho es natural al hombre, así como también lo es hablar o caminar erguido. Son características propias de la especie o consecuencia lógica de que poseemos un cerebro

evolucionado (somos la única especie animal dotada de un cerebro que nos permite hacerlo, sin menospreciar a las otras especies que de alguna u otra forma cuentan con un sistema organizado de convivencia para sobrevivir, tales como los leones o los lobos). El derecho no es natural porque no es un objeto que se encuentre en el medio ambiente esperando a ser descubierto y descrito por el hombre; el derecho no existe con independencia de nosotros; no es un fenómeno natural, como la lluvia o la fotosíntesis, que se producen sin intervención humana. La artificialidad del derecho significa que es elaborado por el hombre sin importar la fuente de inspiración, si fue iluminado por Dios o por la razón; el derecho depende del hombre porque sin el ser humano no existiría, y si así fuera, entonces ¿con qué objeto existiría el derecho?⁸⁹

2. *Fundamento lingüístico*

Sin el lenguaje no podemos entendernos y por eso dependemos en última instancia de la confianza en que el otro entiende las palabras, las formas y los modos de construir oraciones, esencialmente de la misma manera que nosotros mismos.⁹⁰

Una de las razones por las que el derecho se ha tornado odiosamente circular es la aceptación dogmática de que su definición es un problema filosófico irremediable; por comodidad, conveniencia o desconocimiento hemos menospreciado y devaluado el mérito de las definiciones, el sentido de las palabras, las hemos confundido con los objetos a que se refieren.

Los seres humanos tenemos la necesidad o requerimos de comunicarnos, y la comunicación verbal es una forma para hacerlo y por esta razón son importantes tanto las definiciones como el lenguaje (en cualquiera de sus

⁸⁹ Según Hegel, “Las leyes del derecho son leyes que provienen del hombre, la voz interna puede necesariamente entrar en colisión con esto, o adherirse a ello. El hombre no permanece en lo existente sino que afirma tener en él la medida de lo que es el derecho: él puede ser arrojado a la necesidad y a la violencia de la autoridad externa, pero nunca como a la necesidad de la naturaleza, pues le dice siempre su interior, como ello debería ser y él encuentra en sí mismo la aprobación de lo que vale. En la naturaleza la verdad suprema es la que una ley es general: en las leyes del derecho la cosa vale no porque ella es, sino que cada uno exige que ella debe corresponder a su propio criterio” (Hegel, G.W.F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. de Ramón Valls Plana, Madrid, Alianza Editorial, 2005, pp. 67 y ss.).

⁹⁰ Frege, Gottlob, *Sobre concepto y objeto*, “Ensayos de semántica y filosofía de la lógica”, 2a. ed., trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos, 2013, p. 127.

funciones básicas: informativa, expresiva y directiva), dado que, en determinado circuito del habla, los interlocutores deben estar en un mismo canal, contexto, y deben tener el mismo código para lograr entregar y recibir el mensaje con claridad, esto es, entenderse. Si el proceso comunicacional se vicia, ya sea porque los interlocutores no se refieren al mismo contexto, o bien porque existen discrepancias entre los símbolos que integran el código, entonces surgen conflictos entre ellos.

Como hemos señalado, a los objetos les corresponde una definición que permite a los seres humanos referirse a ellos siempre que utilicen determinadas palabras; facilita la comunicación en un mismo canal y contexto, dado que los hablantes aceptan la definición de manera que en cualquier idioma, inclusive en cualquier tiempo, siempre que se utilice esa definición se hará referencia al mismo objeto. El significado atribuido al símbolo conduce a la operación mental que necesariamente concluye que se está haciendo referencia al objeto identificado por el símbolo.

Tener una definición para los objetos disminuye la posibilidad de que los interlocutores disputen, puesto que, dado el significado de un símbolo y aceptado universalmente (o al menos entre los hablantes), se tiene la certeza de que los interlocutores realizan la misma operación mental para concluir que el objeto «*S*» representado por el símbolo «*R*» significa «*Q*», entonces, en caso de haber disputa entre los hablantes será siempre genuina y no verbal, de fondo y no de forma. Dentro del sistema «derecho» las disputas verbales entre los operadores son comunes, siendo ésta una de las razones por las cuales es necesario interpretar a las proposiciones jurídicas que lo integran. Las definiciones contribuyen a erradicar los problemas de comunicación, que son la principal causa de la mayoría, sino de todos, los problemas de la humanidad.

3. *Fundamento deóntico*

Así como también existe multiplicidad de teóricos que proponen definiciones sobre el derecho, existen otros que, por apatía, desinterés o comodidad, se apartan del problema.

Georg Hegel presupone el concepto de derecho. Para el filósofo alemán, la ciencia del derecho es una parte de la filosofía, y, como tal, constituye un círculo; se desarrolla a partir de algo primigenio, inmediato, no demostrado y que no es resultado alguno de algo, en este caso, el concepto de derecho (por esta razón escapa a la ciencia del derecho, pues únicamente se ocupa de desarrollar el concepto, pero no del concepto como tal). Es un círculo

porque inicia con la presuposición del concepto (relativo) y termina como el resultado de la misma. No importa el concepto de derecho, porque la ciencia del derecho tiende especialmente a indicar lo que es el derecho. La configuración que se da al concepto en su realización constituye, para el conocimiento del concepto mismo.⁹¹

En este mismo sentido, para Alf Ross es inútil el problema de la definición del concepto «derecho» e intrascendente para la filosofía del derecho, porque ésta se circunscribe al estudio de conceptos presupuestos; en este sentido, es un error creer necesario introducir una definición del derecho para distinguirlo de otros tipos de normas sociales, dado que el derecho nacional vigente constituye un todo individual; la coherencia de significado interno al mismo determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo; para el jurista, la palabra «derecho» no es común a una clase de reglas jurídicas, sino a una clase de órdenes jurídicos individuales, lo que se confirma en la práctica, porque los juristas comúnmente no tienen dificultad para determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, de manera que la función de la ciencia del derecho es exponer un determinado sistema nacional individual de normas.⁹²

Adherirse a estos planteamientos resulta difícil si consideramos que, si bien ideal, no es imposible tener unidad en la definición del derecho. Aspiramos a lograr unidad en la definición del derecho, y el primer paso para lograrlo es el consenso general en los elementos que lo constituyen y permiten identificarlo como «derecho» y no como algo más, evitando así el *continuum* constructivo en torno a algo que no sabemos con certeza lo que es.

Pero ¿por qué es tan importante tener una definición? Para definir al número «1», Gottlob Frege se pregunta: “¿pero no es vergonzoso para la ciencia que se halle en este estado de confusión ante el objeto que más le atañe y que es, aparentemente, tan simple?”⁹³ La función de toda definición es evitar o corregir errores en el razonamiento y erradicar ambigüedades.⁹⁴ La actividad intelectual no debe concentrarse más en disputas verbales, considerando que nos precede un bagaje cognoscitivo amplísimo; ahora las disputas en torno al derecho deben ser de fondo, no de forma.

El conocimiento sobre el derecho se ha mantenido casi igual desde los siglos XVIII y XIX, ¿acaso ya no hay más conocimiento que crear?, ¿ya todo está dicho?

⁹¹ Hegel, G.W.F., *op. cit.*, p. 80.

⁹² Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Universitaria, 1997, pp. 30 y ss.

⁹³ Frege, Gottlob, *Los fundamentos de la aritmética*, *cit.*, p. 14.

⁹⁴ Cohen, Carl y Copi, Irving M., *op. cit.*, p. 173.

En comparación con las teorías generadas sobre la soberanía, la división de poderes, el origen del Estado o los derechos de los individuos, en nuestra época, la actividad inventiva ha disminuido; somos entes pasivos, nos conformamos con retomar las tesis de corrientes filosóficas preexistentes que mejor nos convengan, les agregamos dos o tres ideas carentes de fundamento y decimos que creamos nuevo conocimiento (tal es el caso del neoconstitucionalismo) ¡somos seguidores abnegados de lo ecléctico! No podemos aceptar que el conocimiento sobre el derecho sea tan limitado o ¿acaso adolecemos de estímulos? Las teorías contractualistas sobre el origen del Estado se erigieron como respuesta al absolutismo y los abusos de los monarcas; en la modernidad tenemos otros incentivos que nos permiten crear nuevo conocimiento.

4. *Fundamento empírico*

¿Realmente nuestros átomos del derecho son universales?, ¿satisfacen y son aplicables para los sistemas jurídicos contemporáneos? No representa problema alguno proponer una teoría y demostrar su validez conforme a determinado método o sistema, porque si está correctamente estructurada, siempre será válida, pero no por ello será verdadera. Si nuestro propósito es definir al derecho con los átomos propuestos, entonces es necesario contrastarlos con los actuales sistemas jurídicos para verificar si los satisfacen, debemos determinar si existe isomorfía entre nuestra propuesta teórica y la realidad material. Confrontaremos pues a nuestros átomos del derecho con los sistemas jurídicos romano-germánico, *common law*, ruso, musulmán, de la India, chino, japonés y africano.⁹⁵

Para evaluar al átomo del derecho «ser un sistema artificial» se empleará un criterio histórico que nos remite al origen de todos los sistemas jurídicos. Para el átomo del derecho «haberse creado para regular la conducta humana» se utilizará un criterio de evaluación funcional que nos obliga a determinar el propósito o razón que motiva la implementación del derecho en cada sistema jurídico. Finalmente, se utilizará un criterio de evaluación analítico para el átomo del derecho «estar integrado por proposiciones jurí-

⁹⁵ Clasificación propuesta por René David y Camille Jauffret-Spinozi. No es la única clasificación; no obstante, para los fines de esta obra, es la que presenta la mejor propuesta por su exhaustividad y claridad en la diferenciación de cada sistema jurídico. *Cf.* David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 510.

dicas expresadas mediante el lenguaje», porque se determinará conforme al estudio de las fuentes del derecho en cada sistema jurídico.

Antes de iniciar con nuestro análisis debemos aclarar que no hay pretensión alguna de una exposición exhaustiva de cada sistema jurídico, no sólo porque rebasaría las posibilidades de este trabajo, sino porque escaparía al propósito planteado. Nos referiremos entonces a cada uno de ellos tan sólo en las partes de interés para su contrastación con los átomos del derecho.⁹⁶

El sistema jurídico romano-germánico surge en la época antigua romana para regular las relaciones entre los ciudadanos y determinar las reglas que rigen a la sociedad. Se fue formando desde la tradición romana hasta las compilaciones del emperador Justiniano. Aparece formalmente en Europa continental en los siglos XII y XIII con el renacimiento de los estudios de derecho romano en las universidades. Concibe al derecho como un modelo de organización social al prescribir las reglas que deben observarse en la convivencia humana, y la principal fuente del derecho es la ley. Esta familia del derecho se caracteriza por el formalismo, por lo que la ley adquiere mayor relevancia, desplazando a las demás fuentes del derecho, tales como la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina.

El sistema jurídico del *common law* se formó en Inglaterra por las Cortes de Westminster y por la Corte de la Chancillería después de la conquista normanda en el siglo XI. A diferencia del sistema romano-germánico, éste no tiene como propósito determinar las bases sobre las que se desarrolla la sociedad, sino restablecer el orden alterado, presupone el quebrantamiento del orden social. La principal fuente del derecho no es la ley, sino la jurisprudencia o precedentes judiciales, seguida de la costumbre y la doctrina.

El sistema jurídico ruso surge a principios del siglo XX debido al cambio del régimen zarista a una doctrina socialista sustentada en tesis marxistas para lograr el comunismo. El fracaso del comunismo y la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas no causó la extinción de este sistema jurídico, únicamente su modificación. Continúa vigente, pero ahora es una forma ecléctica entre el derecho romano-germánico y el *common law*, prevaleciendo el primero de ellos. En su inicio socialista, el sistema

⁹⁶ La presentación de cada sistema jurídico es síntesis del estudio de René David y Camille Jauffret-Spinozi (David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*); por efectos estéticos más que metodológicos, para evitar múltiples pies de página se inserta esta precisión, sin que por ello se incurra en falta u omisión en la cita de las fuentes, máxime que la síntesis presentada no constituye una transcripción literal, sino una abstracción personal del contenido de la obra que la motiva.

jurídico ruso no pretendía crear reglas de derecho para asegurar la organización de la sociedad; por la influencia de la teoría económica marxista, la función del derecho era ser vehículo necesario para facilitar el comunismo y, una vez logrado, desaparecer. Actualmente tiene como propósito instaurar una economía de mercado como en las democracias occidentales y lograr un Estado de derecho. Prevé a la ley como su única fuente formal. La jurisprudencia no tiene ese reconocimiento expreso, pero se faculta a los juzgadores a interpretar la ley en el desempeño de su labor jurisdiccional; tampoco se reconoce a la costumbre, a pesar de que en su codificación civil se le considera como una regla de conducta no escrita, establecida y aplicada en las aplicaciones comerciales. Por último, la doctrina también es excluida como fuente formal, pero no se niega la influencia que tiene en los operadores del derecho.

Debido a que el sistema jurídico musulmán se basa en el Corán, se considera que su origen data del nacimiento de la religión islámica instaurada por Mahoma, quien comenzó a predicar las revelaciones que, según la tradición, le fueron hechas por el arcángel Gabriel. El derecho musulmán es una de las facetas de la religión islámica. Tiene como propósito determinar los dogmas que la comunidad musulmana debe creer (*aqîda*) y prescribir a los creyentes lo que deben hacer o dejar de hacer (*charî'a*). Sus fuentes del derecho son el Corán, Sunna, Idjma (interpretación por unanimidad), y quiyas (razonamiento por analogía).

El sistema jurídico japonés surge desde el año 702 con el *Tai-Ho*, que era una legislación donde se precisaban las obligaciones que cada clase social debía cumplir con el Estado. Por consecuencia de la abolición del feudalismo en 1868, su derecho se occidentalizó y actualmente es una combinación del romano-germánico y del *common law*. Originalmente su objetivo era precisar las obligaciones que cada clase social debía cumplir con el Estado; actualmente es un instrumento coactivo utilizado por el Estado para imponer su voluntad. Las fuentes del derecho más importantes en el sistema jurídico japonés son la ley y el derecho codificado, enseguida se sitúa a la jurisprudencia, los precedentes y la costumbre; nuevamente, la doctrina es despreciada.

El sistema jurídico de la India se origina con el Código de Manú creado por Suayambú, primer rey de la India, escrito en el 200 a.C. Se basa en los principios de la religión hindú y surge para regular y organizar a las castas en que estaba dividida la sociedad: *brahmanes* o sacerdotes dotados de grandes privilegios, *chatrias* o guerreros, *vaysias* o mercaderes, sudras y parias o descastados. La ley prevalece como primera fuente del derecho, seguida de la jurisprudencia.

En China prevalecía la observancia de los ritos prescritos por la costumbre, por lo que no existía un sistema jurídico formal; éste nace formalmente en el siglo III antes de nuestra era, cuando la escuela de pensamiento de los legistas, representada principalmente por Han-Fei-tseu, proclamó que, en lugar de acentuar la virtud de los gobernantes, se debía puntualizar la necesidad de acatar a las leyes. Este sistema jurídico surge no para ser el medio natural de solución de controversias entre hombres, sino para proponer modelos de conducta o formular amenazas para quienes se comporten en contra de la sociedad, pues plantea el ideal de que las leyes jamás tengan que ser aplicadas. Prevalece la ley como principal fuente del derecho, a continuación, la jurisprudencia en forma de circulares interpretativas o explicativas emitidas por la Corte Suprema Popular; la costumbre también se emplea.

El sistema jurídico africano surge en los siglos XIX y XX como consecuencia de los movimientos independentistas suscitados en ese continente; tiene como propósito que el derecho sea un vehículo de transformación revolucionaria para mejorar a los países antes colonizados, así como para reafirmar sus valores y tradiciones. Sus fuentes del derecho son la ley y la costumbre.

Ahora estamos en aptitud de contrastar cada sistema jurídico con los átomos del derecho.

El átomo del derecho «ser un sistema artificial» ¿se satisface para todos los sistemas jurídicos? Sí. Como ya se dijo en el capítulo primero y en el presente al abordar el fundamento ontológico, el derecho es una entidad creada por el ser humano; el derecho no es un sistema natural, porque no es una entidad creada por la naturaleza, mucho menos creada por organismos distintos al ser humano. Todos los sistemas jurídicos analizados son artificiales, difieren en la forma de origen, pero no en su artificialidad. El hecho de que un sistema jurídico haya sido impuesto por un emperador romano o, en su defecto, por un líder religioso en nada cambia el hecho de que son producto del imaginario humano.

El átomo del derecho, al «haberse creado para regular la conducta humana» ¿se satisface para todos los sistemas jurídicos? Sí. Este átomo del derecho no distingue el propósito ni la forma en que debe regularse la conducta, o para qué se regula, únicamente importa que regule la conducta externa del hombre, por lo que es válido que cada sistema jurídico se plantee diversos fines por los que regula la conducta de quienes están bajo su imperio. Tomemos el sistema jurídico ruso como caso ejemplar; en su vertiente socialista, el derecho regula la conducta para conducir hacia el comunismo; en contraste, en su vertiente moderna, el derecho regula la conducta para lograr un Estado de derecho.

Finalmente, el átomo del derecho al «estar integrado por proposiciones jurídicas expresadas mediante el lenguaje» ¿se satisface para todos los sistemas jurídicos? Sí, porque no distingue la forma de soporte o expresión de la proposición jurídica, siempre y cuando sea considerada como fuente del derecho. Como hemos podido constatar, cada sistema jurídico tiene sus fuentes de derecho, las cuales contienen las proposiciones jurídicas que integran al derecho, sin importar que sean las mismas fuentes que las de su religión, como en el sistema jurídico musulmán; en este caso, el Corán contiene proposiciones jurídicas que también son proposiciones religiosas; es un caso *sui generis* en donde derecho y religión son lo mismo, no es que se confundan entre sí, es que son isomorfos; establecer una distinción entre ellos es estéril, porque el propio sistema los considera idénticos.

Al finalizar el capítulo primero respondimos ontológicamente a la pregunta ¿qué es el derecho? No lo definimos porque únicamente nos interesaba ubicarlo en el mundo bajo sus diversas formas progresivas, primero como entidad y después como mundo funcional, y nos planteamos diversos cuestionamientos que en este capítulo nos obligaron a definir al derecho. Pues bien, el derecho es un sistema artificial creado para regular la conducta humana, que se integra por proposiciones jurídicas expresadas mediante el lenguaje. Nuestra definición constituye la estructura del derecho, enseguida nos ocuparemos de su contenido.

En forma anticipada, al inicio de este capítulo nos referimos a las proposiciones jurídicas que integran al derecho e introdujimos algunas cuestiones en torno al lenguaje, deliberadamente no se precisó que existe una distinción entre lengua y lenguaje o que existen diversos tipos de lenguaje. Tampoco se abundó en el tema de las fuentes del derecho y en la posible inconsistencia motivada por la isomorfía entre proposiciones jurídicas y religiosas; definimos al derecho sin ocuparnos de responder a las preguntas ¿por qué son «jurídicas» las proposiciones jurídicas? y ¿por qué el derecho se integra por las proposiciones jurídicas que aquí referimos? Es momento de intentar dar respuesta a tales interrogantes. En el siguiente capítulo escucharemos al derecho y, si lo que nos dice es obscuro, entonces trataremos de aclararlo mediante la interpretación.