

**EL DERECHO Y LA CIENCIA
DEL DERECHO**

ROLANDO TAMAYO Y SAlMORÁN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

(Introducción a la ciencia jurídica)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES, núm. 86

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

(Introducción a la ciencia jurídica)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México, 1986

Primera edición: 1984
Primera reimpresión: 1986

DR. © 1986, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-837-366-4 (primera edición)
ISBN 968-837-974-3 (primera reimpresión)

A Rolando,
José Alberto y
Antonio César

"...cupidae legum iuventuti"

¿Dónde en el mundo
puede observarse un
sujeto metafísico?

LUDWIG WITTGENSTEIN

:

PREFACIO

El libro, como lo indica claramente el título, es una explicación del concepto del derecho y de la ciencia del derecho. Aunque destinado a estudiantes, no pretende ser un libro de texto. El libro contiene una selección de problemas cuya discusión considero necesaria en la enseñanza del derecho, de la filosofía del derecho y de la metodología jurídica.

He tratado de delinear los presupuestos y distinciones fundamentales de los temas tratados con el vigor y frescura de nuevos planteamientos. Omití muchas cosas que me parecieron de importancia secundaria para un trabajo de esta naturaleza. El libro es una introducción. Sin embargo, espero que pueda desalentar la creencia de que una introducción deba contener sólo trivialidades. Los temas han sido seleccionados y ordenados teniendo en perspectiva su discusión progresiva. Debo confesar que la mayor parte del trabajo estaba originalmente destinada a formar parte de una edición revisada de mi libro: *Sobre el sistema jurídico y su creación*.¹ Varios compromisos académicos y editoriales retardaron tanto el proyecto, que la revisión se hizo muy difícil. Diversas razones —entre ellas, la amable insistencia de algunos de mis colegas— me llevaron a preparar este trabajo de forma independiente. Por último, me decidí a publicarlo para proveer al estudiante con ciertos criterios que le permitan acceder y evaluar las teorías del derecho.

El libro presupone el conocimiento de obras como las de H. Kelsen, A. Ross, H.L.A. Hart, R. Dworkin, R. Vernengo, C. Nino; pero, en ningún sentido, pretende sustituir los textos de estos autores. El libro debe considerarse como un material para ser discutido en clase.

Una breve explicación sobre la estructura del libro. En el capítulo primero anuncio la estrategia que habrá de seguirse en el resto del trabajo. En él se observa qué tanto este esfuerzo se asocia con la filosofía jurídica analítica (y con la filosofía analítica en general). En el capítulo segundo pretendo establecer un mínimo de rasgos característicos del objeto derecho teniendo en cuenta las condiciones que gobiernan el uso de la expresión 'derecho'. Mi propósito es construir, a partir

¹ México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

de nuestras más arraigadas intuiciones, un conjunto de generalizaciones empíricas que permitan establecer notas definitorias del derecho que sean, aunque pocas en número, indiscutibles. La idea es formular una especie de *naive theory* del derecho que guíe el desarrollo posterior. En este capítulo el lector verá surgir conceptos analíticos de obligación, de hecho ilícito, de fuente, de sanción, de norma, los cuales serán simplemente mencionados. La intención de esta parte de la exposición es, además de establecer los conceptos señalados, subrayar el carácter coactivo, normativo e institucional del derecho. Este capítulo va acompañado de un apéndice sobre el concepto de responsabilidad.

En el capítulo tercero expongo, de manera más bien esquemática, la teoría del derecho de John Austin. Mi idea es mostrar qué tanto las teorías del derecho presuponen los rasgos característicos señalados en el capítulo anterior. La teoría de John Austin es un ejemplo típico del enfoque imperativo del derecho. (Un capítulo sobre la teoría de Bentham² fue excluido; consideré que como ejemplo era suficiente la exposición sobre Austin.) Ciertamente, la teoría de John Austin no es la teoría imperativa más lograda (ésta sin duda, sería la de Kelsen), la escogí, *inter alia*, por ser una teoría muy simple en sus presupuestos; su exposición es primordialmente didáctica. A este capítulo acompaño una breve nota sobre la vida de John Austin.

En el capítulo cuarto intento mostrar una imagen del derecho que si bien no es completamente opuesta a la presupuesta por las teorías imperativas, pone un énfasis particular en otros aspectos. Las teorías imperativas describen el derecho como compuesto esencialmente de normas que imponen obligaciones; concentran su atención en la idea de obligación y conceptos correlativos (*e.g.* hecho ilícito, sanción, responsabilidad). Sin embargo, existen problemas jurídicos que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. Puede constatarse que gran parte del discurso jurídico no se formula en términos de obligaciones. Jueces y abogados se comunican entre sí en términos de "facultades" y "derechos". Por ello, dedico el capítulo quinto al análisis de los conceptos de facultad jurídica y derecho subjetivo. Abordo separadamente estos conceptos e intento mostrar que son conceptos diferentes que no deben confundirse. Describo primeramente el concepto de facultad, toda vez que este concepto es lógicamente pre-

² Tamayo y Salmorán, Rolando, "La teoría del derecho de Jeremías Bentham" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año xviii, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 553-570.

supuesto por el de derecho subjetivo. En la exposición, más bien breve, me interesa destacar que el concepto de facultad es indicativo de una función esencial de todo orden jurídico: la atribución o facultamiento de poderes, necesaria para la creación y modificación del derecho.

Consagro un espacio mayor a la descripción del derecho subjetivo. Me preocupa mostrar aquellos aspectos de los derechos que son oscurecidos si se explican en términos de obligaciones. Considero los derechos como un tipo de permisión y hago particular insistencia en la importancia que reviste la *fuerza* del derecho subjetivo. Señalo algunas facultades incluidas en los derechos y subrayo ciertas notas distintivas de los derechos, *inter alia*: su carácter *prima facie* y su función *práctica* (normativa).

La primera parte del libro termina con una explicación del concepto de persona jurídica. La exposición recurre fundamentalmente al análisis de los textos del derecho romano en virtud de que son los jurisconsultos romanos los que dieron a la expresión 'persona' su significado jurídico originario, el cual se convertiría en la noción dogmática de persona jurídica. Una vez señalado el origen y evolución del concepto de persona, procedo a determinar su alcance y sus usos dogmáticos y termino con una explicación teórica del concepto.

En la introducción de la segunda parte planteo la cuestión: '¿qué es la ciencia del derecho?' e indico la estrategia con la que pretendo resolver tal interrogante. Dedico el capítulo séptimo a analizar ampliamente qué es la ciencia. No pretendo clausurar la discusión lanzando una definición que determine *ex nunc* qué es la ciencia. Mi intención es, más bien, encontrar un criterio que permita *reconocer* los usos apropiados de "ciencia". En este análisis hago especial referencia a la concepción aristotélica de ciencia, toda vez, que, es esta concepción el modelo que habrían de seguir los jurisconsultos romanos en la construcción de la *jurisprudencia* (paradigma de la dogmática jurídica posterior).

Después de la explicación de los usos de 'ciencia' y del *modelo clásico*, abordo el problema de la ciencia del derecho intentando mostrar qué tanto conviene la explicación de ciencia a la jurisprudencia. Este capítulo es un análisis del nacimiento de la jurisprudencia y de sus características. El estudio del nacimiento de la jurisprudencia permitirá descubrir los presupuestos, métodos y creencias no explicitados por los juristas.

Estos dos capítulos, conjuntamente con el *excursus* tercero, pueden considerarse como una contribución a la historia de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva el libro se encuentra estrechamente relacionado con otro de mis trabajos intitulado: *La jurisprudencia y la formación del ideal político*,³ publicado, también, por este Instituto.

En el capítulo octavo me preocupo por describir qué es la filosofía del derecho, en qué consiste la metodología jurídica, así como señalar la relación que guardan entre sí. Destaco el hecho de que la filosofía jurídica, al igual que la filosofía de la ciencia, es una reflexión de segundo orden cuyo objeto lo constituye, primordialmente, el análisis de conceptos, *i.e.* el análisis de los conceptos de la jurisprudencia dogmática. Señalo el carácter descriptivo y metateórico de la metodología y procuro mostrar que la metodología jurídica constituye una parte de la filosofía del derecho que se ocupa de describir los métodos canónicos de la jurisprudencia dogmática. El capítulo continúa con la explicación de esta última. En esta breve exposición me preocupo por determinar su objeto y sus rasgos característicos. El capítulo termina explicando la "descripción" del derecho que realiza la jurisprudencia dogmática y su carácter dogmático.

El capítulo décimo da cuenta del problema de la interpretación jurídica, problema que, si no agota la ciencia jurídica dogmática, sí constituye su aspecto más fundamental. En este *capítulo* explico en qué consiste la interpretación haciendo hincapié en la diferencia entre lenguaje jurídico prescriptivo y jurídico descriptivo.

El libro contiene, además, dos ensayos, dos *excursis*. El primero de los *excursis* aborda el problema del origen y función del proceso jurisdiccional. Su inclusión se debe a que la disponibilidad de un proceso jurisdiccional constituye una característica distintiva de los órdenes jurídicos. En la descripción del origen y funcionamiento del proceso me refiero fundamentalmente al proceso entre los griegos de los tiempos homéricos. Hago un estudio comparado del primitivo proceso griego con el derecho procesal romano de las *legis actiones* y de otros derechos antiguos (Babilonia, India Antigua, derecho germánico), con el propósito de producir alguna luz en la descripción del funcionamiento de esta institución primaria del orden jurídico.

El segundo *excursus* estudia la jurisprudencia entre los antiguos grie-

³ *Introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983.

gos. Creo que no existen mejores escenarios para observar la formación de la jurisprudencia que la antigua Grecia y la antigua Roma. El propósito de este *excursus* es saber cómo nació la ciencia jurídica. Comparto la creencia de que un claro entendimiento de esta cuestión aumentará nuestra comprensión del problema, 'qué es la jurisprudencia' y cómo ésta ha evolucionado.

Me resta citar aquí a aquellos que de diferentes formas me ayudaron en la preparación de este trabajo. Primeramente, debo expresar mi agradecimiento al personal de la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en particular a Eugenio Hurtado y a Raúl Carranza por su siempre eficiente colaboración. Algunas fuentes fueron consultadas en la *Codrington Library* de *All Soul College*, Oxford. En esta oportunidad doy las gracias a Barry Britton y a Norma Aubertin Potter por su gentil ayuda. Asimismo, agradezco a Ana Vega, a Ma. del Socorro Merino y a Ma. Cristina Valdés, quienes pacientemente hicieron y rehicieron las versiones mecanográficas, su colaboración. Igualmente, agradezco a Asael Rosales su incansable asistencia en la reproducción y compaginación de materiales.

Doy las más expresivas gracias a mi colega doctor José Barragán por su desinteresada colaboración en la revisión de las fuentes latinas y griegas, así como al doctor José Tapia y a la maestra Ute Schmidt del Instituto de Investigaciones Filológicas por la revisión de una buena parte de las transcripciones griegas.

Quiero agradecer al maestro J. Jesús Orozco su amable y tenaz insistencia, la cual me impulsó a preparar este trabajo. Igualmente, agradezco a Javier Esquivel, Héctor Fix-Zamudio, Rubén Bonifaz, Álvaro Bunster, Denis Galligan, Ulises Schmill, Ignacio Medina, Ma. del Refugio González, Jorge Adame, J. Jesús Orozco, José Barragán y Roberto J. Vernengo los iluminantes comentarios que hicieron sobre diferentes partes del trabajo. Doy gracias a todos los compañeros del Instituto por su consejo y estímulo, así como a mis alumnos con los cuales he discutido estos temas.

Por último, deseo expresar mi gratitud y mi profundo reconocimiento a mi esposa y a mis hijos por su apoyo, su ayuda y su comprensión.

Quiero agradecer a las siguientes personas y entidades el permiso para utilizar todo o parte de los siguientes materiales que preparé para ellos o publiqué bajo su pie de imprenta: *Mouton Publisher* (La Haya): "The State as a Problem of Jurisprudence"; Instituto de Investigacio-

nes Jurídicas: "La teoría del derecho de John Austin"; *Bergin Publishers* (Hodley, Mass.): "The Judicial Litigation in Early State and the Evolution of Legal Process; *Rechtstheorie, Verlag Dunker und Humblot* (Berlín/Mainz): "The Functioning of Human Rights in the Legal System"; J. Barrera Graf, editor de *Estudios Jurídicos en Memoria a Roberto L. Mantilla Molina*: "El concepto de persona jurídica", *Conferenza sulla Ragione nel Diritto, Università degli Studi di Bologna*: "Il modello razionale della prima Giurisprudenza".

Agosto, 1984

Í N D I C E

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
1 <i>El problema del derecho</i>	19
2 <i>¿Existe un objeto llamado derecho?</i>	20
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE DERECHO	25
1 <i>Derecho y constreñimiento artificial</i>	25
a) <i>La reducción de las opciones del comportamiento</i>	25
b) <i>La técnica del castigo</i>	26
2 <i>Instituciones y “normas jurídicas”</i>	27
3 <i>Los hechos contrarios al derecho (mala prohibita)</i>	29
4 <i>La imposición de “deberes”</i>	29
EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD	33
CAPÍTULO III. LA TEORÍA DEL DERECHO DE JOHN AUSTIN	37
1 <i>El derecho y sus componentes: The laws</i>	37
2 <i>La obligación o el deber</i>	38
3 <i>La sanción</i>	39
4 <i>Carácter general de las normas jurídicas (laws)</i>	40
5 <i>La superioridad (autoridad)</i>	41
6 <i>El derecho “propriamente hablando”</i>	43
a) <i>Su positividad</i>	43
b) <i>Su fuente</i>	43
7 <i>La soberanía</i>	44
8 <i>El objeto de la ciencia del derecho</i>	45

9 <i>Las normas jurídicas (laws) que confieren derechos subjetivos</i>	46
10 <i>El derecho consuetudinario y el derecho creado jurídicamente</i>	47
11 <i>Conclusiones</i>	49
JOHN AUSTIN	53
CAPÍTULO IV. FACULTAD JURÍDICA Y DERECHO	
OBJETIVO	59
1 <i>Planteamiento</i>	59
2 <i>Facultad jurídica</i>	60
3 <i>Normas que confieren facultades</i>	62
4 <i>La facultad y la creación del orden jurídico</i>	63
5 <i>El derecho subjetivo</i>	64
a) <i>Introducción</i>	64
b) <i>La estrategia</i>	64
6 <i>El derecho subjetivo como permisión</i>	65
7 <i>Permisión expresa</i>	66
8 <i>La conducta obligada y su permisión</i>	67
9 <i>El derecho subjetivo y su fuente</i>	67
10 <i>Los derechos y su perimetro protector</i>	69
11 <i>Facultas exigendi</i>	71
12 <i>Otras facultades incluidas en los derechos</i>	73
13 <i>El carácter prima facie de los derechos</i>	73
14 <i>Epílogo</i>	76
CAPÍTULO V. EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA	
1 <i>Introducción</i>	79
2 <i>Significado de 'persona'</i>	80
3 <i>Persona iuris</i>	84
4 <i>Persona y homo</i>	86
5 <i>Alterae personae</i>	88
6 <i>Análisis del concepto de persona jurídica</i>	89
7 <i>Algunos problemas que origina la noción de persona</i>	91
8 <i>La teoría</i>	93

SEGUNDA PARTE

LA CIENCIA Y LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO VI. INTRODUCCIÓN	99
CAPÍTULO VII. LA CIENCIA Y EL IDEAL DE LA CIENCIA	101
1 Algo sobre la expresión 'ciencia'	101
a) 'Ciencia' como operador oracional	101
b) La ambigüedad de 'ciencia' y las "condiciones que gobiernan su uso"	102
2 Los objetos de la ciencia	105
a) El problema	105
b) La vaguedad de 'ciencia'	106
c) La ciencia paradigmática	107
3 Los métodos científicos	108
4 La "definición" y el "ideal" de ciencia	109
5 La ciencia clásica	110
a) El conocimiento científico.	110
b) La inducción de los principios generales	112
c) El status de las premisas	115
d) La estructura de la ciencia.	117
e) El ideal de la sistematización deductiva y la demostración	119
6 El carácter emotivo de 'ciencia'	120
7 La definición persuasiva de 'ciencia'	122
CAPÍTULO VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO.	123
1 Introducción	123
2 La profesión jurídica	124
3 Geometría y jurisprudencia.	129
4 La importancia del derecho y de la jurisprudencia en Roma	134
CAPÍTULO IX. FILOSOFÍA DEL DERECHO, METODOLOGÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA	139
1 Filosofía del derecho	139
2 Metodología jurídica.	141

3	<i>La jurisprudencia</i>	143
	a) <i>Objeto</i>	143
	b) <i>La "descripción" del derecho</i>	145
4	<i>Carácter dogmático de la jurisprudencia</i>	148

CAPÍTULO X. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA 151

1	<i>Introducción</i>	151
	a) <i>La interpretación</i>	151
	b) <i>La interpretación jurídica</i>	151
2	<i>El lenguaje jurídico y su interpretación</i>	154
3	<i>La interpretación orgánica</i>	156
4	<i>La interpretación no-orgánica</i>	159
5	<i>El lenguaje jurídico-cognoscitivo y el lenguaje jurídico-prescriptivo</i>	162

EXCURSI

TERCERA PARTE

EXCURSUS I. EL PROCESO JURISDICCIONAL. (<i>El origen del proceso entre los griegos</i>)		167
1	<i>Introducción</i>	167
2	<i>La opinión tradicional</i>	169
3	<i>Las paradojas y el rechazo de la tesis tradicional</i>	170
4	<i>Iliada XVIII, 497-598 y las controversias judiciales primitivas</i>	173
	a) <i>El problema</i>	173
	b) <i>El procedimiento de las legis acciones</i>	175
	c) <i>Propósito del procedimiento preliminar</i>	177
5	<i>Los protagonistas y sus funciones</i>	178
6	<i>El recurso a la autoridad</i>	181
7	<i>La seguridad colectiva</i>	182
8	<i>Análisis jurídico comparativo</i>	184
	a) <i>El problema</i>	184
	b) <i>El juicio de Orestes</i>	185
	c) <i>La India antigua</i>	187
9	<i>Persistencias y consecuencias</i>	188

10	<i>Los interdicta del derecho romano</i>	189
11	<i>Iliada XXIII y las condiciones del proceso</i>	192
12	<i>Epílogo</i>	194
EXCURSUS II. LA JURISPRUDENCIA GRIEGA		197
1	<i>Introducción</i>	197
	a) <i>Necesidad de una retrospectiva histórica</i>	197
	b) <i>El problema</i>	198
2	<i>La monarquía primitiva</i>	201
3	<i>El pensamiento jurídico bajo la aristocracia</i>	205
4	<i>El derecho legislado</i>	206
5	<i>La enseñanza del derecho</i>	209
6	<i>El periodo helénico</i>	210
7	<i>La literatura jurídico griega</i>	213
FUENTES		219
BIBLIOGRAFÍA		221
ÍNDICE		225

El Derecho y la Ciencia del Derecho.
editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se terminó de imprimir el día 29 de noviembre de 1986 en Imprenta Nuevo Mundo, S. A. de C. V. En su composición se emplearon tipos Caledonia, 11:12, 10:11 y 8:9. Se imprimieron 2 000 ejemplares.