

El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico

Jorge Ojeda Velázquez*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento del problema, delimitación y marco teórico*. III. *Tesis central*. *Conclusiones*.

I. Introducción

Según la tradición judeo-cristiana nuestra pangea jurídica se conformó alrededor del decálogo,¹ cuyas reglas vinculan todavía hoy a algunos ordenamientos jurídicos laicos. Veamos:

...

...

...

...

...

No matarás,

No cometerás adulterio,

No hurtarás,

No hablarás contra tu prójimo, falso testimonio,

No codiciarás la casa.... ni cosa alguna de tu prójimo

El carácter prejurídico de dichas reglas se reafirma porque las comunidades primitivas, como lo era en aquellos tiempos el errante pueblo judío, se gobernaban por reglas que en el fondo eran morales y cuasijurídicas, en cuanto que un orden normativo es jurídico, cuando el Estado en uso de su facultad de imperio, impone

* Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar Primera Región.

¹ Ex. 20: 3,4,7,8,12,13,14,15,16 y 17.

su obediencia mediante un acto coactivo en la ejecución de la correspondiente sanción. Mas en aquellos tiempos, el aludido pueblo aún no tenía un territorio ni una forma de gobierno. Empero, sus reglas sí eran coactivas.

Lo anterior es así ya que el carácter coactivo del decálogo deriva de una norma fundamental que encontramos en el Génesis:²

Y mandó Dios al hombre, diciendo: De todo árbol del huerto comerás; mas del árbol de ciencia del bien y del mal no comerás de él, porque el día que de él comieres, morirás.

Así pues, queda claro que si la violación a las normas comandos origina el pecado (delito), la consecuencia del pecado es la muerte³ (pena).

En Hart⁴ encontramos la respuesta del paso del mundo primitivo, en que hay un Dios-legislador, al mundo jurídico: en el momento en que se da la combinación de reglas primarias (morales) con reglas secundarias (de reconocimiento, cambio y adjudicación).

El elemento diferenciador entre las normas jurídicas y las normas no jurídicas, en especial las morales, se establece alrededor de una forma de organización social en el contexto de una estructura funcional, política: la aparición del Estado moderno. Antes de ésta tendríamos normas-prejurídicas. En efecto, un orden normativo es jurídico cuando el Estado en uso de su facultad imperial impone su obediencia mediante un acto coactivo en la ejecución de la correspondiente sanción. Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de grupo inorgánico o inorganizado a la fase de grupo organizado Bobbio.⁵

Sin embargo, a pesar de que en el Estado de Derecho las normas jurídicas son construidas por el hombre, nada ajeno a la moral le es extraño a éste. De ahí que no sea impropio citar la tragedia de Antígona, escrita por Sófocles, poeta griego del siglo V a.C., como arquetipo de unión de aquellas normas de obligación y normas que imponen deberes, las cuales llevamos inmanentes al ser.

² Gén. 2: 16-17

³ Rom. 6:23; Stgo. 1:15

⁴ Hart, H. L.A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, 2ª ed. (reimp), Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, p. 102: Las sociedades primitivas se gobiernan por reglas jurídicas que en el fondo son morales, dada la dificultad para distinguirlas. Hart. “¿Existen los derechos naturales?”, en *Revista Estudios Públicos*, Num. 37, 1990 (orig. de 1955), p. 53: Los mandamientos ya no parecerían un estatuto penal destinado únicamente a prohibir ciertas clases de conducta y habría que mirarlos como normas puestas a disposición de los individuos para regular en qué medida “ellos” pueden exigir a “otros” determinados comportamientos.

⁵ Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México, 2007, p.8

En efecto, el cuerpo de Polinice (su hermano) yace insepulto y Antígona intenta enterrarlo, pero es impedida por el Rey Creonte. Sorprendida cuando lo enterraba, es condenada a muerte.

Veamos el diálogo:

—Creón.— ¡A ti, a ti que estás ahí cabizbaja...

... Habla, ¿lo admites o lo niegas?

—Antígona.— Afirmo que lo hice. Todo es. No lo niego.

—Creón.— (...) dirigiéndose a Antígona. Ahora responde tú. Limpia y sin reticencias *¿No sabías que yo había prohibido hacer eso?*

Y así, ¿has tenido la osadía de transgredir las leyes?

—Antígona.— *Porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia (diké) que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía pensar que tus normas fuesen de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer... son leyes eternas y nadie sabe cuando empezaron a regir. ¿Iba yo a pisotear estas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que fuera?*

¿Que iba yo a morir... bien lo sabía, quién puede ignorarlo? Eso aun sin tu mandato. Que muero antes de tiempo... una dicha me será la muerte. Ganancia es morir para quien vive en medio de infortunios. Tormento hubiera sido dejar el cuerpo de mi hermano, un hijo de mi misma madre, allí, tendido al aire, sin sepulcro. Eso si fuera mi tortura: nada de los demás me importa.

¡Loca, loca es —dirás tú— pues así obra!

Esta simbiosis viene ratificada por San Pablo, en su carta a los romanos.⁶

Porque los gentiles que no tienen ley, naturalmente haciendo lo que es de la ley, los tales, aunque no tengan ley, ellos son ley a sí mismos: Mostrando la obra de la *ley escrita en sus corazones*, dando testimonio juntamente sus conciencias, y acusándose y también excusándose sus pensamientos unos con otros...

⁶ Rom. 2:14,15.

Esto es, las leyes eternas, divinas, inmutables, escritas en los corazones de los hombres es lo que en la filosofía del derecho se conoce como leyes naturales, las cuales se han plasmado en distintas concepciones que pueden reconducirse a varios modos fundamentales de expresarse.⁷

- 1) La idea de naturaleza como creación divina y del derecho natural como expresión revelada de la voluntad del creador en el ámbito de las relaciones sociales.
- 2) La naturaleza como cosmos, es decir como las leyes que rigen armónicamente el mundo físico del que forman parte los hombres que se hallan sujetos a su legalidad a través de sus instintos y necesidades naturales.
- 3) La naturaleza como razón, como cualidad específica del ser humano que le permite establecer autónomamente sus normas básicas de convivencia; consiguientemente:
 - 3.1) El derecho natural es como la naturaleza, como Dios y como la razón inmutable y absoluta, común a todos los tiempos y a todos los pueblos.
 - 3.2) El derecho natural es clara e inequívocamente cognoscible por medio de la razón.
- 4) El derecho natural no es solamente una pauta para confrontar el derecho positivo, sino que tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se halla en contradicción con él.

II. Planteamiento del problema, delimitación y marco teórico

1. *Del Derecho natural al positivismo jurídico: Primo Dibattito*

El debate sobre la existencia del Derecho natural parece hoy concluido en sentido negativo para la mayor parte de los iuspositivistas.

Para éstos no existe un Derecho natural, la expresión misma no tiene sentido. Puede hablar de ello cualquier filósofo, cultor de abstracciones o bien animado por intenciones moralísticas; pero no el jurista, quien se encuentra ocupado ahora por la

⁷ Pérez Luño, Antonio E. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. 4a ed. Lima 2005, p.39; o, como estratificadamente lo señala Bobbio (2007:76): El escolástico, el hobbesiano y el racionalista moderno. Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, FCE, novena reimpresión, México, 2005, p.25.

influencia de factores económicos, políticos y sociales en el derecho vigente o por la globalización que la está vaciando de contenido, de un sentido propio.

Cuando discuten con los escolásticos refugiados ahora en escuelas pontificias, les reprochan que el Derecho natural es un concepto contradictorio, es como decir “hielo caliente”; porque si aquello que designa es derecho (un deber ser), no es natural (un ser); y si es natural no es derecho. Por otra parte, aducen que el derecho natural, estando viciado por la falacia naturalística (*naturalistic fallacy*), no es capaz de implicar o fundar en modo correcto el derecho positivo, que es un deber ser. Por tanto, es una noción inútil; más bien, mistificante.

El Derecho positivo es creado por el obrar humano. Es la expresión normativa de la voluntad del legislador y por lo mismo es variable, artificial, voluntario. Opuesto radicalmente al Derecho natural, ya que éste es invariable, universal, obra de la naturaleza y por ello poco convincente.

El iuspositivista puede conceder la razón a los iusnaturalistas respecto a que aquello que viene denominado por tradición Derecho natural tenga una legítima y útil función crítica en el desarrollo de la experiencia jurídica; que la noción de Derecho natural sea legítimamente pensable en términos teóricos; que el Derecho natural pertenezca al género “Derecho”, como una de sus especies teóricamente posible. Podrá incluso llegar a conceder que a veces es útil recurrir a argumentos de tipo iusnaturalístico para comprender la razón de algunos fenómenos jurídicos; pero, finalmente el iuspositivista permanecerá firme en su negación de tal carácter real, efectivamente jurídico del Derecho natural.

Replicará que ni los derechos fundamentales explícitamente positivados en una Constitución estatal son realmente aplicables, si no hubiese una Corte Constitucional.

Por lo tanto, el iuspositivista seguirá sosteniendo que para ejercer una función crítica y directa sobre la normatividad positiva se necesita algo más sólido y concreto que el derecho natural y buscará en la dialéctica de las fuerzas políticas, la razón de ser del Derecho⁸ y éste en la fuerza que le da el Estado.

Más aún, el iuspositivismo más reciente ha abandonado desde hace tiempo la vieja concepción de que la sanción sea un elemento externo de la norma jurídica y agregado a ésta. La ha, en cambio, interiorizado por así decir, a la norma.

⁸ Así lo expresa Bobbio N. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. Milano, Comunità, pp. 193-195. Scarpelli, U. *¿Qué es el positivismo jurídico?*, edit Cajica, México 2001, pp. 61-72. García Máynez, E. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Quinta reimp. Distribuciones Fontamara, México 2007.

Se trata de exponentes como Kelsen, según el cual el derecho está compuesto por normas “*providing for a sanction*”, es decir, que disponen de una sanción; son las “*rules about force*” de Olivecrona; las “*rules concerning the exercise of physical force*” de Ross.⁹

Gracias a estas definiciones, la distinción teórica entre el Derecho natural y el Derecho positivo parece estar establecido, en modo definitivamente convincente, con base en la diferencia de sus destinatarios y su contenido. Las normas del Derecho natural están dirigidas a la conciencia de los individuos y prescriben su comportamiento interno; las normas del Derecho positivo están dictadas por el Estado y dirigidas al foro externo de los gobernados para adecuar su conducta a las normas mínimas de convivencia jurídica; pero en ambas se observa su constructo principal: la *sanctio* o sanción.

2. Del Positivismo jurídico al realismo sociológico: *Secondo Dibattito*

En esa dirección, no debemos olvidar que el hombre desde que nace parece ser puesto en una especie de vías de ferrocarril cuyos rieles lo conducen por la vida. Esos rieles son las reglas de conducta, acompañadas de su respectiva consecuencia jurídica.

Las reglas como propuestas de comportamiento de vida, hechas en casa, primeramente, por nuestros padres; luego por la sociedad; y, finalmente, por el Estado quien positiviza algunas de ellas, convirtiéndolas en normas de nacional observancia, constituyen estas últimas la base del sistema jurídico en que se apoya el Estado.

Estas normas adquieren validez, al haber sido dictadas y promulgadas por los órganos competentes y es eficaz al ser observadas, sea por el consenso original de los gobernados¹⁰ sea como hábito jurídico hecho para sucesivas generaciones; o porque ellas las autocorrigen, reformándolas.

Esto es, inversamente a lo sostenido por muchos autores, es la sociedad quien propone al Estado qué conductas deben ser elevadas a la categoría de prohibición estándar y cuáles son permitidas. Por ello, sostenemos que el legislador siguiendo los impulsos de la sociedad y del programa de acción de su partido, en un momento histórico, valora qué bienes jurídicos deben ser tutelados y crean a través del

⁹ Bobbio N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Comunità, Milano, pp. 119-138.

¹⁰ Recordemos como el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, 1814, art. 20 dulcifica esta postura: “La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comportamiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general”.

acto legislativo, el esquema, la hipótesis de hecho acompañada de la respectiva sanción por medio de la cual serían protegidos esos bienes, elevados después por el Congreso general a la categoría de institución jurídica.

C'est pourquoi se denomina positivismo jurídico a la teoría que sostiene que el Derecho son normas coactivas del comportamiento humano creadas por la voluntad del Estado, contrariamente a aquellas que son creadas por la voluntad divina, encuadradas éstas en el marco del Derecho natural.

En el ámbito de la filosofía del derecho, la tentativa quizás más significativa para romper esta dicotomía en clave empírica, es aquella del “realismo” escandinavo, que retoma y desarrolla de manera orgánica la tendencia propia del realismo jurídico estadounidense; éste identifica al Derecho no como un conjunto de normas sino con las conductas de los actores activos del Derecho: el derecho para ellos, es comportamiento humano y, en particular comportamiento de los jueces y de otros funcionarios. Como escribió un famoso jurista norteamericano –el Juez Holmes– a finales del siglo XIX, saber lo que es el Derecho equivale, no a conocer lo que dicen los códigos o las leyes, sino predecir lo que los jueces, dadas ciertas circunstancias, harán.

Particularmente significativa es la posición de Karl Olivecrona expuesta en su obra *Law as Fact* de 1939.¹¹ Según Olivecrona, la norma jurídica es un “imperativo independiente”, es decir que no implica una “relación personal” como sucede en cambio en las normas morales o primarias propiamente dichas (pags. 33-38).

Sin embargo, nos preguntamos ¿de dónde deriva la validez de los imperativos independientes? Olivecrona es explícito al respecto:

cada tentativa para sostener en modo científico que la fuerza vinculante del derecho es cualquier cosa diversa de la “presión psicológica” que ella ejerce sobre la población, conduce necesariamente al absurdo y a contradicciones. Por tanto, las normas jurídicas se resuelven en imperativos que buscan “sugestionar” e influenciar la mentalidad y las acciones de los hombres.¹²

Impuesto en estos términos, el problema de la validez de la norma se resuelve en la eficacia de la inmensa presión psicológica ejercida por el entero ordenamiento jurídico. La eficacia determinante de la presión psicológica de este último viene atribuida por Olivecrona, en este libro, al hecho de que el ordenamiento es una “fuerza organizada”, la cual engendra no solamente temor por las sanciones, sino sobre todo, por una suerte de autocensura psicológica que empuja al sujeto a remover los

¹¹ Traducción al italiano de Castignone S. *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano 1967.

¹² *Ibidem*, pp.11 y 36.

“deseos criminosos”; esto es, aquellos relativos a los actos prohibidos por la ley (pags. 118-126). Esa “fuerza organizada” (aparato burocrático) obliga a aceptar el ordenamiento jurídico por los gobernados, máxime si los jueces la aplican en su sentencia.

Es fácil observar, en esta clave puramente psicológica, que la validez del ordenamiento y, por ende, de las normas depende exclusivamente del hábito para observarla. Pero el problema más que resuelto viene eludido, pues la presión psicológica y el hábito para observarla, justifican la obediencia al orden jurídico, mas no su validez. O, como diría la tesis de Alf Ross,¹³ *temor y respeto son formas de motivación que caracterizan la experiencia jurídica y éstas están unidas entre sí*.

Sin embargo, creemos que no se puede afirmar que la validez de las normas depende también del hecho de que ésta venga efectivamente aplicada por los jueces, habida cuenta que la probabilidad dependerá de que ese juzgador, en su vida interior, concuerde con el contenido e ideología de esa norma.

En esta dirección, Ross presupone una validez derivada por un lado del juez, pero integrando ésta con la influencia de la ideología normativa dominante. Así, él escribe explícitamente:

cualquier sistema de derecho establecido, basado sobre una hipótesis inicial constituye la suprema autoridad, que no es esa misma creada por alguna otra autoridad. Esa (hipótesis inicial), existe solamente bajo forma de una ideología política que constituye el presupuesto del sistema.¹⁴

En cambio nosotros sostenemos que las normas son válidas no sólo por la pertenencia al orden jurídico, sino porque fueron editadas y están vigentes mediante un proceso legislativo; y su efectividad depende de la aceptación de los gobernados, al ser o no observadas como máximas de comportamiento¹⁵ habitual. Como la posibilidad de caminar se prueba caminando, así la validez del orden jurídico se prueba con la efectividad.¹⁶

¹³ Ross, A. *Diritto e Giustizia*, Enaudi, Torino 1965, p. 55.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 79 y 80

¹⁵ Jakobs, G. *Estudios de Derecho penal*, ediciones UAM-Civitas, Madrid 1997, p. 117.

¹⁶ Cotta, S. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Giuffrè, Milano 1981, pp. 44, 46, 93.

III. Tesis central

Del positivismo jurídico al (neo) constitucionalismo: Terzo Dibattito

Coincidimos con Prieto Sanchís¹⁷ cuando afirma que la expresión “positivismo” no es ciertamente unívoca. En ese sentido, el esquema propuesto por Bobbio¹⁸ parece clarificador:

1. *Positivismo jurídico como metodología* o forma avalorativa de aproximarse al concepto de derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como debe ser.
2. *Como teoría* o modo de entender la concepción del derecho, el cual vincula el fenómeno jurídico a la formación del poder soberano del Estado.
3. *Como ideología*, que supone un cierto punto de vista acerca de que el derecho por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es laicamente justo; y por otra parte, el derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve como su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines, tales como el orden, la paz, la certeza y en general, la justicia legal.

En ninguna de estas concepciones, así pues, hallamos conexión con la moral por más que connotados iusnaturalistas quisieran ver en la obediencia de las normas jurídicas un deber moral, ya que este deber aunque se convierte en una obligación interna o de conciencia, es obligación externa por temor a la sanción (o para no meterse en problemas legales). Por otro lado, si los fines del derecho son la defensa de ciertos valores (legalidad, orden, seguridad jurídica), esta concepción no nos acerca tampoco a la moral, porque estos valores son emblemáticamente jurídicos.

Ahora bien, reconstruir a partir de la Constitución el objeto de estudio de la ciencia jurídica ha llevado a ciertos filósofos¹⁹ a declarar que el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido; y a constitucionalistas

¹⁷ Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y positivismo*. 2a ed, Distribuciones Fontamara, México 1999 p. 11.

¹⁸ Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara, México, novena reimpresión 2007, pp. 44, 49, 53.

¹⁹ Prieto Sanchís, L. obra citada, p. 93.

a ofender a la inteligencia remarcando que la supervivencia ideológica del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como ‘residuos’, incluso cuando ya han perdido su razón de ser, a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habrían justificado... o a afirmar que el positivismo es propio de despistados.²⁰

En opinión de Alexy,²¹ los rasgos esenciales del constitucionalismo serían:

1. Valor en vez de norma. Los neoconstitucionalistas revaloran la moral y la introducen en las normas constitucionales.
2. Ponderación, en vez de subsunción o tipicidad.
3. Omnipresencia de la Constitución, en vez de independencia del derecho ordinario.
4. Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, en lugar de autonomía del legislador, dentro del marco constitucional.

Los neoconstitucionalistas²² afirman que todo el Derecho se ha constitucionalizado. Creemos que tal posición es válida para aquellos países en que existe un control difuso de sus Constituciones. No lo es en cambio para aquellos en que existe un control concentrado, como el nuestro, en el que el juez ordinario no puede declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, sino que existen jueces de distrito y una Suprema Corte de Justicia para realizar tal control, sólo a través de procedimientos constitucionales. La constitucionalización del entero sistema jurídico además de lento es silencioso y a veces difícil, pues cada juzgador respeta su propia esfera competencial y se necesita una mayoría calificada de Ministros para así declararlo.

Si a través de la norma jurídica el Estado contiene el caos social, por medio de la Constitución controla las fuerzas centrífugas que amenazan con destruir los poderes que lo conforman.

Por ello, creo que entre positivismo y constitucionalismo no hay disfunción, ni este último anuncia la muerte del primero; al contrario, pienso que *el constitucionalismo es la fase superior tanto del positivismo como del iusnaturalismo jurídico*, habi-

²⁰ Zagrebelsky, G. *El Derecho dúctil*, Trotta, España 2ª ed. 1997.

²¹ Alexy R. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona 1994, p. 160.

²² Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta: III-UNAM 2006-2007, 2 tomos. Barroso, L. R. *El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, UNAM, México 2008.

da cuenta que el texto constitucional es tan estatal como la ley, y aquél al contener principios morales, reconoce su génesis.

Claro está que el objeto de estudio difiere entre ambos, así como el método empleado para su análisis. Mientras que la norma jurídica secundaria es objeto de estudio del positivismo jurídico, la Constitución Política lo será del constitucionalismo. Las fuentes del derecho en una será la ley penal, por ejemplo; mientras que para la otra, lo será la norma superior o *derecho original* emanado de aquel gran contrato nacional llamado Carta Magna (artículo 73, fracción XXI, de nuestra Constitución).

La estructura de las normas difiere entre sí, puesto que la norma jurídica ordinaria está formada por un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica unida a través de una cópula del deber ser; las constitucionales, en cambio, están formadas por valores y principios.

Aunque los jueces ordinarios y constitucionales pueden coincidir en los métodos de interpretación y servirse ambos de la argumentación jurídica, tienden a desplazarse hacia los extremos en cuanto que los primeros utilizan como técnica la subsunción, y los segundos, la ponderación.

En el positivismo jurídico la subsunción elimina o reduce la discrecionalidad; en cambio, en el neoconstitucionalismo, el juez realza la racionalidad.

Son, pues, razones de grado las que imponen las diferencias entre positivismo jurídico y constitucionalismo, habida cuenta que a través de las normas jurídicas ordinarias el juez ordinario controla la legalidad; mientras que a través del texto constitucional, el juez constitucional controla la constitucionalidad de las normas secundarias, a fin que no se violen los derechos fundamentales de los gobernados ni exista invasión de esferas competenciales.

Por lo mismo, mientras existan leyes ordinarias habrá juzgadores ordinarios que apliquen estas leyes a través del método de la subsunción, mientras que el juez constitucional ponderará principios y valores. Cada quien en su lugar, cada uno haciendo su propia tarea.

Igual dirección deben tomar los positivistas respecto de los iusnaturalistas. Éstos tienen derecho a seguir sosteniendo su tesis impregnadas de moralismo sociológico, que buena falta le hace a las normas jurídicas.

Aquéllos también arrastran su pecado original, su propia falacia positivista. Veamos, por qué:

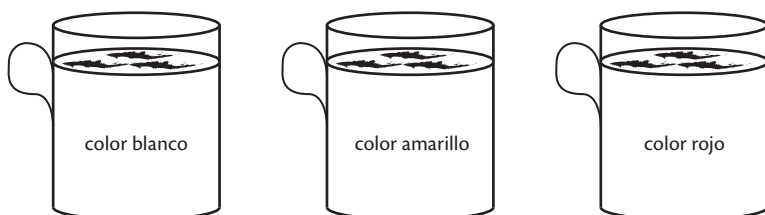
Cuando Kelsen en 1960, comentando la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, repite aquella afirmación que ya había expresado en la primera edición

de 1911, en el sentido de que *es una teoría del derecho radicalmente realista, esto es, una teoría del positivismo jurídico*.²³

La falacia deriva de que si el derecho es realista, deja de ser idealista, y la teoría pura de Kelsen, anclada como está metodológicamente al idealismo kantiano, sufre de una antítesis extremosa, cuenta habida que las normas jurídicas kelsenianas tienen un valor puramente formal, al estar separadas de toda experiencia social.

Y si las normas jurídicas son positivas, es decir están en vigor, chocan con las categorías kantianas, pues éstas son puras formas del pensamiento y el pensamiento produce teoría, a diferencia del conocimiento que produce ciencia basada en la realidad vigente de una norma.

El pseudoproblema de forma y contenido del Derecho en que se han detenido tanto los apologistas como los detractores de Kelsen, es sólo eso: una falaz cuestión, pues si el Derecho es sólo una forma cuyo contenido viene dado por las relaciones económicas, morales y sociales en general, la forma sigue siendo la misma (hipótesis normativa + sanción). Lo que cambia es el contenido, como en un tarro de cerveza:



En el primer tarro, el Derecho permanece aparentemente vacío (está lleno de aire, pero su estructura es la misma). En el segundo tarro, la forma que toma la cerveza amarilla es la del tarro, al igual que en el tercero con cerveza irlandesa: lo que cambia es el contenido, mas no la forma. El contenido del Derecho (como sistema jurídico) sí puede contener cierta ideología, mas no el Derecho en abstracto, cuya estructura estable sigue siendo: supuesto de hecho más la consecuencia jurídica.

Luego entonces, en el concepto del Derecho no se pueden mezclar elementos puramente formales con los materiales según la metodología kelseniana. Son diferentes los mundos del deber ser (norma jurídica) con el ser (ciencia jurídica); una pertenece al mundo ideal, la otra al mundo real.

En esa tesitura, creo que han existido dos visiones metodológicas tan viejas como erróneas para explicar el concepto de Derecho: como teoría y como ciencia.

²³ Kelsen, H. *Dottrina pura del Diritto*, Einaudi, Torino 1966, p. 128.

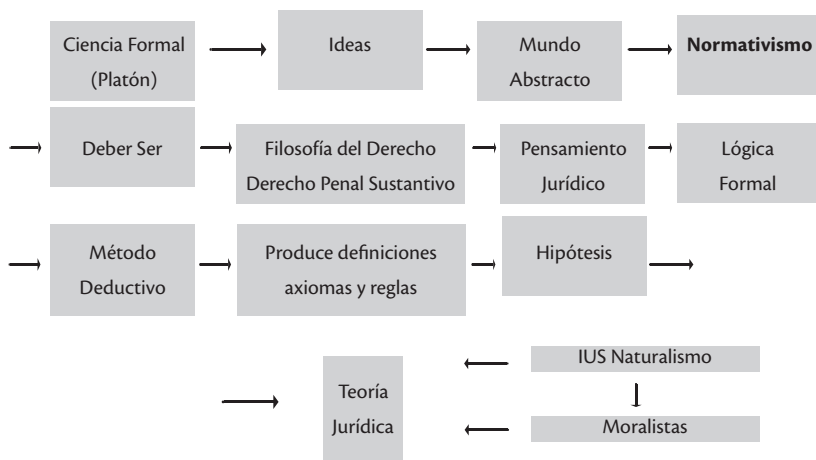
En efecto, es necesario hacer, en primer lugar, una neta separación entre teoría jurídica y ciencia jurídica. La primera como objeto de estudio tiene a las normas que como un sistema construye al Derecho desde un particular campo de trabajo que comprende la generalidad y abstracción de las mismas. Por otro lado, describe y explica el ordenamiento jurídico ya sistematizado, pues las relaciona entre sí y las jerarquiza; luego extrae los conceptos jurídicos fundamentales que de ellas se derivan y mediante generalizaciones sucesivas deduce las instituciones y principios que de éstos resulten, para concluir en la elaboración acabada de una estructura teórica compleja pero coordinada que comprende y explica su contenido y propone reglas para su actuación.

En cambio, la ciencia jurídica estudia la realidad y, como tal, a los hechos que dan origen al Derecho, los cuales a través de la observación y experimentación inducen al conocimiento jurídico que se aplicará a casos particulares y concretos.

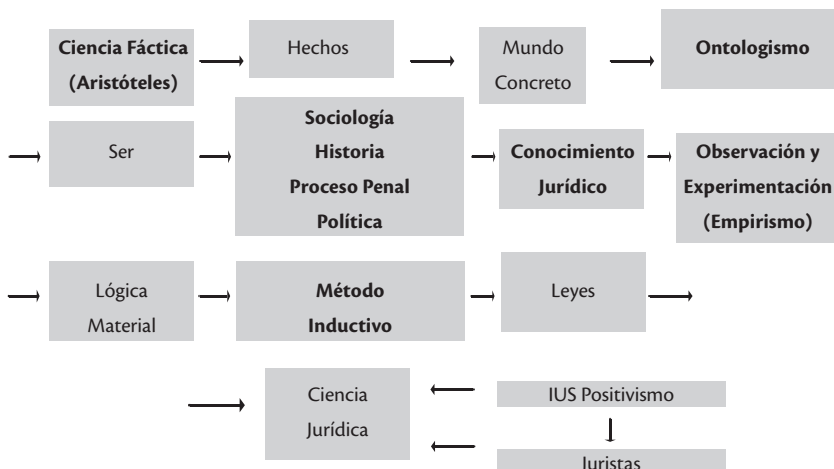
He aquí dos visiones diferentes para manejar el concepto de Derecho: la teoría jurídica produce el pensamiento jurídico; en cambio, la ciencia jurídica construye el conocimiento jurídico. Hija de la mente, una; hija de la experiencia, la otra. Objeto de estudio de la filosofía, la primera; objeto de análisis de la epistemología, la segunda.

Ello es así, habida cuenta que el mundo científico se explica desde el punto de vista de las ciencias formales y ciencias fácticas, como se demuestra a través de estos mapas conceptuales:

①



②

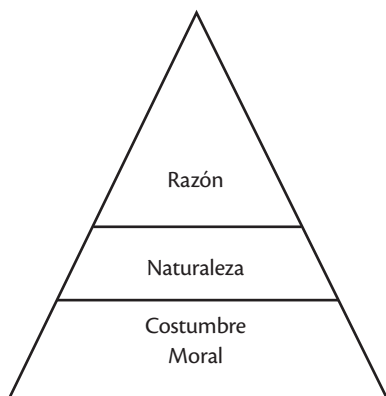


Porque los seres humanos y todo lo que ellos crean es imperfecto, debemos soportarnos y reflexionar que cada etapa de una teoría o de una ciencia va a ser o estar apoyada en, superada o perfeccionada por otra, como en la definición del Derecho: ésta no ha sido la misma en todos los tiempos y sociedades pero en todas ellas, sigue conservando aquellas propiedades esenciales: enunciado prescriptivo + sanción...

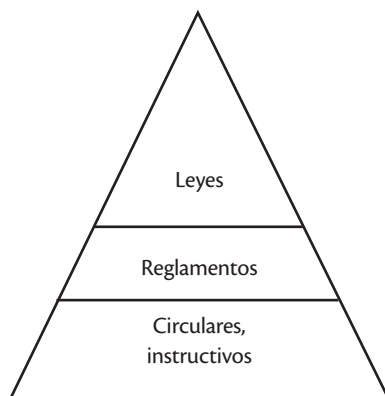
(Neo) Constitucionalismo



Iusnaturalismo



Iuspositivismo



Conclusiones

Hay un pensamiento en la obra póstuma de Kant que podría ser colocada en la portada de toda teoría del derecho:

Todo pasa ante nosotros como en un río, el gusto cambiante y las diferentes formas del hombre transforman todo el juego en incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza, que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo fijar indicaciones que señalen la ribera en que ha de detenerse?

Toda teoría para explicar el concepto de Derecho ha sido superada por otra. Después de que en un tiempo el positivista se preguntó ¿qué es lo que queda del Derecho natural? Luego el neoconstitucionalista se hizo la misma pregunta, respecto del iuspositivismo y del realismo sociológico. En el futuro vendrán otras teorías para explicar ideológicamente el derecho en confronta con el neoconstitucionalismo; y se preguntarán lo mismo;... *e così via dicendo*.

Cada una de estas posiciones explicó el concepto de derecho en su tiempo; cada una de ellas aportó a la otra su pensamiento jurídico, la superó y tomó algo bueno de la anterior; luego tuvo su relanzamiento, crisis y decadencia.

Empero, el Derecho sigue allí, como es, como un conjunto de normas cuyos constructos perennes siguen siendo el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica unida por la cúpula del deber ser.

El Derecho sigue allí, en espera de ser vestido, arropado por una pasajera moda intelectual, buscando refugio en un pasado que sólo tiene de atractivo el haber sido. Así son las ideologías, a las cuales debe ser ajena la ciencia jurídica, por ser pasajeras.

La simbiosis entre moral y Derecho deriva de su génesis religiosa que como arquetipo junghiano arrastra el hombre en su mente, porque no logra cortar todavía su cordón umbilical del Creador universal.

El peso de la moralidad es fuerte cuando el Estado pierde paulatinamente su carácter laico. El retorno al iusnaturalismo que propugna el neoconstitucionalismo vendrá acompañado de una pérdida de efectividad del Derecho, porque no todos comparten los mismos valores y, consecuentemente, la fragilidad de la norma constitucional abrirá un pozo al Estado democrático que lo hará descender al averno. He ahí el peligro de las ideologías que tratan de justificar el Derecho.

Eliminemos entonces de la ciencia del derecho sus etiquetas ideológicas y analicemos sólo su estructura esencial: norma comando + sanción.

Bibliografía

- Alexy R. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona. 1994.
- Barroso, L. R. *El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, UNAM, México 2008.
- Bobbio N. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. Milano 1965.
- _____. *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara, 1ª edición, México, novena reimpresión, 2007.
- _____. *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá 2007.
- Cotta, S. *Giustificazione e obbligatorietà delle Norme*. Giuffré, Milano 1981.
- Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Trotta: UNAM, 2006-2007, 2 tomos.
- García Máynez, E. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*; Distribuciones Fontamara, México quinta reimpresión; 2007.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo-Perrot, Argentina 1995.
- _____. “¿Existen los derechos naturales?”, en *Revista Estudios Públicos*, núm.37, 1990 (orig. de 1955).
- Jakobs, G. *Estudios de Derecho Penal*, ediciones UAM-Civitas, Madrid 1997.
- Kelsen, H. *Dottrina pura del Diritto*, Enaudi, Torino 1966.
- Olivecrona K. *Il diritto come fatto*, Giuffré, Milano, 1967.
- Pérez Luño Antonio E. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho*, 4ª ed. Lima, 2005.
- Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y positivismo*. 2ª ed. Distribuciones Fontamara, México 1999.
- Ross, A. *Diritto e giustizia*, Enaudi, Torino 1965.
- Santa Biblia*. Antigua versión de Casidoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), revisada en 1909, Sociedades Bíblicas Unidas.
- Scarpelli, U. *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, México 2001.
- Zagrebelsky, G. *El Derecho dúctil*, Trotta, 2ª edición, España 1997.