Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA CIENCIA JURIDICA LATINOAMERICANA EN EL SIGLO XX

por el Doctor José Ramón Cossío D.
Director del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM)

I. Introducción

La exposición de las formas de conocimiento del derecho en América latina a lo largo del siglo XX, puede realizarse de dos maneras. En primer término, dando cuenta de cómo se explican las distintas normas jurídicas en cada uno de los países de la región. Este ejercicio, por ende, exigiría dar cuenta del modo como en este siglo han evolucionado los derechos penal argentino, administrativo guatemalteco, constitucional colombiano, civil brasileño, etc. Se trata, sin duda, de una manera válida de acercarse al conocimiento jurídico, aun cuando tiene el inconveniente de su enorme amplitud y de dar lugar a repeticiones en la exposición. Adicionalmente, debido a que la exposición consideraría las explicaciones del derecho en términos de su propio discurso, resultaría difícil hacer evaluaciones o consideraciones que no provinieran de ese mismo discurso.

Una segunda forma de cumplir con el objetivo planteado, puede darse si la consideración es respecto a los elementos comunes de las formas de conocimiento jurídico en Latinoamérica. Esta forma de acercamiento puede darse, a su vez, respecto de lo que se denominan las "ramas" del derecho (penal, civil, procesal, etc.), o sólo referirse al conocimiento jurídico en general. Como en estos casos no se considera a esos conocimientos en sus propios términos, sino que más bien se inducen peculiaridades, es posible presentar también sus formas de relación con otros fenómenos sociales.

En lo que sigue, utilizaremos el segundo de los enfoques planteados. En tal sentido, primeramente señalaremos los elementos normativos comunes a los países latinoamericanos, precisamente porque respecto de ellos es que se llevan a cabo las explicaciones jurídicas. Aun cuando nuestro objeto de estudio se limita al siglo XX, es necesario referirse también a los elementos característicos del XIX, pues es entonces cuando se fundan los Estados nacionales y se introduce la codificación, elementos ambos que van a determinar las formas de producción y comprensión de los órdenes jurídicos hasta, prácticamente, nuestros días.

Señalados los elementos normativos comunes, podemos abordar las formas de conocimiento del derecho. Antes de hacerlo conviene, sin embargo, precisar qué tipo de conocimiento jurídico es aquél que vamos a describir, en tanto en este sentido existe una distinción fundamental: por un lado, el tipo de conocimiento que pretende dar cuenta de los contenidos de las normas positivas en razón de los elementos materiales que se consideran propios de un grupo de ellas, forma de conocimiento que tradicionalmente se denomina "dogmática jurídica" o "ciencia jurídica"; por otro lado, el tipo de conocimiento denominado "filosofía del derecho" o "teoría

general del derecho", en tanto que con ellas se pretende dar cuenta de aspectos tales como las relaciones entre derecho y moral, la identidad del derecho, los atributos de los sistemas jurídicos, entre otros muchos[1]. Adicionalmente, del derecho también se da cuenta a través de una serie de disciplinas, denominadas todas ellas como "auxiliares" o "complementarias", tales como la sociología del derecho, la política jurídica, la historia del derecho, el derecho comparado o, más recientemente, por el análisis económico del derecho o por un conjunto de teorías denominadas "críticas"[2].

Es cierto que para tener una visión cabal del pensamiento jurídico latinoamericano a lo largo de este siglo, sería necesario explicar la totalidad de las formas de conocimiento acabadas de mencionar. Sin embargo, a pesar de que el mismo sería interesante, en buena medida resultaría inútil en tanto que la forma ampliamente dominante en el periodo a analizar corresponde a la dogmática jurídica[3]. Sin embargo,

---

[1] Sobre esta distinción, cfr. Bobbio, N. *Teoría general del derecho*, trad. E. Rozo Acuña, Bogotá, Temis, 1987, p.p. 24-27; Carrió, G. R. *Sobre el concepto de deber jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p.p. 13-14.

[2] Respecto a la sociología del derecho, la política jurídica y el análisis económico del derecho, cfr. Cossío D., J. R. *Derecho y análisis económico*, México, ITAM/FCE, 1997. En lo concerniente a las teorías críticas, cfr. Pérez Lledó, J. A. "Teorías críticas del derecho", en: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, 'El derecho y la justicia' (F. Laporta y E. Garzón Valdés, eds.), Madrid, Trotta, 1996, p.p. 87-102. En lo que hace a la historia del derecho, cfr. Bernal, B. "Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX", en: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II, México, UNAM, 1979, p.p. 43-61.

[3] Para una exposición no crítica de los principales exponentes de la filosofía del derecho y de la sociología jurídica en América Latina hasta la primera mitad de este siglo, cfr. Recasens Siches, L. "El pensamiento en Hispano-América", en: Del Vecchio, G. y L. Recasens Siches, *Filosofía del derecho*, tomo II, trad. L. Recasens Siches, México, UTEHA, 1946, p.p. 373 y sigts. Así mismo, del propio Recasens puede verse su ponencia "La filosofía del derecho en México durante el siglo XX", en: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. IV, México, UNAM, 1979, p.p. 33-82.

para estar en posibilidad de estudiar su evolución regional, primeramente expondremos los principales trazos de la evolución del derecho en América Latina, por ser ese derecho el objeto de estudio de la propia dogmática.

II. Los órdenes jurídicos latinoamericanos y la familia romanista

La primera pregunta que cabe plantearse consiste en saber si existen elementos comunes a los órdenes jurídicos latinoamericanos, de tal manera que, primero, resulte posible considerarlos de manera conjunta y, segundo, estar en posibilidad de admitir que existen formas semejantes de estudio de esos órdenes. Esta idea de unidad se actualiza en tanto que, prácticamente, todos los órdenes jurídicos latinoamericanos pertenecen a una misma "familia jurídica". Atendiendo a lo que denominan "estilos", Zweigert y Kötz consideran que los órdenes latinoamericanos pertenecen a la familia romanista[4]; por otra parte, y atendiendo a los objetivos que se pretenden alcanzar con el derecho y a la posición del derecho en el orden social, David y Brierley consideran que esos órdenes pertenecen a la familia "romano-germánica"[5]. Aun cuando existan diferencias en los modos de concebir a las familias, para los mencionados autores esa pertenencia se da debido a que al llevarse a cabo la independencia de los países de América Latina a comienzos del siglo XIX, los mismos adoptaron el modelo del Código Civil francés de 1804, no tanto como norma de derecho positivo, sino como modelo

[4] Cfr. *An Introduction to Comparative Law*, second edition, transl. T. Weir, Oxford, Clarendon, 1994, p.p. 63-75.

[5] Cfr. *Major Legal Systems in the World Today*, second edition, New York, Free Press, 1978, p.p. 18-20.

normativo a seguir[6]. Esta adopción, como más adelante veremos, fue fundamental en materia de derecho positivo pero, fundamentalmente, en lo que concierne a los modos de representación y explicación del derecho.

El que mediante cualquiera de los criterios apuntados en el párrafo anterior sea posible considerar que la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos forman parte de la misma familia jurídica, significa que entre ellos se dan los siguientes elementos comunes: primero, la identificación entre derecho y ley; segundo, la separación entre derecho público y derecho privado; tercero, la concepción del derecho como neutro o, al menos, como no directamente relacionado con factores políticos; cuarto, la identificación entre el derecho y el Estado (nacional), de manera tal que aquél no es posible fuera de los límites de éste; quinto, la separación del derecho positivo en "ramas" relativamente autónomas entre sí, a partir de las cualidades materiales "propias" de las normas; sexto, la posibilidad de prever la casi totalidad del acontecer social en normas jurídicas; séptimo, la subordinación del juez a la ley, dado que ésta es producto del actuar de un órgano político que, simultáneamente, representa a la totalidad del pueblo o de la nación. Tiene razón el profesor Tamayo cuando afirma que los estudios comparativos o son dogmática jurídica o son historia jurídica comparadas[7]. Sin embargo, en el presente caso no trataremos de llevar a cabo ninguno de esos tipos de exposición, sino fijar las formas generales y comunes de conocimiento de los ordenamientos

[6] Zweigert y Kötz, p.p. 117-118; David y Brierley, p.p. 69-70.

[7] Tamayo y Salmorán, R. "El 'derecho comparado', técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada", en: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, tomo II, México, UNAM, 1988, p.p. 1355-1370.

latinoamericanos, por lo que la explicación pretende estar más bien referida a un nivel metodológico.

III. Las características de los órdenes jurídicos latinoamericanos

Los órdenes jurídicos latinoamericanos del siglo XX, tienen sus raíces en los órdenes jurídicos de comienzos del XIX, de ahí que convenga identificar las cualidades originarias de ellos. Estos órdenes, al igual que todos los modernos de origen romanista, fueron el resultado de una serie de valores, ideales y aspiraciones que, en conjunto, tuvieron la pretensión de imponer la igualdad de todos los hombres y, a partir de ahí, lograr importantes grados de homogeneidad social. A diferencia de ellos, hasta antes de la parte final del siglo XVIII, el derecho es entendido como una fragmentación de normas establecidas para regular a los distintos sujetos que integraban una sociedad. Como ha dicho Tarello, se trataba de "na concepción de la regla jurídica como proposición que une a un sujeto jurídico con un predicado jurídico"[8]. De este modo, podemos decir que había tantas formas de regulación como número de sujetos que por su importancia se estimara conveniente o necesario regular (nobleza, clero, militares, campesinos, artesanos, etc.). Esta dispersión normativa expresaba un modelo social que determinaba la presencia de los individuos a partir de su pertenencia a alguno de los colectivos en que se encontraba dividida la sociedad. En estas circunstancias, no se estaba frente a la concepción unitaria del

[8] Tarello, G. *Cultura jurídica y política del derecho,* trad. I. Rosas, México. FCE, 1995, p. 49.

hombre, sino frente a diversas concepciones de los sujetos determinados de un modo parcial. Así, los comerciantes[9], sacerdotes o artesanos, por ejemplo, tenían una normatividad que les resultaba propia, sus relaciones jurídicas se daban a partir de ella y los conflictos jurídicos en que se veían inmersos eran resueltos también por tribunales con jurisdicción especializada[10]. En estas épocas existía ya un concepto de nacionalidad, en tanto el mismo es más el resultado del Estado absoluto que del moderno[11]. Sin embargo, ese concepto, no es unificador u homogeneizador de las normas respecto de los sujetos, sino exclusivamente un punto genérico de referencia para lograr la aplicación de normas diferenciadas a los integrantes de un colectivo social. El derecho no estaba en posibilidad de resaltar las diferencias o particularidades de sus integrantes, sino sólo de destacar o imponer las semejanzas. Los autores y pensadores de la época buscaban el fundamento de la nación en conceptos ilustrados, y no en las peculiaridades antropológicas de los pueblos. Si los indios, por ejemplo, tuvieron su propio estatuto en la Colonia, ello se debía a que ese era el modelo de la época, tal como acontecía con los universitarios o los militares.

El gran cambio jurídico se produjo a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, a partir de las ideas sostenidas en

---

[9] Por vía de ejemplo, cfr. la "Confirmacxión Real" a las Ordenanzas de Bilbao, donde se establece la relación entre clase o grupo social y las normas específicas que les son aplicables. *Los Códigos Españoles*. *Concordados y anotados*, tomo XII, Madrid, Rivadeneyra, 1851.

[10] Por vía de ejemplo, cfr. Soberanes Fernández, J. L. *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980.

[11] Akzin, B. *Estado y Nación,* trad. E. de la Peña, México, F.C.E., 1968, p.p. 58 y sigts.

Francia[12] y los Estados Unidos[13], principalmente. En primer término, y de modo previo a su constitución como derecho, se modificó la concepción de los sujetos con el propósito de darles el carácter común de "hombres". Este carácter resultaba de reconocer su igual naturaleza y el consiguiente desconocimiento de cualquier factor que pudiera introducir distinciones. Los sujetos nacían iguales y tal atributo se extendía a lo largo de sus vidas. Las diferencias entre sujetos no eran el producto de ninguna determinación artificial, sino de las posibilidades que a cada uno brindaba la sociedad a la cual perteneciera. Bajo el supuesto de la igualdad, no se justificaba que los órdenes distinguieran entre sujetos; se quería que el derecho recogiera la ideología imperante y, en consecuencia, a todos se les asignó una misma posición *formal*. El modo de relacionar sujetos con predicados propios resultaba inútil, por lo que fue sustituido por otro en el que a la igualdad de los sujetos debía corresponder la igualdad de los predicados. En adelante, las sanciones, las obligaciones o los tribunales sólo podían ser comunes, y excepcional el mantenimiento de situaciones particulares como la de los militares y los clérigos.

Si el derecho debía valer para todos los hombres y no mantener respecto de ellos ninguna dimensión superior, debía también ser creado por ellos. Debían encontrar las formas de manifestación de la voluntad general que los unía y les daba

---

[12] Así, por ejemplo, en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, se señala que el pueblo francés, constituido en Asamblea Nacional, "…ha resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre…"

[13] Por su parte, en la "Declaración de Derechos de Virginia" de 1776, se lee en la sección 1: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posterioridad…".

cohesión en tanto no podía ser ya dios o el rey quien lo hiciera. Si la voluntad general debía manifestarse, se requerían establecer las instituciones convenientes para ello, lo cual se llevó a cabo a través de la instauración de órganos de representación bajo nuevas concepciones[14]. Estos eran el sitio para arribar a una verdad que una vez encontrada debía hacerse norma, y en tanto la misma expresaba la "naturaleza de las cosas", debía ser acatada por provenir de todos y convenir a todos. Si tal acatamiento no se producía, el responsable podía ser válidamente sancionado, pues esa era la única manera de mantener la unidad social que ya había podido ser expresada en las normas[15]. Si el derecho debía ser igual para todos los hombres, también debía instaurar un nuevo modo de relaciones sociales[16], ser conocido por todos y expresarse de manera ordenada y hasta sistemática. La solución a estos problemas fue la codificación, fuera en la forma de constituciones[17] o de códigos[18]. Las conductas de los sujetos debían regularse a partir de la norma superior: la Constitución en los Estados Unidos,[19] el código civil en los estados europeos continentales[20]. Esto era factible en tanto se admitía que por los principios de jerarquía y de validez, todas las normas del orden jurídico (sentencias, contratos, etc.),

---

[14] Van Caenegen, R.C. *Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p.p. 194 y sigts.

[15] Beccaria, Marqués de. *Disertación sobre los delitos y las penas*, Imprenta de Robert Wright, 1823, p.p. 17-20.

[16] Diez-Picazo, L. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1975, p. 87.

[17] Pérez Serrano, N. "Constitucionalismo y Codificación", en: *Escritos de derecho público II*, Madrid, IEAL, 1984, p.p. 721-732.

[18] Tarello, G. Op. cit., p.p. 39-56, 109-122.

[19] Cfr., entre otros, Kahn, P. W. *The Reign of Law*, New Haven, Yale University Press, 1997.

[20] Cfr. por ejemplo, Van Caenegen, R. C. *An Historical Introduction to Private Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

debían recoger los valores introducidos en las normas superiores por el órgano que representaba la voluntad general. En caso de que las normas inferiores no introdujeran tales contenidos, existían los mecanismos para considerarlas nulas. El derecho se concebía de la siguiente manera: se estimaba que constituía un orden o sistema, en tanto sus normas estaban ordenadas a partir de aquellas que de modo directo expresaran la voluntad general; que estaba construido de manera que partiendo de las directrices del legislador, el resto de los órganos del Estado eran o "las bocas que pronunciaban las palabras de la ley"[21], o en meros órganos de aplicación; se consideraba también que el derecho, dada la igualdad formal que postulaba, debía ser aplicado a todos los sujetos por igual[22]; en el derecho de aquella época se introdujeron también muchos de los valores que se habían venido imponiendo en occidente, tales como la racionalidad y la cuantificación[23] y el laicismo[24], fundamentalmente, debiendo permitir la expresión de relaciones sociales sustentadas en ellos y, por consecuencia, desconocer aquellas que se preten-

[21] *El Espíritu de las Leyes,* Libro Undécimo, capítulo VI.

[22] Así, por ejemplo, en los artículos 4º y 6º del Código Napoleón de 1804, se establecía, respectivamente, que los jueces que dejaran de resolver un asunto alegando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley serían sancionados, y que no podían derogarse por convenciones de particulares las leyes de interés público ni las buenas costumbres. Así, resulta que todos los ciudadanos quedaban sometidos a iguales normas, y que todos los conflictos sociales debían ser resueltos a partir de las normas emitidas por el legislador. Ningún sujeto, en consecuencia, estaba en posibilidad de argumentar o alegar un derecho, costumbre, fuero o estatuto personal que no se encontrara previsto por las normas generales.

[23] Cfr. Crosby, A.W. *The Measure of Reality*, New York, Oxford University Press, 1997.

[24] Cfr., por ejemplo, Gay, P. *The Enlightenment: An Interpretation The Rise of Modern Paganism,* New York, Knopf, 1967.

dieran sustentar en tradiciones, costumbres o prácticas "propias"[25].

El modelo normativo acabado de describir fue introducido en los países latinoamericanos casi en consonancia con el desarrollo de sus propios movimientos independentistas, y se mantuvo sin cuestionamiento durante buena parte del siglo XIX, en tanto representaba de modo satisfactorio la ideología y los valores sociales imperantes. El derecho que se había incorporado tenía su sustento ideológico en el pensamiento estadounidense y francés, sus instituciones de derecho público eran de origen estadounidense, y sus instituciones civiles y, en general, el modelo de comprensión del derecho, eran de tipo francés. Esa normatividad y esas formas de representación habían sido incorporadas por las nuevas clases en ascenso precisamente para obtener legitimación y obtener el uso coactivo del Estado, de manera que en tanto no se cuestionara la dominación de tales clases, tampoco debía cuestionarse al derecho o a sus formas de representación. Concluida la etapa de sustitución de las élites peninsulares por las locales, en América Latina se presentó el conflicto entre estas últimas, lo cual implicó también la disputa por el tipo de derecho que se debía seguir y por los contenidos de las normas que se debían establecer. Esas disputas, entonces, se presentaban en varios planos: primero, y en lo que toca a los contenidos normativos, se referían a cuestiones tales como la inclusión de normas de corte liberal o conservador, la imposición de sistemas federales o locales, la determinación de la situación de los ejércitos, primordialmente; segundo, y en cuanto a la forma jurídica general a seguir, las disputas eran en torno a la adopción de

[25] Para una clara expresión de este asunto, Cfr. Portalis, J. E. M. *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés* (1801). Trad. M. de Rivacoba, Valparaiso, Edeval, 1978, p.p. 27-29.

las soluciones estadounidense o francesa, primeramente, y luego entre la francesa y la española; tercero, en cuanto a lo que realmente acontecía en materia del derecho, la primera parte del siglo XIX estuvo caracterizada por la determinación del modo en que debían relacionarse o sustituirse el derecho colonial español por el derecho que iba siendo creado por los estados nacionales.

La solución a estas diferencias comenzó a darse en los años sesenta, cuando las condiciones de estabilidad social, coincidentes por cierto con el establecimiento de formas de control oligárquico, permitieron el inicio de una nueva etapa jurídica, caracterizada fundamentalmente por la elaboración de grandes códigos[26]. En estos ordenamientos se resuelven, en efecto, muchos de los problemas indicados antes, en tanto al momento de su establecimiento se habían resuelto (o al menos conciliado) las relaciones entre el Estado y la iglesia católica, el modelo estadounidense no era ya una opción jurídica a adoptar, se había alcanzado una forma ecléctica en cuanto a la influencia francesa y española (adicionada luego en el mismo sentido por la alemana)[27], y la principal fuente del derecho era nacional.

Un factor relevante para la comprensión de los alcances del derecho y de su representación en esta época, consiste en que la codificación es la más clara evidencia de que en los países de la región se habían logrado importantes niveles de

---

[26] Sin embargo, desde 1855 se había redactado el Código chileno por el jurista venezolano Andrés Bello, y en 1852 el del Perú. Sobre este último, cfr. Valderrama, D. M. *Law and Legal Literature of Peru*, Washington, Library of Congress, 1976, p.p. 87-89.

[27] Los casos de excepción fueron el brasileño y el puertorriqueño. Al respecto, cfr. Perret, L. y G. Fuentes. "El sistema jurídico en el derecho civil en el siglo XX", en: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, 653-654.

hegemonía y, con ellos, de homogeneidad. El derecho, tal como aconteció en Francia a comienzos del siglo, podía ser concebido, simultáneamente, como un medio para imponer la nacionalidad y la homogeneidad social, pero también como una vía en extremo poderosa para demostrar que tal homogeneidad ya se había logrado. Curiosamente, esta situación de identidad comenzaba a ser impugnada en Europa con motivo de los movimientos sociales de mediados del siglo XIX[28] y, particularmente en Francia, con motivo de los cambios producidos por la revolución industrial[29]. Mientras que en Europa la identificación entre voluntad general y derecho fue cuestionada por las clases sociales no pertenecientes a la burguesía dominante (de manera que el derecho dejó de representar para muchos la mera expresión de la "voluntad general"), en los estados americanos comenzaba a darse una situación de estabilidad social que, justamente, permitía la adopción de normas que claramente presuponían la existencia de ciertas condiciones sociales de estabilidad y aceptación (o imposición) generalizadas.

El derecho vigente en América Latina a lo largo del siglo XX, puede ser descrito en los dos grandes planos del derecho público y del derecho privado. Por lo que hace a éste último, y a pesar de los innumerables cambios que se dan en los ordenamientos de la región, la situación queda comprendida dentro de los grandes lineamientos con los cuales nos referimos a la situación prevaleciente en el siglo XIX. En lo tocante al derecho público, por el contrario, se presenta una situación que no deja de ser paradójica: por una parte, se llevan a cabo

---

[28]Cfr., por ejemplo, Jardin, A. *Historia del Liberalismo Político,* trad, F. González Aramburo, México, F.C.E., 1989, p.p. 383-408.

[29] Cfr. Hobsbawm, E. *The Age of Capital, 1848-1875,* New York, Barnes and Noble, 1996.

profundas transformaciones sociales que dan lugar a regímenes de variado tipo; por otra parte, esas variaciones dan lugar a importantes transformaciones en los ordenamientos jurídicos pero, finalmente, ese conjunto de transformaciones guardan poca relación con el acontecer normativo cotidiano. Esta compleja situación pareciera querer expresar tanto la separación entre el derecho y la realidad, como la necesidad constante de lograr legitimación a través de las normas jurídicas.

Las situaciones políticas vividas por los países latinoamericanos a lo largo del siglo XX, han tratado de ser comprendidas en las siguientes etapas: democracias oligárquicas a inicios del siglo, radicalismos populistas derivados de la gran depresión de los años treinta[30], el avance democratizador al concluir la Segunda Guerra Mundial, y una sucesión de momentos democráticos, militares y democráticos entre 1960 y la actualidad[31]. Se ha considerado que esas etapas, a su vez, se han realizado en cuatro modelos económicos, denominados de expansión de las importaciones y exportaciones (1900-1930), de la sustitución de las importaciones (1930-1960), de estabilización de la sustitución de importaciones (1960-1980) y de escasez del intercambio externo (1980 en adelante)[32]. Las sucesivas modificaciones de modelos políticos y, lo que es más, el cambio de regímenes dentro de esos modelos, dio lugar en cada caso al establecimiento de una nueva constitución, mismas que, a fuerza de querer ser representadas como formas de expresión de las condiciones vigentes, terminaron

---

[30] *América Latina en los años treinta*, P. González Casanova, coord. México, UNAM, 1977.

[31] Al respecto, cfr. Bethell, L. *Historia de América Latina*, vol 12, Barcelona, Cambridge University Press/Crítica, 1997, p.p.11-12.

[32] Skidmore, T. E. and P. H. Smith. *Modern Latin America*, fourth edition, New York, Oxford University Press, 1997, p.p. 47-60.

por quedar vinculadas a esos distintos momentos y perdieron toda fuerza respecto de acontecimientos o situaciones futuras[33].

En el contexto de los cambios políticos y económicos, en este siglo pueden observarse dos grandes momentos. El primero, denominado del Estado social, es aquél que va de los años treinta a mediados de los ochenta, el cual se caracteriza por la intervención del Estado y el establecimiento de normas cuya función era el impedir determinado tipo de acciones de los integrantes de una clase social respecto de los pertenecientes a otra, o el establecer el otorgamiento de prestaciones por parte del Estado en favor de los más necesitados[34]. Por este motivo, las constituciones latinoamericanas sufrieron cambios importantes que, en un primer momento, les llevaron a adicionar a sus antecedentes norteamericanos y franceses, otros provenientes de las Constituciones mexicana de 1917, alemana de 1919 y española de 1931[35]. El segundo gran momento, es aquel que inició a comienzos de los ochenta, caracterizado por la disminución de las tareas del Estado y el otorgamiento de una mayor importancia a las relaciones de mercado. En este caso, las influencias vinieron ya de diversas constituciones de la posguerra pero, sobre todo, de la ideología construida en los Estados Unidos para sostener los procesos denominados de transición democrática[36].

---

[33] Al respecto, cfr. De la Torre Villar, E. y García Laguardia, J. M. *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, UNAM, 1976, p.p. 225 y sigts. Para el caso mexicano, cfr. Cossío, J. R. *Régimen autoritario y dogmática constitucional*, México, Fontamara, 1998.

[34] De la Torre Villar, E. y J. M. García Laguardia, Op. cit., p.p. 226, 228 y sigts.

[35] García Belaunde, D. "El constitucionalismo peruano en la presente centuria", en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo IV, México, UNAM, 1989, p. 542.

[36] Por todos, cfr. Huntington, S. P. *La tercera ola*, trad. J. Delgado, Buenos Aires, Paidós, 1994.

Hoy en día, el derecho público latinoamericano parece encaminarse hacia la idea de mayores estándares de democracia, pleno respeto a los derechos humanos y fortalecimiento del Estado de Derecho, primordialmente[37]. El problema fundamental ha consistido en lograr el reconocimiento al carácter normativo de los derechos insertados en la Constitución o, en el caso de que ese carácter estuviera ya reconocido, en lograr la aplicación armónica con respecto de otros derechos constitucionales. Así las cosas, en los años recientes un buen número de problemas sociales parecen estar adquiriendo la forma de conflictos constitucionales y, como consecuencia de ello, se ha comenzado a considerar la función arbitral que juegan los tribunales constitucionales para la armonización de los intereses en las sociedades plurales.

IV. La explicación de los órdenes jurídicos latinoamericanos

Un segundo elemento a considerar es el modo como se han estudiado los órdenes jurídicos. Como se señaló en el apartado anterior, a finales del XIX apareció una nueva forma de derecho, denominada codificación. Mediante ella se recogía en un mismo ordenamiento "todas" las cuestiones relacionadas con una materia específica, fuera esta constitucional (organización de poderes y otorgamiento de derechos fundamentales), mercantil, civil, procesal o penal, fundamentalmente. Este cambio en la ordenación de las normas jurídicas llegó a ser tan importante, que ha determinado la forma en que las normas jurídicas son analizadas práctica-

[37] Sobre el reciente constitucionalismo norteamericano y sus influencias en el latinoamericano, cfr. por ejemplo, Nino, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

mente hasta nuestros días. Si el derecho provenía de una voluntad general, expresaba la naturaleza de las cosas y estaba ordenado y sistematizado de manera tal que comprendía la totalidad de las relaciones sociales que podían llegarse a constituir, la función de quienes lo estudiaban no podía ser sino la de tratar de expresar al derecho como si estuviera "concebido" de antemano. Los juristas, debían, en primer lugar, aceptar que el derecho establecido por el legislador tenía toda la legitimación para serlo (dogmática jurídica)[38]; en segundo lugar, que el derecho se limitaba a aquellas normas generales que hubieren sido establecidas por el propio legislador (fuentes del derecho)[39]; en tercer lugar, que el derecho estaba ordenado a manera de sistema, de modo tal que todo problema encontraba solución en él y sólo en él; en cuarto lugar, que no correspondía al jurista formular críticas o plantear nuevas soluciones a los problemas que enfrentaba y, finalmente, que si el derecho se encontraba escrito, el estudio que de él se hiciera debía limitarse a exponer o precisar los sentidos que pudieran derivarse de los textos[40].

El primer gran modelo de estudio del derecho moderno fue el denominado exegético, por virtud del cual los juristas franceses[41] iniciaron el estudio de sus cinco grandes códigos

---

[38] Al respecto, cfr. Calsamiglia, A. *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986; Nino, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974.

[39] Capella, J. R. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.* Madrid, Trotta, 1997, p.p. 136 y sigts.

[40] Sobre este modelo se ha escrito mucho de ahí que, entre otras, puedan consultarse las siguientes obras: Perelman, CH. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p.p. 37 y sigts.; Squella, A. "La cultura jurídica chilena", en: *La cultura jurídica chilena*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1992, p.p. 45-47.

[41] Cfr. Bonnecase, J. *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, Paris, E. de Boccard, 1924.

a comienzos de siglo (civil, penal, de comercio, de procedimientos civiles y de procedimientos penales), pero fundamentalmente del primero de ellos. La técnica exegética consistía en la explicación ordenada y lineal de cada uno de los artículos que compusieran el ordenamiento en cuestión, estableciendo el sentido de cada una de sus palabras y tratando de fijar las relaciones que el propio artículo interpretado tuviera respecto de otros que provinieran del propio ordenamiento[42]. Las interpretaciones exegéticas se hicieron fundamentalmente y de modo creciente por profesores universitarios, y llegaron a constituir el modelo de enseñanza imperante en aquella época[43]. En relativamente poco tiempo, se estuvo frente a una situación en la que la explicación y la enseñanza del derecho tenía un carácter puramente profesoral, es decir, en donde toda discusión jurídica se reducía al enfrentamiento de las tesis o de las posiciones sostenidas por ellos. Así, se llegó a una situación en la que el derecho se reducía a las explicaciones lingüísticas de estos últimos. Prácticamente no había descripciones reales ni contacto con la realidad normativa, la cual podía estar representada por las sentencias, las decisiones administrativas, etc. Mediante cada vez mayores refinamientos, los exégetas construyeron a partir de un sector muy amplio de normas del Código Civil, lo que se dio en llamar la "teoría general de las obligaciones". A partir de ésta, se lograba un cierto grado de formalización de la totalidad de las normas del orden jurídico (excepto las de la materia penal), y se acentuaba la pretendida uniformidad y completitud del derecho. Dentro del modelo de la exégesis no tenían cabida los problemas (tan frecuentes hoy en día)

[42] Sobre la influencia de la codificación francesa en los países de la región, cfr. Agundez Fernández, A., M. Fernández Martín-Graniz y E. Ruiz Vadillo. *Régimen legal básico de los países iberoamericanos*, Madrid, ICI, 1986, p. 7.

[43] Idem, p.p. 16-52.

relativos a las relaciones entre moral y derecho o política y derecho. Esto era la consecuencia de que el derecho era considerado como la expresión de la señalada voluntad general, de modo que no podía presentarse ningún tipo de contradicción entre la voluntad de todos y las normas mediante las cuales ésta se expresaba. El derecho era la fiel representación de la situación que se vivía, por lo que no tenía cabida ningún tipo de cuestionamiento sobre él.

Esta forma de estudiar al derecho penetró en nuestros países latinoamericanos desde muy pronto, debido fundamentalmente a que, por un lado, se asumieron los mismos presupuestos políticos y sociales que habían dado lugar a la codificación y, en segundo lugar, a que se asumió la codificación misma. Es cierto que el dominio sobre esta forma de estudiar al derecho no se dio desde luego y sin complicaciones, debido a que el derecho mismo tuvo que enfrentar una serie de situaciones a fin de determinar sus rasgos generales (disputa por la adopción del modelo norteamericano o del europeo, imposición del derecho nacional frente al español y difícil consolidación de la codificación, primordialmente). Sin embargo, a finales del siglo era claro que ese modelo de estudio era el dominante. El primer cambio a esta manera de conceptualizar el derecho se presentó a finales del siglo XIX, con motivo de los movimientos sociales (revolución industrial) y políticos (rompimiento del monopolio burgués) vividos en Europa. De manera precursora, Gény[44] sostuvo la necesidad de ampliar las consideraciones acerca de lo que válidamente debía considerarse como derecho, dando así cabida a elementos distintos a la ley (doctrina, fundamentalmente). En años posteriores, autores diversos plantearon

[44] *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essay critique*, 2éme éd., Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919.

opiniones en torno a la liberación de los estrictos cánones de interpretación, y hasta llegó a hablarse de una escuela de la libre interpretación. Las posiciones planteadas por estas escuelas no significaron un fuerte cuestionamiento al modo como se venía analizando el derecho, sino de un modo más simple a la necesidad de considerar fuentes jurídicas distintas a la legislación, a ciertos contenidos sociales o a la reformulación de los métodos de interpretación a fin de guiar mediante ellos la determinación del sentido de las normas.

En el momento actual, tanto por la continuidad de una tradición como por el modo en que están formados los planes de estudio universitarios[45], el estudio del derecho se lleva a cabo de un modo muy cercano al que prevalecía en el siglo XIX[46]. Los juristas latinoamericanos, por ende, no realizan ejercicios propios a fin de modificar o actualizar los métodos interpretativos heredados de los autores europeos. Los ejercicios que realizan consisten, principalmente, en formular definiciones que les permitan comprender los contenidos de las normas. Ello da como resultado que se trate de discusiones entre profesores latinoamericanos o entre éstos y los europeos, sobre normas diversas y a veces ni siquiera en vigor, por lo que tampoco se atienden a las interpretaciones de los

---

[45] Fix Zamudio, H. *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, UNAM, 1981, p.p. 101 y sigts.; Bascuñan, A. "El concepto del derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo o instrumental del derecho en la sociedad", en: *La cultura jurídica chilena*, p.p. 55-56; Pérez Perdomo, R. "La profesión jurídica en Venezuela: Informe para un estudio comparado", en: *El derecho venezolano en 1982. XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 131.

[46] Aun cuando existen algunas diferencias importantes, éste sigue siendo el modelo general de estudio en los países romanistas. Al respecto, cfr. David, R. *Les grands systémes de droit contemporains*, huitiéme édition, Paris, Dalloz, 1982, p.p. 92 y sigts.; De Witte, B. and C. Forder, éditeurs. *Le Droit Commun de l´Europe et l´avenir de l´enseignement juridique*, Mastricht, Kluwer, 1992.

órganos del Estado. Así, los avances en la dogmática son casi nulos, llegándose a una serie de explicaciones ahistóricas y descriptivas, en las cuales únicamente se da cuenta de los sentidos (prácticamente definiciones) que distintos juristas o profesores universitarios asignan a las leyes, una vez reconsideradas éstas mediante un interesante ejercicio de reconceptualización.

Sobre la explicitación o caracterización que se hace de la dogmática, podemos decir que existen tres niveles de puntualización: por una parte, las consideraciones metodológicas que expresan quienes pretenden caracterizar a la dogmática; segundo, las consideraciones que hacen los dogmáticos en sus propios trabajos y, finalmente, el ejercicio que efectivamente llevan a acabo quienes escriben obras dogmáticas. La distinción señalada puede parecer algo artificial pero, como enseguida se verá, se justifica en tanto una cosa es lo que se dice que va a hacerse, y otra lo que efectivamente se hace. En lo que hace a las explicaciones proporcionadas acerca de la dogmática, tomemos dos ejemplos de autores latinoamericanos. Sebastián Soler, en primer término, consideraba que toda acción necesitaba de un conocimiento que pudiera ser seguro, a fin de que los sujetos pudieran trazar su propio esquema de acción. Para Soler, en el caso del derecho tal esquema debía ser de tipo normativo[47], afirmación que venía precedida de la siguiente observación: "¿Cómo puede llamarse a un conocimiento referido a una norma de conducta que la toma como dato seguro, indiscutido, inalterable a lo menos durante el curso calculado de la acción? Un conocimiento indiscutido, aceptado, seguro e inalterable, es un dogma"[48]. La dogmática es, entonces, el

[47] Soler, S. *Las palabras de la ley*, México, FCE, 1969, p. 121.
[48] Idem.

resultado de pensar al derecho desde dentro de él, lo cual provoca, dice Soler, que se haga en términos normativos. Esto, a su vez, propicia que el conocimiento jurídico pueda presentarse rígido, completo y seguro de sí mismo[49], lo cual permite que a pesar de la historicidad del derecho, la explicación o conocimiento del mismo sea superior a las matemáticas en cuanto hace a la seguridad de sus construcciones[50]. Para Nino, por otra parte[51], la dogmática jurídica es comúnmente caracterizada como aquella actividad que realizan los juristas al analizar las normas jurídicas con el fin de descubrir sus principios implícitos. A partir de un variado instrumental analítico, dice Nino, los juristas pueden mantener su ideal analítico de limitarse a "describir" aquello que está implícito en el orden jurídico[52]. Este ideal declarado tiene, sin embargo, la función latente de "reformular" el derecho legislado y hace de las normas jurídicas un adecuado y manejable objeto de estudio.

En cuanto a las consideraciones que sobre la dogmática hacen los dogmáticos, debemos precisar que puede darse una situación en la que haya tantas explicaciones como obras dogmáticas, de ahí que trataremos de ilustrar la situación exponiendo dos de ellas, en este caso de autores mexicanos. Para Rafael Rojina Villegas, la fuente fundamental del derecho es la ley, de ahí que las explicaciones del derecho puedan reducirse a ésta válidamente. Sin embargo, considera que la jurisprudencia o, lo que es igual, las resoluciones de los tribunales deben ser consideradas, pero sólo en aquellos casos en que integren o resuelvan una laguna de la propia ley, pero

---

[49] Idem, p. 124.
[50] Idem, p. 127.
[51] Nino, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p.p. 106 y sigts.
[52] Idem, p. 107.

no cuando se lleve a cabo su aplicación por medio del silogismo jurídico[53]. En materia de derecho penal, Carrancá sostuvo que mediante el pensamiento científico aplicado al derecho penal, resulta posible sistematizar los fenómenos relacionados con el delincuente, el delito y las penas, todo lo cual da origen a las ciencias criminológicas[54]. En cuanto a la ciencia del derecho penal, estima que su propósito es sistematizar los conceptos de delito, delincuente y pena incluidos en la legislación, a efecto de lograr una noción universal y abstracta de cada uno de esos elementos. Adicionalmente, estima que su ciencia tiene el objeto de ser práctica, en tanto busca satisfacer las necesidades de la administración de justicia, y de ser sistemática, en tanto sólo así garantiza un dominio sobre las particularidades y evita ser diletante[55].

Con independencia de lo sostenido por los metodólogos o por los dogmáticos cuando tratan de caracterizar su quehacer, lo que estos últimos hacen cuando efectivamente lo realizan, puede sintetizarse de la siguiente manera. Primero, los dogmáticos latinoamericanos continúan identificando su objeto de estudio (el derecho) en la ley, y a veces consideran que puede extenderse a otras fuentes del derecho (jurisprudencia, costumbre, etc.). Sin embargo, con independencia de cómo hubieran identificado al derecho, terminan por referirse a la ley. Segundo, los dogmáticos atribuyen a su actividad una serie de funciones tales como la identificación y ordenación del derecho. Llevadas a cabo estas operaciones, se procede a realizar dos tareas: de una parte, a exponer los

---

[53] Rojina Villegas, R. *Compendio de derecho civil*, tomo I, 17ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 59.

[54] Carrancá y Rivas, R. *Derecho penal. Parte general*, 16ª ed., México, Porrúa, 1988, p. 16.

[55] Idem, p.p. 24-25.

elementos sustanciales que se consideren propios de la institución que se esté analizando; de la otra, conformando con esos elementos una definición de carácter estipulativo a efecto de enfrentarla con la de otros autores a fin de, en la discusión, tratar de ir precisando los alcances de la definición apuntada. Tercero, los dogmáticos definen frecuentemente su actividad como un arte, en el sentido de que mediante la misma se buscan resolver problemas prácticos en el campo del derecho. Esto no deja de ser curioso, en tanto se trata de las opiniones dadas por los miembros de una comunidad con intereses ajenos a los prácticos y que escasamente toma en cuenta las actividades de quienes trabajan en la creación o la aplicación del derecho.

De este modo, a nivel de la dogmática tanto la conceptualización como el estudio del derecho se realizan en las siguientes condiciones: primero, únicamente se describen los contenidos de las normas generales llamadas leyes; segundo, los sentidos planteados derivan de las interpretaciones hechas por los autores a tales textos o en el diálogo con otros juristas; tercero, se da una incapacidad para considerar la historicidad o la variación del derecho, pues resulta más ortodoxo tratar de encontrar las esencias o la "naturaleza jurídica" de la institución que se esté analizando. Así las cosas, y en términos generales, no se ha podido superar el punto descriptivo y exegético que, por un lado, toma en cuenta sólo a las normas generales y no utiliza para su análisis las decisiones en las que los órganos estatales determinen los sentidos normativos "reales" que adquieren tales normas generales; por otro lado, se ha llegado a una precisa distinción entre las funciones que pueden cumplirse al llevar a cabo el estudio del derecho, de manera tal que la descripción normativa corresponde a los juristas, la explicación de los fenómenos relacionados con el derecho a los sociólogos jurídicos, y la postulación de nuevas

soluciones a quienes realizan políticas jurídicas (policy)[56]. Se ha llegado así a un reduccionismo excesivo y a una especialización de funciones derivada de las ideas exegéticas (y luego confirmadas por otras teorías), de que todo intento por explicar al derecho más allá de las normas constituiría una indebida alteración del objeto de estudio, así como una traición a los principios de objetividad que deben guiar todo trabajo de investigación que se postule como científico[57]. En este sentido, a los postulados históricos que dieron origen al modelo vigente de explicación del derecho, vinieron a adicionarse una serie de reformulaciones imprecisas acerca del carácter de la ciencia jurídica, mismas que han tenido como consecuencia final el hacer más evidente la rigidez y las distinciones que se habían construido en la dogmática tradicional.

Es cierto que en numerosos textos de dogmática jurídica se señala la necesidad de que en las explicaciones acerca del derecho concurran una serie de disciplinas diversas a las propiamente normativas, comúnmente denominadas "disciplinas jurídicas auxiliares" o disciplinas auxiliares al derecho. Dentro de tal caracterización se encuentran, dependiendo de la rama del derecho de que se trate, conocimientos tales como la criminología, la psicología forense, la axiología, la sociolo-

---

[56] Squella, A. Op. cit., p.p. 45-47; Uribe, V. M. "Las tendencias globales y los estudios legales en el siglo XXI", en: *Memoria del Congreso Internacional sobre derecho público, filosofía y sociología jurídica: Perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p.p. 839-841.

[57] El orden jurídico mexicano fue explicado durante buena parte de este siglo, primordialmente a partir de los años 40, con la pretensión de destacar su carácter regular y estático, debido fundamentalmente a dos factores: primero, a la continuación de los métodos explicativos propios de los órdenes romanistas y, segundo, a la progresiva adhesión ideológica por parte de numerosos juristas a las condicionantes del régimen (primordialmente por parte de quienes cultivaban el derecho público). Al respecto, cfr. Cossío, J. R. Ult. Op. cit.

gía jurídica, entre otras muchas. Sin embargo, a pesar de que se den esos señalamientos, no se observa en ningún caso la aplicación de esos conocimientos, por lo que en realidad tenemos una dualidad entre el planteamiento sobre la necesidad de estudios multidisciplinarios, y la reducción de las explicaciones a la descripción normativa antes apuntada. Por otra parte, en la dogmática se señala la necesidad de auxiliarse de disciplinas para arribar a la adecuada comprensión del objeto de estudio. Así, y de modo genérico, se habla de la sociología jurídica o de la historia del derecho, o de modo específico a la criminología (derecho penal) o a la ciencia administrativa (derecho administrativo). Sin embargo, y a pesar de la necesidad declarada de acometer de modo integral el estudio del derecho, lo que en realidad se observa es la desvinculación entre el estudio del derecho llevado a cabo desde el punto de vista interno, y los estudios llevados a cabo desde las disciplinas auxiliares. Al proceder de este modo, el dogmático latinoamericano no ha llevado a cabo la síntesis cognoscitiva entre diversos tipos de acontecimientos, síntesis que, por cierto, no se realiza por los cultivadores de ninguna otra disciplina. La dogmática enfrenta ahora una disyuntiva que no ha podido enfrentar ni, mucho menos resolver: se continúa manteniendo el estudio fraccionado del derecho como hasta ahora se viene dando, se busca el establecimiento de una disciplina, o se reformulan sus funciones a efecto de que esté en posibilidad de llevar a cabo la síntesis apuntada.

Dentro de los pocos cambios que se han presentado en la manera de estudiar al derecho, están aquellos que en ciertas ramas jurídicas han tratado de reflejar las condicionantes propias del pluralismo social. En este sentido, se han modificado algunas metodologías para tratar de dar cuenta de la diversidad de valores que prevalecen en una sociedad, de

manera que se ha sustentado la idea de las normas jurídicas como una pluralidad de sentidos posibles, o bien se ha considerado necesario abundar en los métodos de interpretación como elementos determinantes de toda creación jurídica[58]. En estos casos, sin embargo, pasa algo semejante a lo que señalábamos respecto de la falta de relaciones entre las teorías del derecho y los estudios normativos, en tanto que, y si bien en menor grado, en muchas ocasiones las reflexiones normativas son ajenas tanto a las explicaciones que tratan de determinar el sentido de los valores o los elementos culturales dentro del derecho, como a aquellas otras que se enfrentan con las posibilidades y los límites de los métodos interpretativos.

Anclado en las distinciones metodológicas apuntadas, y dados los límites señalados brevemente para cada una de ellas, el estudio del derecho en nuestros tiempos continúa haciéndose de manera muy tradicional, lo cual ha impedido que se dé cuenta de fenómenos o situaciones que no tengan una precisa y clara expresión normativa. Como decíamos, cuando se hacen estudios que trascienden el sentido normativo estricto, la mayor parte de las veces éstos son formulados, en la mayoría de los casos, por individuos ajenos a la profesión jurídica que carecen de las herramientas necesarias para decir algo dotado de rigor.

---

[58] Sobre este particular, cfr. Cossío D., J. R. "La ciencia jurídica contemporánea y la difícil explicación del derecho indígena", en: *Revista del Senado de la República*, abril-junio 1998, vol. 4, no. 11, p.p. 33-52; "Análisis jurídico de los «Acuerdos de San Andrés Larrainzar»", en: *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho del ITAM*, no. 1, marzo de 1998.