

CUATRO PARADIGMAS DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Víctor Manuel Rojas Amandi¹

I. Introducción

El concepto de paradigma en la Filosofía de la Ciencia proviene de una obra escrita en el año de 1962 por Thomas Kuhn que se tituló: *The Structure of Scientific Revolutions (La Estructura de las Revoluciones Científicas)*.² Para Kuhn, un paradigma es “una sólida red de compromisos-conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos” que proporcionan una serie de modelos de los cuales surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación. De esta forma, el término paradigma abarca una gama de factores del desarrollo científico que incluye o supone, de alguna manera, leyes y teorías, modelos, normas y métodos, vagas intuiciones y creencias o prejuicios, metafísicos explícitos o implícitos.

Kuhn opina que los miembros de una comunidad científica que postulan el mismo paradigma comparten una serie de valores comunes y de elementos compartidos adquiridos en su educación y aprendizaje, los que permiten dar cuenta del carácter relativamente poco problemático de la comunicación profesional en el seno de dicha comunidad. Dichos valores y elementos incluyen entre sus componentes, generalizaciones simbólicas, compromisos compartidos de creencias en modelos concretos, valores compartidos y ejemplares compartidos. Esto que constituye lo que Kuhn llama una matriz disciplinar se adquiere en forma implícita a través de un proceso educacional mediante el estudio de ejemplares en donde el estudiante aprende el tipo de cuestiones que hay que plantear y la clase de respuestas que en la ciencia le aparecen aceptables. Los ejemplares ofrecen soluciones concretas para problemas aceptados por el grupo como paradigmáticos en un sentido bastante general. Los ejemplares no sólo ilustran cómo conectar las generalizaciones simbólicas con la naturaleza, sino que indican también que formas de leyes o generalizaciones simbólicas son aplicables bajo diversas circunstancias.³

Llama Kuhn a su matriz disciplinar, debido a que es la profesión común de los que practican una disciplina profesional concreta. La denominación de matriz es debido a

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg en Alemania y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Iberoamericana. Plantel Santa Fe.

2 Fondo de Cultura Económica. (trad. Agustín Contín), México, 1983.

3 Suppe, Frederick, “Ejemplares, teorías y matrices disciplinares”, en Suppe, Frederick, *La estructura de las teorías científicas*, (trad. Pilar Carrillo y Eloy Rada), Editora Nacional, Madrid, España, 1979, p. 534.

que está compuesta por elementos ordenados de varias clases.⁴ Los miembros de una comunidad científica interpretan sus generalizaciones simbólicas de la misma forma y confieren por ello el mismo significado a los términos teóricos por ellos empleados. Incluso, el lenguaje y la interpretación de los datos depende de la matriz disciplinar extraída del estudio de ejemplares, por lo que no es posible un lenguaje observacional neutral.

A la ciencia que práctica una comunidad científica que posee en común una matriz disciplinar basada en un conjunto de ejemplares compartidos, Kuhn la llama ciencia normal. Cuando una ciencia normal no puede dar cuenta de cierto tipo de problemas, se hace necesaria una investigación de tipo extraordinaria, que puede llevar a la elaboración de una nueva teoría, la que implica cambios conceptuales a los términos que forman parte de una nueva matriz disciplinar, a través de la cual se ve a partir de ese momento el mundo. Aunque un cambio de matriz disciplinar no supone un cambio del mundo, sí supone un cambio de lo que de él se ve y de cómo se ve. De esta forma, el significado de los términos de las teorías está determinado en parte por los principios de la teoría en la que aparecen. De aquí se deduce que si el mismo término es incorporado a dos teorías diferentes, el término tendrá distinto significado en las dos. Así, los hechos son lo que los enunciados que pertenecen a una teoría establecen que ellos son. En la medida en que en el lenguaje se reflejan diferencias conceptuales, el aparato conceptual determina los hechos que uno puede percibir, pues los conocimientos y creencias de uno pueden influir en los hechos que uno es capaz de determinar observacionalmente. La teoría finalmente determina los hechos que uno puede o debe percibir. Entonces, las teorías tienen como objeto de estudio un cierto ámbito de fenómenos y se desarrollan con el propósito de dar respuesta a una multiplicidad de cuestiones acerca de los fenómenos de dicho ámbito. Por lo mismo, es claro que los defensores de teorías diferentes pueden no estar de acuerdo acerca del tipo de cuestiones que debe responder la teoría. Por último, es perfectamente posible que distintas personas ocupadas en un determinado campo de fenómenos estén interesadas en él por razones diferentes, y que en consecuencia consideren importantes cuestiones diversas y, por ende, adecuadas teorías rivales.

Dentro de la historia de la ciencia parece claro que, a medida que una disciplina se desarrolla, se va produciendo un cambio de las cuestiones que la ciencia desea responder. Ésta deja abierta la posibilidad de que una teoría que en un momento se ha considerado fecunda y adecuada deje de serlo debido al hecho que las cuestiones planteadas cambien; y, aunque la teoría hubiera respondido a las cuestiones consideradas importantes en un principio, la valoración que uno hace de que cuestiones son importantes va cambiando y la teoría se va haciendo inadecuada al no ser capaz de responder a las cuestiones que posteriormente se van imponiendo.

Por otra parte, el término epistemología proviene del griego *επιστημη* (*episteme*) que significa conocimiento, y *-λογια* (*logía*) estudio.⁵ La epistemología surgió en Grecia

4 Kuhn, Thomas, Segundas reflexiones acerca de los paradigmas, en *Ibidem*, p. 513.

5 La epistemología también ha sido denominada *Teoría del conocimiento* —término más comúnmente utilizado y difundido por los alemanes e italianos—; *gnoseología* —utilizado frecuentemente por los franceses— o filosofía de la ciencia.

en una controversia entre Filosofía y Poesía.⁶ Dos son los problemas que han definido de manera más concreta el objeto de estudio de la epistemología. La primera la plantea Aristóteles en las primeras líneas de su *Metafísica*, al asegurar que “Todos los hombres, por naturaleza, desean conocer”, y que el conocimiento “proporciona la sabiduría”.⁷ La segunda la plantea Hegel en el prólogo de su obra *Fenomenología del Espíritu*, cuando precisa que “No cabe duda de que se puede saber algo de una manera falsa”.⁸

En estos términos, si el conocimiento es una facultad connatural del ser humano, y existe la posibilidad de saber erróneamente algo, el problema central de la epistemología son la naturaleza y las condiciones previas de las relaciones entre sujeto —ser cognoscente— y objeto-proceso o fenómeno sobre el cual el sujeto desarrolla su actividad cognitiva por medio de las cuales es posible obtener conocimientos válidos o verdaderos.⁹ Este planteamiento no fue posible sino hasta cuando se llegó a la convicción que cada saber real debe tener un carácter universal, persistente y objetivo y que, en consecuencia, no puede depender de las particularidades individuales y personales del sujeto cognoscente, lo que expuso por vez primera Platón.

En el sentido que le da Kuhn a su concepto de paradigma, en la Filosofía del Conocimiento se han planteado básicamente tres paradigmas. En la Filosofía Clásica — Antigüedad y Edad Media— prevaleció el paradigma ontológico que se pregunta por el ser, bajo la tesis de la unidad entre el saber y el objeto. En la Filosofía Moderna se trató de comprender al sujeto como un elemento que en la actividad cognoscitiva aparece claramente diferenciado del objeto. En el siglo XX, el problema del conocimiento se trató de aclarar con base en el uso del lenguaje y de los elementos simbólicos implícitos en el mismo.

En la Filosofía del Derecho, han sido cuatro los tipos de teorías que regularmente se han utilizado para estudiar los fenómenos jurídicos: las metafísicas-ontológicas; las metafísicas-rationales; las empiristas y en la actualidad, las lingüísticas. Las metafísicas-ontológicas, que sostienen que todo conocimiento está contenido en una naturaleza óntica exterior al hombre que es descubierta por la razón, se asocian a la Filosofía de Aristóteles, de Santo Tomás de Aquino, y se han cultivado por autores tan importantes como Francois Gény; Jean Dabin; Jacques de Maritain y David Granfield. Las teorías de tipo metafísicas-rationales, que localizan la esencia del conocimiento en el pensamiento, se vinculan a la Filosofía de la Ilustración y a la de Immanuel Kant,¹⁰ contando entre sus principales autores a Hans Kelsen; Rudolf Stammler, e incluso a John Rawls. Las teorías

6 Feyerabend, Paul, “¿El fin de la epistemología?”, en *Provocaciones filosóficas*, (trad. Ana P. Esteve Fernández), Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 85.

7 Aristóteles, *Metafísica*, Editorial Sudamericana, Argentina, 2000, pp. 100 y 102.

8 Hegel, Georg, *Fenomenología del Espíritu*, (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 27.

9 Piaget, Jean, *Psicología y Epistemología*, (trad. Francisco J. Fernández), Planeta-Agostini, México, 1986, pp. 7 y 15.

10 Kant opinó que, las percepciones deben ser organizadas dentro de las intuiciones *a priori* del pensamiento de espacio y tiempo en términos de principios racionales. Para este tipo de teorías el Derecho procede de algunos principios fundamentales descubiertos a través de una investigación interna del pensamiento humano. Véase la respecto Rojas Amandi, Víctor, “La filosofía del Derecho de Immanuel Kant”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, Tomo LIV, Número 242, pp. 165-198.

empiristas, que sostienen que la fuente del conocimiento radica en la experiencia antes que en la razón, parten de la Filosofía Empirista de David Hume, mostrando una gran variedad de tendencias. Entre éstas cabe mencionar las teorías normativas de Austin y Hart; las históricas de Savigny y Karl Marx; las sociológicas de Rudolf von Ihering, Leon Duguit, Philip Heck, Roscoe Pound, Carl Schmitt, Hermann Heller, Theodor Geiger y Niklas Luhmann; finalmente, las realistas en su versión americana de John Dewey, Oliver Wendell Holmes y Jerome Frank, o bien, las escandinavas de Axel Hageström, Karl Olivecrona y Alf Ross. Las teorías lingüísticas, que parten del hecho que los fenómenos sociales siempre se encuentran lingüísticamente mediados, recuperan los conceptos centrales de la Filosofía del Círculo de Viena, de la Hermenéutica y de la Acción Comunicativa.

En el presente artículo nos proponemos analizar, con base en la celebre teoría de los paradigmas de Thomas Kuhn, las cuatro perspectivas epistemológicas que para el conocimiento del Derecho se han propuesto con base en el análisis de las teorías más importantes que en el seno de cada una de ellas se han desarrollado. Para el análisis de la teoría metafísica-ontológica analizaremos la Filosofía del Derecho de Tomás de Aquino. Para el estudio de las teorías metafísicas-rationales, estudiaremos la teoría del Derecho de Kant y la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. La teoría empirista la abordaremos con base en una consideración de algunas teorías del Derecho de la fuerza. Finalmente, con relación a las teorías lingüísticas, haremos mención de la Hermenéutica Jurídica, de la teoría de la Praxis Interpretativa de Ronald Dworkin y de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy.

II. El paradigma ontológico-metafísico

En el paradigma ontológico el saber se aparece como una imagen específica del objeto. Los procesos cognoscitivos son entendidos como "flujos" que salen, tanto del sujeto como del objeto, cuya unión externa y mecánica forma la imagen. En este sentido, es propio de la Filosofía Clásica que todas sus reflexiones sobre el conocimiento parten de la condición, en cierto modo completamente natural, de que el saber guarda una relación estrecha con aquello que el saber representa. En la concepción metafísica-ontológica existe una armonía preestablecida entre teoría y hecho. Platón y Aristóteles fueron los más destacados representantes de la tesis de la unidad entre el saber y el objeto, entre sujeto y objeto. Platón formuló la teoría causal de la percepción, para el efecto comparó el sujeto cognoscente con un pedazo de cera y al objeto de la percepción con un sello que penetra la cera. Aristóteles, por su lado, expresó la idea de que el sujeto es potencialmente lo que el objeto cognoscible es en el momento.

1. El modelo del Derecho metafísico-teológico de Santo Tomás de Aquino

Si para Aristóteles la Filosofía fue la ciencia que estudia las primeras causas y los primeros principios, la Metafísica sería la rama de aquella que como ciencia primera estudia

el fundamento trascendental o principios comunes a todas las ciencias.¹¹ La formulación de la Metafísica no ha sido unitaria a lo largo de la historia. Más bien, tres son las formas en que se ha presentado: teológica; ontológica y gnoseológica.¹² Cada una de ellas encuentra sus primeros principios universales y supraempíricos en los que fundamenta todo conocimiento en diferentes naturalezas: la teológica en Dios; la ontológica en el ser en cuanto ser y la gnoseológica en la razón.

El paradigma de la Metafísica teológica identifica al ser primero y perfecto, a Dios, con una ciencia igualmente primera y perfecta. El conocimiento de esta ciencia primera y la relación entre la materia y el ser primero, sólo es posible en esta concepción de la Metafísica debido a que la realidad se fragmenta en dos naturalezas: una suprasensible, perfecta y superior, y la otra sensible, imperfecta y derivada.¹³ Las teorías de Aristóteles, Spinoza y Hegel son, en mayor o menor medida, dignas representantes de este paradigma. Sin embargo, quizá el planteamiento más puro y desarrollado de esta postura es el que elaboró Santo Tomás de Aquino. Además, la teoría de este gran filósofo es la que sin duda ha funcionado como el paradigma por excelencia para los teóricos del Derecho, que buscan fundamentar dicha disciplina en una concepción cristiana de Dios.

En el Tomo VI de la *Suma Teológica*, Santo Tomás trata los problemas relacionados con el Derecho. Para él, la esencia perfecta y suprasensible es Dios “como supremo monarca del universo”. Al fungir Dios como monarca del universo, es la razón divina la que rige todas las cosas. La relación de la razón divina con las cosas es posible sólo debido a que aquella tiene carácter de una ley. De una ley se habla debido a que establece los términos y condiciones necesarios para ordenar las cosas de tal manera que cumplan un fin. Una ley, además, la que debido a que es parte de una realidad suprasensible y rige fuera del tiempo, recibe el nombre de “ley eterna”.¹⁴

Desde un punto de vista epistemológico, la “ley eterna” es para Tomás de Aquino la realidad suprema que constituye la realidad primaria del Derecho y establece los principios fundamentales de su orden necesario. La “ley eterna” como principio indemostrable y evidente, que regula y mide a todas las cosas del universo, imprime en la razón humana una inclinación natural a la acción debida y al fin —bien común.¹⁵ Esta aplicación de la “ley eterna” en el individuo es lo que se conoce como “ley natural”. Ésta permite una participación intelectual y racional de la “ley eterna” en el ser humano.¹⁶ De esta forma, la participación del ser humano en la “ley eterna” es con base en una ley —“ley natural”— que ordena las cosas a su fin y que debido a que sirve de medida de los actos humanos es parte de la razón. Debido a que es la razón el medio en que participa el ser humano en la razón divina, y esto sólo es posible a través de la ley, es precisamente esta

11 Aristóteles. *Metafísica*, x, 7, 1064^a 10, *op.cit.*, p. 464.

12 Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, (trad. Alfredo N. Galletti), Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 793

13 *Ibidem*, p. 794.

14 Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Tomo VI, (trad. Francisco Barbado Viejo), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961, 1-2- q.91 a.1, p. 52.

15 *Ibidem*, 1-2 q.91 a.2, p. 54.

16 *Ibidem*, 1-2 q.91 a.3, p. 55.

“ley natural” el primer principio universal separado e inmóvil de todo Derecho material e históricamente determinado. Por cuanto hace a su contenido, todos los preceptos de la “ley natural” se fundamentan en un único axioma: “hay que hacer y buscar el bien y evitar el mal”. A causa de que la “ley eterna” imprime una inclinación natural a la acción debida, ésta es comprendida por la razón como naturalmente buena. Así, el orden de los preceptos de la “ley natural” es correlativo al orden de las inclinaciones naturales.¹⁷ Éstas a su vez pueden ser de tres tipos: una que comparte con todas las sustancias existentes —instinto de conservación—; otra que tiene en común con los animales —instinto de reproducción— y otra propia de la naturaleza racional —buscar la verdad acerca de Dios y vivir en sociedad—. ¹⁸ Debido a que son muchos los bienes que se presentan a la razón práctica, son muchos también los preceptos de la “ley natural”. ¹⁹ Para el conocimiento del Derecho esto significaría, siguiendo a Aristóteles que, quien conozca esa “ley natural” que es lo universal del Derecho, alcanzará la sabiduría suprema del Derecho, lo que le permitirá conocer asimismo, lo particular del mismo.²⁰

El resultado de la construcción tomista no sólo tiene efectos para el conocimiento del Derecho, sino también para su misma existencia. De esta forma, el hecho de que la “ley natural” proporcione “los principios generales e indemostrables” que permiten conocer la esencia del Derecho, fundamenta la necesidad de deducir a partir de tales principios generales, los criterios jurídicos concretos que servirán para conformar un sistema jurídico. Sin embargo, la participación de la “ley eterna” en la razón humana por el influjo de la “ley natural”, es debido a la condición humana imperfecta sólo limitada. De esta forma, el conocimiento humano sólo accede a ciertos principios generales, más no a verdades particulares, las que a su razón le resultan inaccesibles, no obstante que también están previstas en la “ley eterna”.²¹ Esto hace necesario que los sistemas jurídicos de los diferentes pueblos para su conformación requieran, además del conocimiento de los principios de la “ley natural”, ciertas conductas y experiencias históricas. Así, los principios que naturalmente informan la razón deben ser aprobados por la costumbre, y una vez que se han complementado con criterios jurídicos de carácter secundario que se adaptan a las características singulares y contingentes de su específica conformación social,²² requieren ser legisladas y promulgadas mediante la escritura por la comunidad o por quien la represente.²³ De esta forma, en el sistema de Santo Tomás a la diferencia entre razón divina y razón humana corresponde la diferencia entre “ley natural” y “ley

17 David Granfield diría que “las ordenaciones generales de la razón, que regulan y miden las acciones a las que estas inclinaciones dan origen, constituyen la ley natural”. *La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad. La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad* (trad. Armando J. Bravo Gallardo con la colaboración de Víctor M. Pérez Valera y Miguel Romero Pérez), Universidad Iberoamericana-ITESO, 1988, p. 189.

18 García-Huidobro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002, p. 72.

19 *Ibidem.*, 2002, p. 70.

20 Aristóteles, *op. cit.*, I,2, 982^a, p. 101.

21 Tomás de Aquino, *op. cit.*, I-2- q.91 a.3, p. 57.

22 *Loc. cit.*

23 *Ibidem.*, I-2 q.90 a.3 y 4, p. 40-2.

humana”.²⁴ Ésta no podría ser por sí misma norma y medida de las cosas; en cambio, los principios de la “ley natural” que informan a la razón humana, son propiamente hablando “reglas generales y normas de todas las acciones que el hombre pueda realizar”.²⁵

No obstante, los siglos transcurridos desde que la obra de Santo Tomás viera la luz por vez primera, su propuesta epistemológica sigue siendo por demás atractiva para muchos filósofos del Derecho modernos. Esto es aún más importante de lo que parece, debido al hecho que, por una parte, un buen número de dichos filósofos procede del mundo anglosajón —Alisair MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Theron; John Finnis, Germain Grisez y Joseph Boyle—, esto es, de un mundo donde los filósofos protestantes —Hume, Kant, Hegel, etc.— durante siglos han mantenido el monopolio de las ideas; por la otra, a que el camino a Santo Tomás ha sido motivado por el hecho de que su Filosofía ofrece una sólida fundamentación del problema ético basado en principios cristianos,²⁶ en una época en que los iusfilósofos se han obsesionado por encontrar el punto de intersección entre el Derecho y la Moral.²⁷

Como paradigma de epistemología jurídica, la teoría de Santo Tomás ofrece múltiples y variados recursos a la Filosofía del Derecho. Esto debido a que, la relación que permite establecer entre entidades metafísicas y realidades históricas tiene que ver más con la razón práctica que con el esquema deductivo en donde el problema del Derecho Natural se reduce a meros procesos intelectivos. En efecto, los preceptos de la “ley natural” de Santo Tomás tienen el carácter de preceptos de la razón práctica, pues se refieren a “inclinaciones humanas”, a condiciones de posibilidad del obrar humano.²⁸ De un obrar humano que ciertos sociólogos modernos como Luhmann y Habermas señalan es contrafáctico, lo que no es otra cosa que cuando Santo Tomás establece que, una norma directiva superior a la que los seres humanos supeditan su razón es necesaria debido a que los mismos persiguen fines que exceden el alcance de sus facultades naturales.²⁹

24 Como toda teoría del Derecho Natural, la de Santo Tomás parte de la existencia de dos realidades jurídicas diferentes y situadas en diferentes niveles jerárquicos una frente a la otra. La una de esencia metafísica y de superior jerarquía — Derecho Natural— y la otra de esencia empírica y de inferior jerarquía — Derecho Positivo.

25 *Ibidem*, 1-2- q.91 a.3, p. 57.

26 García-Huidobro, Joaquín, *op. cit.*, p. 59.

27 En una época en que el impacto de los pronunciamientos morales en la decisiones judiciales llega a ser día con día más evidente, los tradicionales esquemas que tenían por objeto representar la aplicación del Derecho como una derivación de una norma jurídica individualizada a partir de una norma general y abstracta, resultan insuficientes para explicar en su real magnitud los principios, normas y procedimientos implicados en la determinación de derechos concretos en la praxis jurídica. Señala Dworkin que esto resulta más claro en las materias internacional y constitucional, debido a que en ellas se regulan materias cuyos contenidos se encuentran explícitamente más orientadas a la moral —libertad de expresión, respeto de la vida y de la dignidad, tratamiento igual, etc. Además, en dichas materias los conflictos involucran de manera más directa a la sociedad —aborto, eutanasia, discriminación racial y de minorías, etc. Finalmente, en el Derecho Constitucional se trata de aspectos más de moralidad política que de ética individual. Véase Dworkin, R., “The judge’s new role: should personal convictions count?”, en: *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), p. 5. Por su parte, Jürgen Habermas tiene un estupendo estudio intitulado “Derecho y Moral”, que aparece como anexo a su obra *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Tercera Edición, (trad. Manuel Jiménez Redondo), 2001. Madrid, p. 535.

28 García-Huidobro, Joaquín, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

29 Tomás de Aquino, *op. cit.*, 1-2- q.91 a.4, p. 59.

III. El paradigma de la separación entre sujeto y objeto

La confianza en el Hombre, la Ciencia y la Razón darán el punto de partida de la epistemología moderna. A partir de Descartes se replanteó el paradigma de la epistemología. En su sistema, al que bien se le puede denominar racionalista, al objeto de conocimiento —materia— se le atribuye una propiedad cuantitativa, mientras que al sujeto —espíritu— se le asigna una propiedad cualitativa. El empirismo inglés reconoció el hecho de la existencia del “yo” como un fenómeno de la vida psíquica, que es experimentado inmediatamente por el sujeto cognoscente. David Hume, al reconocer la diferencia entre sujeto y objeto, sostuvo que los procesos mentales no están en contacto directo con los sucesos del mundo. Hume entendió el problema del conocimiento como sigue: tenemos algo que ocurre en el mundo; luego, ese *algo* impacta nuestra retina; posteriormente, tenemos un resultado mental que ocurre y que denominamos observación y, finalmente, otro resultado mental como inferencias —que puede tomar la forma de la deducción, la inducción o la abducción— de las observaciones. Otra manera de exponer esta idea es que en las inferencias, las teorías o, en cualquier proceso mental, el mundo no forma parte de ello, sino que más bien está afuera. Del mismo modo, el sujeto en el mundo no forma parte de las ondas luminosas o sonoras. Esto, sin embargo, no niega la interacción entre el sujeto y el mundo. Antes bien, establece una diferencia entre cosas que ocurren en el mundo y las que ocurren en el sujeto, donde el punto de contacto es la observación. Dos consecuencias importantes a retener en la memoria son, por una parte, que de esta manera el mundo modela nuestros pensamientos a su forma y; por la otra, que al hablar de observación estamos hablando de la experiencia. John Locke se refiere a la experiencia externa (sensorial) y la experiencia interna (la reflexión) como dos fuentes casi independientes del conocimiento, cuya relación no está claramente determinada, pero cuya independencia es señalada categóricamente por él.

Sin embargo, una separación radical entre sujeto y objeto fue realizada por la Filosofía Clásica alemana. La Filosofía Crítica de Kant pretendió llevar a cabo una investigación del conocimiento del sujeto, de sus facultades cognoscitivas.³⁰ El método con el que esta investigación se va a llevar a cabo fue denominado por Kant como método trascendental, en oposición al método empírico. Este método tiene como propósito buscar las condiciones racionales *a priori* —esto es, que existen con anterioridad, antes de comprobarse por la experiencia— que hacen posible un objeto de conocimiento y que le confieren por el mismo hecho un carácter de necesidad³¹ y universalidad. Debido al hecho de que dichas condiciones racionales *a priori* trascienden la experiencia y son universales y necesarias, ya no cabrá distinguir entre el contenido y el origen del conocimiento y, de esta forma, el verdadero problema no será ya el problema del contenido sino el de la forma racional consistente en las funciones *a priori* unificadoras y objeti-

30 Herman Jean de Vleeschauwer, “La Filosofía Alemana de Leibniz a Hegel”, en Yvon Belaval (ed.), *Historia de la Filosofía*, vol. 7, (trad. José María Artola Barrenechea), Siglo XXI, México, 1987, p. 183.

31 *Loc. cit.*

vantes de la razón.³² Dichas formas racionales son unidades lógicas o formas universales de actividad del sujeto que contienen las condiciones de posibilidad de la experiencia o los esquemas de actividad del sujeto por medio de las cuales es posible relacionar la experiencia, esto es, fijar las percepciones sueltas en unidades o formas de conocimiento. Son formales debido a que son absolutamente independientes de los fines del pensamiento, de sus relaciones con otras capacidades del hombre y en general del mundo exterior. Las categorías son, de esta manera, los esquemas con ayuda de los cuales el sujeto puede pensar las cosas, es decir, las formas universales de la actividad cognoscitiva del sujeto. Ellos representan el objeto pensado, es decir, el mundo exterior tal y como es pensado de manera necesaria, tal y como aparece a la conciencia después de su asimilación en los órganos de los sentidos y de las formas *a priori* del pensamiento. Así, la Filosofía Crítica se caracteriza por privar a la metafísica³³ con audaz radicalismo de todos los problemas de la realidad u ontológicos y por retener exclusivamente el problema del conocimiento. La metafísica ya no será el conocimiento del en sí —expresión contradictoria en sí misma porque no hay conocimiento sino para-nosotros—, sino de las formas del pensamiento, con lo que la metafísica se transforma de ontología en teoría del conocimiento. El dualismo del para nosotros y del en sí, del entendimiento —conocimiento de los objetos de la posible experiencia— y de la razón —conocimiento de las condiciones trascendentales o *a priori* del conocimiento—, tiene consecuencias metodológicas: el para nosotros científico es necesariamente cierto porque puede ser legitimado por definiciones constructivas, ya sean *a priori* o inmutables, como en matemáticas, ya sean *a posteriori* y progresivas como en física.³⁴

Hegel consideró que el conocimiento es una actividad en donde el sujeto debe entregarse intelectualmente a la vida del objeto para expresar su racionalidad o su necesidad externa.³⁵ Sin embargo, para llevar a cabo esta función resulta indispensable analizar previamente las condiciones y presupuestos previos del conocimiento.³⁶ El concepto y el objeto, el ser para otro y el ser en sí mismo, sólo reconociéndose como diferentes y en sus interrelaciones mutuas son capaces de producir verdad.³⁷ La actividad del sujeto cognoscente, en su pretensión por aprender al objeto de una manera racional, es lo que Hegel llama Método; éste, “no es en efecto, sino la estructura del todo, representada en su esencialidad pura”.³⁸

1. La Teoría del Derecho de Kant

El paradigma kantiano se opuso al planteamiento abstracto, rígido y objetivo de la metafísica ontológica que procede deductivamente de esencias atemporales y aespaciales para

32 *Ibidem*, p. 185.

33 José Ortega y Gasset, “Reflexiones de Centenario”, en: *Kant, Hegel, Scheller*, Alianza Editorial, 1983, Madrid, p. 13.

34 Herman Jean de Vleeschauer, *op. cit.*, p. 168.

35 Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, *op. cit.*, p. 36.

36 *Ibidem*, p. 63.

37 *Ibidem*, p. 57.

38 *Ibidem*, p. 32.

imponer al ser humano desde afuera reglas de observancia universal que sólo requieren ser formalizadas y complementadas por la ley positiva. Más bien, Kant trata de construir su paradigma desde dentro del sujeto, desde su esencia más pura, desde la razón. En el ámbito práctico, es en el fundamento racional del fenómeno moral donde se contienen los principios del Derecho en Kant. El Derecho encuentra su fundamento en la Moral.³⁹

En su Teoría de la Moral, Kant identifica a la libertad como el primer principio en torno del cuál gira el hombre. La libertad es un principio regulador —no constitutivo— de la razón especulativa que se encuentra por encima de toda ley natural y de todo fenómeno y que comprueba su realidad por medio de principios prácticos. Ella debe ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional.⁴⁰ Libre es la voluntad pues puede determinar un fin sacado de ella misma. Esta capacidad de determinarse a sí misma sin tener una causa fuera de ella genera principios prácticos de actuación que determinan el arbitrio de las personas. De esta forma, los hombres sólo se encuentran sometidos a su libertad. Desde el mundo empírico donde viven los hombres, la libertad es la capacidad de reconocer, exclusivamente con base en la razón, las máximas conforme a las cuáles se debe hacer uso del arbitrio.⁴¹

La expresión lingüística de una máxima de “deber ser” que sirve para relacionar una ley objetiva de razón con una voluntad es lo que se conoce como imperativo categórico.⁴² De esta forma, el imperativo es la expresión de una regla que hace objetivamente necesaria una conducta humana como buena en sí misma y sin referencia a otro fin, la que por lo mismo puede ser erigida por la razón como un principio de legislación universal. Es por esto, por lo que se dice que el imperativo tiene una validez “a priori” e incondicionada. El imperativo categórico no se relaciona con alguna determinación del arbitrio más que con la libertad del mismo arbitrio.

El imperativo categórico tiene cuatro formulaciones concretas:

1. “Actúa siempre de tal manera que la máxima —o el motivo subjetivo— de tus actos pueda convertirse en principio de legislación universal”;⁴³
2. “Actúa de tal forma como si la máxima de tu conducta debiera llegar a ser por medio de tu voluntad una ley natural general”;⁴⁴
3. “Actúa siempre de tal modo que no trates la naturaleza humana, ni en ti ni en los demás, como un medio, sino como un fin en sí”;⁴⁵
4. “No realizar ninguna conducta con base a otra máxima, más que con la que pueda existir la posibilidad de que pueda llegar a ser una ley general”.⁴⁶

39 Es por esto por lo que Kelsen critica de la filosofía kantiana, que en ella no es posible encontrar un dualismo radical entre “ser” y “deber ser”. Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas* (Traducción: Hugo Carlos Delory Jacobs), Trillas, México, 1994, pp. 90-91.

40 Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1974, p. 82.

41 Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Reclam, Stuttgart, 1990, p. 62.

42 Kant, Immanuel, *Grundlegung ...*, op. cit., p. 42.

43 *Ibidem*, p.140.

44 Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, op. cit., p. 51.

45 *Ibidem*, p. 62.

La idea de libertad transforma al ser humano en parte de un mundo de sentido, según el cual en el mundo social real y temporal debe suceder lo que establece un deber en un imperativo categórico con validez “a priori” y universal.

La moralidad encuentra su origen en la libertad en sentido trascendental. La libertad, libre de toda determinación externa, histórica y social, se da a sí misma sus leyes. El principio de todas las leyes morales radica en la capacidad de autolegislación de la voluntad que se rige por el imperativo categórico. Éste puede adquirir realidad en el mundo social gracias a que la autonomía de la voluntad, libre de toda determinación externa, es capaz de darse a sí misma sus leyes. Actúa de acuerdo con el sentido moral del concepto, quien sigue responsablemente los principios de vida que provienen de la voluntad autónoma.

El juicio que contiene un imperativo categórico es a lo que Kant le llama Ley. Ésta tiene tres características: universalidad, mandato y esencia formal. La universalidad exige aplicación sin excepción de la Ley. El mandato es la orden que la misma incorpora. La esencia formal de la Ley implica que, la máxima que describe no se encuentra dirigida a la realización de ningún fin concreto. En el mundo de los hechos esto implica que el principio moral exige obedecer la Ley en sí, independientemente de cualquier objetivo concreto anhelado que sea objeto de la máxima. La necesidad de la conducta libre por respeto a la Ley es a lo que se denomina obligación.

Kant define al Derecho con base en sus fundamentos trascendentales “a priori”. Una definición que en exclusiva se hubiere limitado a describir las características empíricas del Derecho sería como “una cabeza que puede ser bella pero que desgraciadamente no tiene cerebro”.⁴⁷ De esta forma, para Kant el Derecho son “las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad”. Este concepto de Derecho que se construye con base en criterios de validez que se encuentran implícitos en la razón, se obtiene, como diría Habermas, por vía de restricción a partir de las categorías de la Moral de: voluntad, arbitrio, acción, móvil de la misma, obligación, ley y legislación.⁴⁸ Si consideramos que el concepto de Derecho se integra de tres elementos: a. el arbitrio; b. la ley general de libertad y, c. las condiciones de unión entre el arbitrio y la ley general de libertad, la restricción con base en la cuál se construye el concepto de Derecho Kant es triple.

En principio, la voluntad libre de los sujetos se restringe en Kant al uso del arbitrio en una relación externa de respuesta recíproca en la que se unen al menos dos albedríos libres.⁴⁹ El arbitrio que, se basa en la capacidad de hacer u omitir y que engendra el objeto del fin querido por la conducta, establece las máximas de actuación jurídica del sujeto.

En segundo lugar, se trata de una Ley General de Libertad que sea capaz de compatibilizar dos o más acciones recíprocas que se encuentren determinadas por la razón

46 *Ibidem*, p. 67.

47 Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, op. cit., p. 66.

48 Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 136.

49 Von Horst, Folkers. Zum Begriff des Rechts bei Kant, Hegel und Benjamin, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (1985), p. 247.

pura. Esto es posible mediante el establecimiento de obligaciones iguales, mutuas, universales que se conformen de manera necesaria con la libertad de todos.

Finalmente, las condiciones de unión entre el arbitrio y la Ley General de Libertad consisten en la facultad de ejercer la coerción para forzar la conducta conforme a la Ley General de Libertad. La posibilidad de la fuerza exterior es necesaria para mantener el libre arbitrio dentro de los límites que establece la Ley General de Libertad. Si el Derecho se debe ordenar a la Libertad, la coacción sirve para impedir invasiones a la misma. La coacción es asimismo, la motivación exterior de las conductas jurídicas. El *quantum* de la facultad de ejercer la fuerza en el Derecho se rige por el juicio de contradicción, pues la medida de la sanción debe ser la precisa para eliminar el límite que la conducta que viola la norma le pone al ejercicio de la libertad por parte de otro.⁵⁰ De esta forma, el uso de la fuerza en el Derecho asegura la Libertad.⁵¹

Para Kant son posibles dos diversas concepciones del Derecho, la una estricta y la otra amplia. La estricta consiste en la Ley de una obligación mutua entre hombres, que deriva del deber, que se conforma necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de libertad general y que determina al arbitrio en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior compatible y al servicio de la libertad de todos frente a todos según leyes generales. Este concepto de Derecho estricto, que no mezcla nada con la moral y que es producto de una intuición pura *a priori*, se construye con tres elementos: a. una Ley o regla; b. una obligación mutua general recíproca que deriva del deber y que se conforma necesariamente con la libertad de todos bajo el principio de libertad general y, c. la posibilidad del uso de la fuerza conforme compatible con leyes generales. Más concretamente, Kant reconoce tres elementos de un concepto estricto del Derecho: regla, obligación y fuerza.

El Derecho en sentido amplio permite incluir excepciones al principio de obligación mutua en dos casos, en la equidad —“Derecho que no puede obligar”— y en la necesidad —“exigencia sin Derecho”.

En la construcción del concepto de Derecho de Kant, la diferenciación hacia afuera del Derecho, y más concretamente la diferenciación del Derecho frente a la Moral y las semejanzas con ésta, adquieren una significación especial. Lo común entre la Moral y el Derecho es que ambos prescriben deberes. Por otra parte, una diferenciación entre la Moral y el Derecho se debe realizar con base en el diverso tipo de legislación de donde procede cada una de ellas. Esto se hace a partir de la relación entre la motivación, que conecta subjetivamente el fundamento de la determinación de la arbitrariedad de la conducta, con la Ley, que representa objetivamente y de manera necesaria la conducta que debe suceder.⁵² De esta forma, quien actúa motivado por el cumplimiento de la obligación en sí misma, actúa moralmente; en cambio, quien no hace a la obligación por sí misma su motivación, sino que actúa guiado por otra causa, razón o motivo, actúa jurídi-

50 Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, op. cit., p. 68.

51 *Loc. cit.*

52 *Ibidem*, p. 52.

camente.⁵³ El diferente fundamento de la motivación se debe a que los deberes morales se fundamentan directamente en la razón. En cambio, en los deberes del Derecho, la Ley y la obligación aparecen como dados, pues han sido creados e impuestos por autoridades exteriores y diferentes al individuo obligado.

Lo anterior no significa que, en la Filosofía de Kant, el Derecho y la Moral se encuentren como sistemas normativos frente a frente, en igualdad de jerarquías y con un fundamento de validez diferente. Ésa fue más bien una pretensión de Kelsen. Por el contrario, en la teoría de Kant el Derecho encuentra su fundamento en la Moral. Cualquier obligación jurídica indirectamente es una obligación moral.⁵⁴ Es por esto por lo que la Ética exige hacer la conducta prescrita por el Derecho una máxima de acción. De aquí se deriva el imperativo categórico que establece: "actúa exteriormente de tal forma que, el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de los otros según una ley general, esto es, de una ley que me imponga vinculatoriedad u obligación".⁵⁵ Además, darse un ordenamiento jurídico externo y cumplirlo es un deber moral de los hombres.

2. La influencia de la Teoría del Derecho de Kant

Durante los siglos XIX y XX apenas y se pudiera encontrar algún esfuerzo científico que de alguna manera no hubiera sido influenciado por Kant. Parece que la filosofía de Kant, como ninguna otra, transformó la filosofía y la ciencia. El paradigma de Kant es el que desarrolló la Filosofía Clásica Alemana de Fichte, Schelling y Hegel; la Filosofía Trascendental de Fries y Bencke; la Filosofía del Lenguaje de Humboldt; la Teología y la Hermenéutica de Schleiermacher; el Empirocriticismo de Avenarius y de Mach; el Neopositivismo del Círculo de Viena de Carnap y Wittgenstein y más recientemente las Filosofías de Habermas y de John Rawls.

La influencia de Kant ha sido sin duda la más importante en la Filosofía del Derecho desde el siglo XIX, si se le compara a la que ejerciera cualquier otro filósofo clásico. Esto vale, sin embargo, más por su teoría crítica del conocimiento, que por su teoría jurídica.⁵⁶ De esta forma, durante la segunda mitad del siglo XIX surgió la Teoría General del Derecho, cuyos principales autores fueron Merkl, Binding, Bierling, Bergbohm, Somló y Bluntschli. Esta nueva disciplina especial de la Filosofía del Derecho se apoyó en un principio elaborado con base en la Filosofía de Kant: debido a que los contenidos jurídicos no pueden ser accesibles al conocimiento científico, en beneficio de la seguridad jurídica, tienen que ser establecidos los criterios formales que sirven para determinar lo que debe valer como Derecho.⁵⁷

53 *Ibidem*, p. 84.

54 *Ibidem*, p. 54.

55 *Ibidem*, p. 67.

56 Kaufmann, Arthur. *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, en: Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (eds). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Mueller, Heidelberg, 1994, p. 75.

57 Coing, Helmut, *Kant und die Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, Frankfurt/Main, 1955, pp. 34 y ss.

El formalismo jurídico en la Filosofía del Derecho, que sirviera para justificar la legislación y la jurisprudencia del régimen nacionalsocialista, tuvo a uno de sus más importantes representantes en Rudolf Stammler; para quien fue posible establecer que, los principios de un Derecho justo no son normas, sino que más bien, tienen la significación de pensamientos metódicos que nos ayudan a elegir entre una muy amplia variedad de normas jurídicas concretas,⁵⁸ y que por ello un Derecho correcto no era más que una forma pura del pensamiento, un método formal. De esta forma, para Stammler no era posible encontrar ningún precepto jurídico del que se pudiera comprobar, con base en la especialidad de su contenido, su validez absoluta.⁵⁹

Gustav Radbruch, uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, con base en el dualismo metódico de “ser” y “deber ser”, encontró la relación necesaria entre el Derecho y los valores. Él pensó que el Derecho no está libre de valores, tal y como acontece en la naturaleza, pero que tampoco el Derecho es un valor puro como la justicia. Radbruch fue de la idea que el Derecho se justifica en la medida en que se encuentra dirigido a la realización de valores. Con esto, el concepto del Derecho, aun dentro de una posición kantiana, fue determinado con base en su contenido.

La estimativa jurídica como construcción de un criterio valorativo, a partir de la intuición *a priori* de los valores que entrañan los sistemas jurídicos y que funge como censor de los sistemas jurídicos históricamente dados, puede también ser considerada como una Teoría de Derecho kantiana.⁶⁰

Incluso, dentro del paradigma del tomismo jurídico, autores como Joseph Maréchal, Karl Rahner y Bernard Lonergan han tratado de llevar a cabo una reinterpretación de la teoría del Derecho Natural de Tomás de Aquino en términos de Kant.⁶¹

Sin embargo, entre todas las posiciones kantianas en la Teoría del Derecho, ninguna fue tan radical y dejó huella tan profunda en la Teoría del Derecho como la de Hans Kelsen. Éste quien provenía del “Círculo de Viena” desarrolló una teoría a la que denominó “Teoría Pura del Derecho” en la que intentó exponer la Filosofía de Kant en forma de una teoría del Derecho positivo.⁶²

3. La teoría del Derecho de Hans Kelsen

El desarrollo más importante del paradigma kantiano fue el que emprendió Kelsen con su “Teoría Pura del Derecho”.⁶³ Este autor trató de recuperar la pretensión kantiana de

58 Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, (trad. Wenceslao Roces), Editora Nacional, México, 1980, p. 259.

59 Stammler, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, segunda Edición, Luchterhand, Frankfurt am M., 1926, pp. 51 y 94.

60 Recaséns, Luis y Del Vecchio, Giogio, *Filosofía del derecho*, UTEHA, México, 1946, Tomo I, pp. 645-656.

61 Granfield, David, *La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad*, (trad. Víctor Pérez Valera y Miguel Romo Pérez), Universidad Iberoamericana/ITESO, México, 1996, p. 215.

62 Carta de Kelsen a Renato Treves, en: Paulson, Lars (coord.), *Kelsen-Treves, Formalismo giuridico e realtà sociale*, Stanley, Nápoles, 1992, pp. 55-58.

63 La otra gran teoría del siglo XX, que desarrolla el paradigma kantiano, es la de John Rawls. Ésta, sin embargo, pertenece más a la Ciencia Política que al Derecho. En su obra *Teoría de la justicia*, Rawls plantea su posición racionalista en los siguientes términos: “en la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas

construir un sistema de Derecho a partir de conceptos puros “a priori” que no contengan elementos empíricos. No obstante, a diferencia de Kant, Kelsen trató de construir a partir de las premisas metodológicas de aquél, un sistema de Derecho con una fundamentación estrictamente jurídica.

Kelsen denominó pura a su teoría debido a que ella se ocupó exclusivamente de las estructuras formales de las normas jurídicas, eliminando los elementos psicológicos, éticos, sociológicos y políticos.⁶⁴ Asimismo, a su método lo denominó Kelsen método puro debido a que la construcción del sistema de Derecho se hace bajo la base de una fundamentación racional y autónoma que renuncia a toda inclusión de los mencionados elementos no estrictamente jurídicos.

Kelsen, al igual que Kant, trabajó con las formas del sistema jurídico. Ésta fue la manera de construir un sistema que fuera capaz de describir cualquier sistema jurídico histórico. Sin embargo, Kelsen fue más estricto que Kant en cuanto hace a la construcción del sistema, pues trató de elaborar una matemática de la ciencia del espíritu —sueño de Hermann Cohen— a partir de una estructura donde con base en las propiedades lógicas de las normas, unas de ellas se puedan deducir de otras y donde todas ellas formen un conjunto de conceptos interdefinidos, interdependientes y en su conjunto un sistema lógicamente coherente y cerrado.⁶⁵ Para Kelsen la lógica es la esencia del Derecho. La Teoría del Derecho debe ser vista como una ciencia que sólo describa la estructura lógica de los sistemas jurídicos y que renuncie a considerar el origen y el fin del Derecho, pues desde su punto de vista los mismos no son ingredientes esenciales del mismo.

El rigor de la Teoría Pura del Derecho lleva a su autor a criticar a Kant por no establecer una diferencia tajante entre el “ser” y el “deber ser”. Kelsen critica que en Kant la norma moral —“deber ser moral”— se deriva de la razón como razón práctica y cuya función es también el conocimiento del ser. Esto debido a que razón práctica y razón teórica en Kant son básicamente lo mismo.⁶⁶ La cuestión de si es posible inferir un “deber ser” de un “ser” había sido previamente rechazada por David Hume.⁶⁷ Y es precisamente este dualismo irreconciliable entre “ser” y “deber ser” el que Kelsen retoma para dar inicio a la construcción de su sistema jurídico.

históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia... Los principios de justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias o circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios”. *Teoría de la justicia* (trad. María Dolores González), Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 25.

64 Dreiers, Ralf, “Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt”, en Herbert, Haller (coord.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*, Viena, 1997, pp. 193-215 y; Pound, Roscoe, “Law and the Science of Law in Recent Theories”, en *Yale Law Journal*, no. 43, 1933/34, pp. 525-536.

65 Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2000, p. 315.

66 Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, (trad. Hugo Carlos Delory Jacobs), Trillas, México, 1994, p. 89.

67 Hume le denominó a su refutación de la unidad entre “ser” y “deber ser” la falacia naturalista. Según la misma no es posible inferir un juicio del “deber ser” a partir de un juicio del “ser”. Esto debido a que las reglas de la lógica no permiten deducir una conclusión que no esté ya contenida en las premisas

Las categorías originarias bajo las cuáles se conocen todas las cosas dentro y fuera de nosotros mismos son los juicios del “ser” y del “deber ser”. Los primeros enuncian lo que son los objetos; en cambio, los segundos se refieren a lo que debe ocurrir. Un juicio de “deber ser” al que también se le puede denominar normativo es el propio del Derecho.

Los juicios del “deber ser” describen normas cuya validez es algo que se deriva de su propia esencia racional fuera del espacio y el tiempo. Para la validez del Derecho resulta irrelevante si el núcleo normativo descrito en el juicio del “deber ser” en el mundo de los hechos se cumple o no. Kelsen se vale de un axioma —un principio que sirve para fundamentar, pero que no puede ni necesita comprobarse— para fundamentar la validez formal de las normas del sistema jurídico, al que denomina “norma fundante básica”.⁶⁸ Esta norma es hipotética debido a que es un supuesto apriorístico, que no ha sido establecida de modo jurídico-positivo y que funciona como una hipótesis científica que la Ciencia del Derecho se ve obligada a establecer como condición para que sus elementos se puedan interpretar como parte del Derecho. De la “norma fundante básica”, principio de razón pura, se derivan todas las normas pertenecientes al sistema, mediante reglas operativas o de comprobación, que siguen un proceso deductivo en una estructura organizada por diferentes niveles de validez normativa de mayor a menor —Constitución; Ley; Tratados Internacionales; Reglamentos; Actos Jurídicos Individualizados—, por lo que las normas de los niveles inferiores se derivan de las de los niveles superiores. Los únicos contenidos esenciales de una norma jurídica serían: la obligación y la sanción.⁶⁹

La Teoría Pura del Derecho, si bien es cierto construye su sistema de Derecho a partir de esencias racionales, también lo es que precisa de una realidad social en donde dichas formas racionales de un modo regular se realicen. Si las normas jurídicas racionales no tuvieran una correspondencia con la realidad social, no podrían ser supuestas por la Teoría Pura como normas.⁷⁰ De esta forma, las normas jurídicas se relacionan con el mundo de los hechos donde viven los hombre de carne y hueso inmersos en realidades históricas, debido a que prevén juicios hipotéticos que enlazan un supuesto de hecho condicionante a una consecuencia jurídica condicionada por el. Dichos supuestos constituyen el criterio que sirve para imputarle a un ser humano que con su conducta haya realizado la conducta prevista en la hipótesis, el acto coactivo establecido en la consecuencia. La imputación es el medio para relacionar los hechos con la norma, de enlazar normativamente el sujeto del “deber ser” con el objeto del mismo en la forma prevista por el precepto. El jurista considera los hechos sociales en cuanto coincidan o no con el contenido de la norma.

68 Kelsen, Hans, “Rechtswissenschaft und Logik”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1966, p. 548.

69 *Ibidem*, pp. 546 y 547.

70 Recaséns, Luis, “La teoría pura del derecho (Filosofía de la Ciencia Jurídica o del Derecho Positivo) según Kelsen”, en *Antología 1922-1974*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 46 y 57.

4. Consideraciones comparativas de las teorías Kant y Kelsen

La herencia kantiana en Kelsen resulta innegable. El método trascendental kantiano coincide con el método normativo kelseniano en que el conocimiento crea su objeto, pues las condiciones de conocimiento son a la vez las condiciones del objeto. Éste es creado por aquél.

Kant estudió las condiciones de posibilidad del conocimiento, Kelsen las condiciones de posibilidad del orden jurídico. Las condiciones de posibilidad del conocimiento tienen una validez “a priori”. Lo que en Kant es el imperativo categórico, en Kelsen es la “norma fundante básica”. La Teoría Pura del Derecho es, de esta forma, una aplicación del método trascendental kantiano. Kant considera que conocimiento sólo lo hay de cosas reales, pero que dicho conocimiento supone ciertos conceptos “a priori”. Kelsen también estima que el único objeto del conocimiento de la Teoría del Derecho es el Derecho Positivo, sin embargo, dicho conocimiento jurídico parte de una serie de conceptos “a priori”, base del conocimiento normativo.⁷¹

Parafraseando a Hegel, podríamos decir que en el paradigma kantiano “se trata de un principio puramente formal”,⁷² de un frío deber prescrito en un juicio, esto es, de una regla formal, de una norma cuyo único contenido es un deber.

5. El paradigma de la fuerza

La identificación del Derecho con la fuerza ha sido cultivada como un paradigma frecuente desde el siglo XIX. La causa de esto se debe a la aplicación de los métodos de la sociología clásica como herramienta de análisis de los fenómenos jurídicos. Si bien es cierto la consideración de los aspectos factuales o empíricos del Derecho, no es algo exclusivo de los últimos siglos —ya los sofistas en la Antigua Grecia habían hecho énfasis en los mismos—, sí en cambio, los métodos de la sociología permitieron un estudio con pretensión científica de la experiencia jurídica, con base en la verificación y en la comparación de hechos.

Max Weber precisó que es posible considerar al Derecho de dos formas. La primera se pregunta por lo que idealmente vale como Derecho —validez ideal—, esto es, “que sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica”. La segunda, que es la perspectiva sociológica, considera lo que de hecho sucede en una comunidad “en razón de que existe probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria... consideran subjetivamente como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica” —validez empírica.⁷³

71 *Ibidem*, pp. 67-68.

72 Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo III, (trad. Wenceslao Roces) Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 446.

73 Weber, Max, *Economía y Sociedad*, (trad. Juan Medina Echavarría y otros), Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pp. 251 y ss.

Dentro de la posición sociológica, el Derecho es asimismo un orden con ciertas garantías que funcionan a través de un aparato que es capaz de imponer medidas coactivas. Dichos medios coactivos pueden ser físicos —la fuerza- o psíquicos.⁷⁴ Tener derecho en el sentido sociológico significa que se tiene una posibilidad garantizada de pedir la ayuda de un mecanismo coactivo que existe para tal fin.⁷⁵

Una posición más radical que la de Weber fue la de Rudolf von Ihering. En su obra *La Lucha por el Derecho*, Ihering sostiene que “el derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza”.⁷⁶ No negó Ihering que el Derecho fuera un medio de lucha contra la injusticia; sin embargo, fue de la idea que en el Derecho la justicia sólo se puede realizar mediante la fuerza. Es más, en una consideración cronológica los sistemas jurídicos, sus instituciones y hasta sus disposiciones particulares bien podrían ser vistos como el resultado de una lucha donde por la fuerza un grupo ha puesto sus condiciones a los más débiles, conforme a sus propios intereses y aspiraciones de justicia. Por lo mismo, no son las razones sino la misma fuerza la que decide cuál es la justicia que defiende el Derecho. Asimismo, el Estado mantiene el orden legal mediante la fuerza.⁷⁷

Para Ferdinand de Lasalle, si el Derecho lo sometemos a una investigación histórica que demuestre lo que realmente sucede, deberíamos concluir que el Poder prevalece sobre el Derecho y en todos los casos esto sucede, hasta que el Derecho haya podido acumular detrás del mismo el suficiente poder para destruir el poder de las fuerzas contrarias al Derecho.⁷⁸

También el Realismo Sociológico establece una relación indisoluble entre Derecho y fuerza. Así, Alf Ross entiende que el Derecho es “el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”⁷⁹ y que busca garantizar el monopolio de dicha fuerza estatal.⁸⁰ El contenido de las reglas del Estado se refiere a la aplicación de la fuerza.⁸¹ Sostiene Ross que el poder y su fuerza propia funcionan por medio del Derecho, de tal modo que la relación entre los que deciden que ha de ser el Derecho y aquellos que se encuentran sometidos al mismo es una relación de poder.⁸²

74 *Ibidem*, p. 252.

75 *Ibidem*, pp. 254-255.

76 Oxford University Press, México, 2000, p. 30.

77 *Ibidem*, p. 32.

78 Lasalle, Ferdinand, “Macht und Recht”, en Lasalle Ferdinand, *Reden uns Schriften*, Reclam, 1987, pp. 181-184.

79 Ross, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, EUDEBA, Buenos Aires, 1997, p. 60.

80 *Ibidem*, p. 92.

81 *Ibidem*, p. 79.

82 *Ibidem*, p. 85.

IV. El paradigma del “giro lingüístico”

1. El “giro lingüístico” en la Filosofía

Desde principios del siglo XX, el lenguaje llegó a ser un tema central de la Filosofía. La razón de esto la explicó Gadamer en 1984, de la siguiente forma:

Que el lenguaje haya adquirido un puesto central en el pensamiento filosófico se debe al giro que ha dado la filosofía en el curso de los últimos decenios. Si el ideal del conocimiento científico que ha guiado a la ciencia moderna se inspiró en el modelo de la concepción matemática de la naturaleza desarrollado en la Mecánica de Galileo, eso significa que la interpretación lingüística en el mundo vital no constituyó el punto de partida de la investigación y del saber científico. Ahora es lo explicable y lo construible desde leyes racionales lo que constituye la esencia de la ciencia. De ese modo el lenguaje natural, aunque conserve su propio modo de ver y de hablar, perdió la primacía que parece corresponderle. Como una prolongación lógica de las implicaciones de esta moderna ciencia natural matemática, el ideal del lenguaje fue sustituido en la lógica y la teoría de la ciencia moderna por el ideal de una terminología unívoca. Así, las experiencias límite ligadas a la universalidad del acceso científico al mundo han hecho que el lenguaje natural haya pasado a ocupar de nuevo, como un “universal, el centro de la filosofía.”⁸³

Fue así como a principios del siglo XX Wittgenstein llegó a sostener que toda “Filosofía es crítica lingüística”. Todas las cuestiones en la Teoría del Conocimiento, en la Ontología, en la Lógica y en la Ética sufrieron un “giro lingüístico”. El nuevo paradigma epistemológico tomó dos direcciones. Por una parte, con base en una crítica del lenguaje y de la formalización, se pretendió crear un lenguaje de alta precisión que correspondiera a las exigencias de las ciencias exactas. Por la otra, se analizó el uso del lenguaje como forma de vida institucionalizado en interacciones sociales.

En la primera dirección, los autores del Círculo de Viena —Moritz Schlick, Wittgenstein, Carnap, etcétera— redujeron la función de las teorías científicas a una axiomatización en términos del lenguaje de la Lógica Matemática que evite la introducción de entidades metafísicas. Para dicha Escuela, el método de verificación científica se reduce a dar sentido al significado de un término teórico —“teoría verificacionista del significado”.

Frente a la posición que vio a las teorías científicas como un producto lingüístico terminado, se opusieron posiciones epistemológicas que trataron de captar la evolución o desarrollo de la teorización científica y a los contextos sociales que condicionan el uso y significado del lenguaje. Fue así como Gadamer trabajó la Hermenéutica como una corriente filosófica que trata del correcto entendimiento acerca de los factores implicados en la práctica de la lengua, precisando que la misma trasciende la función lingüística y gramatical del lenguaje. En correspondencia, en la Filosofía de la Ciencia se consideró que la comprensión epistemológica de las teorías científicas sólo se podía alcanzar si se

83 “Texto e interpretación”, en Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II*, (trad. Manuel Olasagasti), Sígueme, 1992, Salamanca, 2002, p. 326.

considera la dinámica del desarrollo teórico y los factores epistémicos que rigen el descubrimiento, desarrollo, aceptación o rechazo de las teorías. Un análisis de este tipo debe partir de la idea que, la ciencia se hace desde una perspectiva conceptual que determina en buena medida qué cuestiones son dignas de investigación y qué tipo de respuestas resultan aceptables. Autores como Stephen Toulmin; Thomas Kuhn; N. R. Hanson; Paul Fayerabend; Karl Popper y David Bohm son dignos representantes de esta posición perspectivista o de análisis —“Weltanschauung”.

En el moderno paradigma epistemológico quedó la duda si con el “giro lingüístico” no se había abandonado el campo de la Filosofía para entrar en el de la reflexión lingüística. Sin embargo, debido a que el fin sigue siendo el conocimiento del mundo con base en una reflexión que se inscribe en la tradición filosófica, pero para la que el filósofo se vale de medios lingüísticos, bien se puede responder que en la tradición del “giro lingüístico” la Filosofía sigue siendo Filosofía.

Una tendencia generalizada en la Filosofía lingüística es la superación definitiva de todo planteamiento metafísico. Este fenómeno que es descrito por Habermas como “Etapas Postmetafísicas” de la Filosofía, se manifiesta en el hecho de que los autores nieguen todo valor a las ideas y presupuestos metafísicos del conocimiento. De esta forma, Fayerabend sostiene que “las reglas universales del conocimiento científico son características contingentes de la práctica científica” y no super-reglas, de tipos apriorístico, convencional o empírico, universalmente válidas o, principios metafísicos de esencia transhistórica y necesarias.⁸⁴ Los presupuestos teóricos del conocimiento se encuentran condicionados por la práctica científica, la que se justifica por un propósito estrictamente pragmático: construir de la mejor forma teorías científicas en las condiciones que lo requiera la práctica científica actual y que sean capaces de refutar a las teorías rivales.⁸⁵

2. El “giro lingüístico” y la epistemología del Derecho

El denominado “giro lingüístico” dio lugar a diferentes tendencias en la Filosofía y Teoría del Derecho contemporáneos. La Filosofía analítica dio lugar al positivismo analítico de H. L. A. Hart. Si para Wittgenstein la Filosofía era “Filosofía del lenguaje normal”, para Hart en la Teoría del Derecho la cuestión fue la definición lingüística del concepto del Derecho con base en el análisis que cumple dicho concepto, para lo cual se sirve de una descripción de su uso en el lenguaje vulgar.

Asimismo, la Hermenéutica reformula el concepto tradicional del Derecho que entiende a esta disciplina como un conjunto de normas jurídicas, que pueden ser de diversa naturaleza —divinas o humanas— y provenir de diversas fuentes —de la autoridad, de la divinidad o de la razón—, para entenderla como una disciplina práctica en la que “el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario”.⁸⁶ No es ya la hermenéutica una disciplina auxiliar

84 Fayerabend, Paul, *op. cit.*, p. 87.

85 *Ibidem*, p. 89.

86 Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, (trad. Ana Agud y Rabel de Agapito), Sígueme, 1992, Salamanca, 2001, p. 381.

de la Teoría del Derecho que nos enseña cómo aplicar las normas jurídicas integrantes del sistema a un caso concreto, sino por el contrario, en la esencia del Derecho mismo se encuentra la interpretación que permite conciliar la tensión a la que se refirió Aristóteles entre norma general y caso concreto.⁸⁷ Muy cercana a la posición hermenéutica encontramos la Teoría de la “praxis interpretativa” de Ronald Dworkin.

Además, la moderna Teoría de la Retórica de Perelman y Habermas han servido como inspiración a la Teoría de la Argumentación Jurídica. Según Robert Alexy, la Teoría del Discurso como formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas es la otra parte que complementa la Teoría del Derecho y permite una consideración integral del Derecho. En esta interdependencia mutua se combinan los aspectos ideales y no institucionales de la racionalidad práctica con aquellos de tipo institucional y real.⁸⁸

Enseguida analizaremos de manera ejemplificativa de las concepciones epistemológicas del Derecho del “giro lingüístico”, las Teorías del Derecho de la Hermenéutica Jurídica, la Teoría de la “Praxis Interpretativa” de Ronald Dworkin y la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy.

2.1. La Hermenéutica Jurídica

Como señala Gadamer, fueron el Derecho y la Teología las disciplinas donde los problemas de la hermenéutica tuvieron su origen⁸⁹ y, por lo mismo, las que contribuyeron más decisivamente a la reflexión teórica de la interpretación del texto. Para el caso del Derecho, esto se debió a que en la praxis jurídica, desde la Codificación Justiniana, la interpretación de los textos jurídicos fue la profesión jurídica. Dentro de esta actividad se entendió desde un principio que, en la interpretación de los enunciados jurídicos el significado de los textos va más allá de la mera comprensión neutral y objetiva de su sentido jurídico, para fijarse “desde la perspectiva de su pretensión de validez”.⁹⁰ Es más, como bien lo señala Luhmann, “toda evolución del derecho (y sobre todo la evolución tan especial del derecho civil romano durante dos mil años), ha sido posible por la diferencia entre texto e interpretación”.⁹¹

La Hermenéutica Jurídica parte del supuesto según el cual el Derecho no existe fuera, ni es diferente al procedimiento de aplicación de las normas jurídicas, sino más bien, nace a partir del mismo.⁹² Debido a que “La ley en tanto que estatuto o constitución necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica”,⁹³ la esencia del Dere-

87 Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método II*, (trad. Manuel Olasagasti), Sígueme, 1992, Salamanca, 2002, p. 301.

88 Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy”, en *Dereito*. Volumen 11, No. 1, 2002, p. 145.

89 Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método II*, *op. cit.*, p. 319.

90 *Ibidem*, p. 301.

91 Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, (trad. Javier Torres Nafarrate), Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 318.

92 Arthur Kaufmann, “Gedanke zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, UNAM, vol. VI, pp. 7 y 15.

93 Gadamer, Hans Georg, *op. cit.*, p. 333.

cho sólo se puede captar en interpretación. Es por esto por lo que tradicionalmente se ha utilizado el concepto de “jurisprudencia” como sinónimo de Derecho.⁹⁴

La interpretación jurídica ya no es para la hermenéutica una simple herramienta técnica que permite comprender el recto significado de una disposición jurídica general y abstracta que ha sido emitida previamente por el legislador. Más bien, el Derecho que se expresa en reglas sólo se puede fijar y adquirir sentido en vía de interpretación. Es un ejercicio interpretativo que no cumple una mera función cognoscitiva del texto y que no se reduce a reproducir un significado original o propio de la regla, sino que también cumple una función productiva de Derecho, que en la realización de un proceso de entendimiento permite conciliar el “horizonte del texto” con el “horizonte del lector”.⁹⁵

En el acto de la aplicación del Derecho, quien lo realiza siempre imprime o dejar sentir su propia personalidad, sus concepciones subjetivas. Sin embargo, en este contexto nos deberíamos formular la siguiente pregunta: ¿es aceptable para el Derecho, cuya función más importante consiste en la limitación de la arbitrariedad, el subjetivismo de la práctica jurídica real?⁹⁶ Según la Hermeneútica, quien quiere entender un texto, trae consigo una determinada esperanza de su sentido —“prejuicio” o “precomprensión”. Cuando se expresa el sentido del texto surge una nueva propuesta de sentido del intérprete, la que nuevamente se deberá interpretar. De esta forma, esta propuesta de sentido se modifica a través del texto y así hasta el infinito. Esto es el “círculo hermenéutico”.⁹⁷ La hermenéutica no es una posición subjetiva, más bien, describe el entendimiento como una relación entre lo subjetivo y lo objetivo. La anticipación del sentido no es una conducta de la subjetividad, sino que se determina por la generalidad que nos une con lo exterior —no subjetividad sino intersubjetividad. El Derecho concreto sólo se produce en el proceso del entendimiento, fuera de este proceso no se puede hablar de un Derecho válido y concreto. El Derecho no es una medida objetiva sino el resultado de un proceso del entendimiento humano.⁹⁸

A efecto de contar con una hipótesis normativa concreta y un hecho calificado como realizador de la misma, previamente se debe determinar el sentido de la norma. Esto sucede en un círculo que va de la ley al caso y del caso a la ley. Si el sentido de la ley corresponde al caso planteado, eso depende del conocimiento previo del caso, como por otra parte, el entendimiento del caso no se puede separar del conocimiento previo de la ley —“círculo hermenéutico”. De esta forma, la interpretación de una ley no depende sólo del texto de la misma, sino que también es parte del horizonte del intérprete. Así, el juez mismo es parte del proceso de interpretación.⁹⁹

94 *Ibidem*, p. 302.

95 *Ibidem*, p. 338.

96 Arthur Kaufmann, *op. cit.*, p. 8.

97 *Ibidem*, p. 8.

98 *Ibidem*, p. 11.

99 *Ibidem*, p. 9

2.2. La Teoría de la “praxis interpretativa” de Ronald Dworkin

Dworkin tiene la pretensión de ofrecer un tipo diferente de respuesta sobre el concepto de Derecho si se le compara con la que ofrecen las teorías tradicionales.¹⁰⁰ La teoría de Dworkin identifica a la esencia del Derecho con la función de la aplicación de las normas en los procedimientos judiciales y ya no en las normas que forman parte del sistema. Dworkin trata de superar las teorías del Derecho que identifican a éste con un conjunto de reglas y principios, cada uno de los cuales tiene su propio ámbito material de validez sobre cierto tipo de conductas humanas.¹⁰¹ La disolución de una concepción puramente ontológica del Derecho es quizá el parteaguas de una reflexión postmoderna del Derecho.

La teoría de Dworkin se distancia de las teorías positivistas en tres aspectos fundamentales. Por una parte, Dworkin se niega a adoptar la tesis de la separación, según la cuál se debería diferenciar entre lo que es y lo que debiera ser el Derecho. Por la otra, sostiene que Teoría y Filosofía del Derecho son dos gemelos que hacen lo mismo. Finalmente, considera sin validez a las teorías que tratan de aportar un punto de vista valorativamente neutral separando para el efecto la Moral del Derecho.¹⁰²

Dworkin trata, partiendo de su crítica al positivismo y al utilitarismo, de entender al Derecho como una “praxis interpretativa”. Con su propuesta tiene la intención de ofrecer una alternativa que exponga al fenómeno del Derecho en un contexto más amplio del que la Teoría del Derecho tradicional considera.¹⁰³ En su intento por entender al Derecho en su real magnitud, Dworkin trata de superar las diferencias, por una parte, entre Filosofía Analítica y Filosofía y, por la otra, de concebir al fenómeno jurídico desde la perspectiva del juez. De esta forma, a diferencia de Hart, quien define al Derecho con base en aspectos externos del sistema —reglas primarias y secundarias—,¹⁰⁴ Dworkin adopta una perspectiva interna del problema. Para el efecto, considera como el arquetipo de la actividad jurídica a la decisión judicial.¹⁰⁵ La decisión judicial es la pieza central de su paradigma.

Al principio de la teoría de Dworkin se encuentra la premisa según la cuál el objetivo fundamental de la actividad judicial es la determinación de los derechos subjetivos de las partes en un proceso. El juez deberá decidir, tomando en consideración los argumentos relevantes, si a las partes les asiste el derecho que invocan. Ésta es la tesis central de la “rights thesis” que Dworkin trata detalladamente en su obra *Taking rights seriously* —*Los derechos en serio*—. En su otra obra clásica: *Law's Empire* —*Derecho y Empiria*—, Dworkin desarrolla una teoría de la interpretación que expone cómo se determina judicialmente cuál es el derecho de cada quien.

100 Dworkin, R., *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, p. 413.

101 *Ibidem*, p. 413.

102 Dworkin, R., *Taking rights seriously*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Quinta Edición, Londres, 1987, p. 45.

103 Bittner, C., *Recht als interpretative Praxis*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988, p. 249.

104 *El concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrio), Segunda Edición, Editora Nacional, México, 1980, pp. 99 y ss.

105 Michaut, F., “Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin”, en *Droit*, vol. 11, 1990, p. 109.

Dworkin califica la posición positivista del concepto de Derecho de Hart como de naturaleza factual pura, y lo critica como muy estrecho debido a que los estándares de la “regla de reconocimiento” que determinan la validez jurídica son incapaces para proporcionar un criterio de validez absoluto de las conductas y situaciones que regula el Derecho en la praxis los sistemas jurídicos reales. A juicio de Dworkin, las normas jurídicas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como criterios de decisión, son algo más que el conjunto de reglas primarias que se pueden inferir de la aplicación de las “reglas de reconocimiento”. Para Dworkin, junto a las reglas, tanto los principios —“principles”—, como las directrices políticas —“policies”— forman parte del sistema jurídico.¹⁰⁶ Éstas no se pueden derivar en todo caso a partir de las “reglas de reconocimiento” que propone Hart. Dworkin estima que, aun en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso, el mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita y previamente validada, sí en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

A diferencia de Hart, quien estima que la existencia de una regla es no solamente constitutiva para la existencia de una obligación, sino que ella define también su contenido, Dworkin piensa, por una parte, que resulta con sentido hablar de obligación aun y cuando no exista una regla. Por la otra, que una “teoría de la regla social” —“social-rule theory”— no puede ofrecer explicación alguna, en razón de que circunstancia aun existiendo una regla —por ejemplo una “regla de reconocimiento”—, existe a menudo poca claridad sobre el alcance de una obligación que en la misma supuestamente se encuentra prevista.

Dworkin encuentra el fundamento más importante para establecer la insuficiencia de la “teoría de la regla social” de Hart en la identificación del contenido de una praxis coincidente con la regla normativa que el juez hace valer. Debido a que Dworkin califica la existencia de una praxis social como un posible argumento para fundamentar la corrección de una regla normativa y no como su regla originaria, puede aclarar las diferencias de opinión sobre el campo de aplicación de dichas reglas normativas. Ellas representan solamente diferentes posibilidades interpretativas para las que se puede encontrar un apoyo en la praxis social. Según Dworkin, las pretensiones normativas y las obligaciones sólo pueden ser encontradas por una vía interpretativa, esto es, no encuentran su fuente, como es en el caso en Hart, en una praxis fáctica.

Una vez habiendo puesto de relieve las deficiencias del positivismo en la versión de Hart, la construcción del sistema de Dworkin propiamente dicha inicia con el concepto de “casos difíciles”. Por éstos se debe entender aquellos que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una o varias reglas jurídicas y en donde, por lo mismo, es patente la incertidumbre del resultado.¹⁰⁷

106 Dworkin, R., *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 83.

107 Dworkin, R., “No right answer?”, en *Law, morality and society, essay in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1977, p. 69.

Para Dworkin, la diferencia entre reglas y principios es una diferencia de tipo lógico.¹⁰⁸ Dicha diferencia lógica se compone de tres componentes. El primero se refiere a la función especial que cumplen las reglas si se les considera en relación con los principios. Las reglas se aplican o no se aplican, en tanto que los principios sólo se aplican de manera parcial. El segundo hace alusión a la dimensión de peso que caracteriza a los principios. Un principio no conduce a una única consecuencia predeterminada, más bien puede hacerse valer como un argumento en favor o en contra de una determinada decisión que se toma previa la ponderación o valoración del peso del mismo. El tercero se relaciona con las diferentes formas o métodos para solucionar las concurrencias normativas, según se trate de reglas o principios. El conflicto entre reglas se resuelve declarando válida y aplicable a una de ellas e inválida e inaplicable a la otra, en tanto que las concurrencias entre principios se resuelven ponderando la significación de cada uno de ellos y adscribiéndoles mayor o menor peso.¹⁰⁹

La diferencia entre principios —“principles”— y directrices políticas —“policies”— le sirve a Dworkin para diferenciar entre argumentos permitidos y argumentos no permitidos en la decisión jurídica. Los principios son estándares que han de observarse debido a que son una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad, y que tiene por objeto la protección de derechos subjetivos particulares. En cambio, las directrices políticas son estándares que “proponen un objetivo que debe ser alcanzado; generalmente una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad”,¹¹⁰ y que se destinan a la promoción de los intereses colectivos de la sociedad. Básicamente, al juez le estará permitido sólo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedarán reservados al legislador. A partir de esta diferencia, Dworkin refuta la tesis según la cuál en algunos casos el juez debe actuar como legislador. La cuestión inicial seguirá siendo siempre si al actor le asiste o no un derecho. En cambio, un argumento conforme a una directriz política proporciona una razón que justifica la promoción de un interés colectivo mediante una sentencia, no obstante que las partes del proceso no tengan derecho al beneficio concreto que se puede derivar de la sentencia.

Dworkin entiende por Derecho a una praxis interpretativa vista desde el punto de vista del juez, que se niega diferenciar entre lo que es y lo que debería ser el Derecho, y se opone a aquellas teorías que pretenden aportar una concepción valorativamente neutral del fenómeno jurídico.

La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. Argumentativa es la praxis jurídica, pues todos los argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión, con lo que la praxis acusa un aspecto proposicional. El resultado de dicho análisis es que dichos

108 Dworkin, R., *Taking rights seriously*, op. cit., 1987, p. 24.

109 *Ibidem*, pp. 28 y 40.

110 *Ibidem*, p. 82.

métodos no sólo sirven para descubrir el Derecho, sino también para justificar la aplicación de éste.¹¹¹

Para Dworkin la praxis del Derecho es un ejercicio en interpretación. Derecho e interpretación son lo mismo, pues el Derecho se muestra a través de una posición interpretativa de los operadores jurídicos. Las proposiciones jurídicas son tanto una descripción de lo que es el Derecho, como una valoración de conductas en el sentido del Derecho Natural.¹¹²

El método de interpretación de Dworkin es un método de descubrimiento que obtiene sus resultados a partir de una combinación de crítica y creación. Dicho método le proporciona a quien lleva a cabo la praxis social interpretativa su mejor sentido. Entendida de esta manera, la interpretación en el sentido de Dworkin representa una idea integral que, parte de un principio según el cual se atribuye *a priori* un sentido y un valor a una praxis social vista desde la perspectiva de los operadores jurídicos.¹¹³

En la praxis social el Derecho debe ser interpretado haciendo uso del método creativo-constructivo. El aspecto creativo sirve para definir el objeto de interpretación. El aspecto constructivo tiene que ver con la atribución de sentido a la praxis social tratando de mostrarla de su mejor forma. El objeto de la interpretación creativa-constructiva es la representación de una Teoría del Derecho que refleje el sistema jurídico actual de una sociedad moderna. El Derecho como integridad es la Teoría del Derecho construida con base en la interpretación.

El principio de integridad, que se aplica de igual forma tanto en la legislación como en la jurisprudencia, representa en la teoría de Dworkin un principio de moral política, al que junto con la realización de los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia. Para que el juez pueda cumplir en su interpretación con el principio de integridad, debe entender al Derecho como la expresión de una conducta con base en un único conjunto de principios coherentes y consistentes¹¹⁴ inspirados en la fraternidad.¹¹⁵ En tanto la exigencia de coherencia expresa valores éticos del conjunto de los principios, el requisito de consistencia obliga al juez a respetar el contenido del material jurídico. El principio de integridad evidencia que, cada decisión de un juez es, en una consideración interpretativa, también una decisión política que debe justificarse moralmente.

El método constructivo de Dworkin se encuentra orientado por el principio de integridad. Al juez le ha sido encomendado interpretar el Derecho, esto es, la praxis social, de tal forma que adquiera vida de la mejor manera posible. Esto se logra cuando el resultado de la interpretación, por una parte, corresponde a la práctica habitual del momento —“dimension of fit”—, y por la otra, representa los valores de la sociedad —“dimension

111 *Ibidem*, p. 147.

112 Dworkin, R., *A matter of principle*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 147.

113 *Ibidem*, p. 149.

114 Dworkin, R., “Law as interpretation”, en *Critical Inquiry*, septiembre de 1982, p. 184.

115 Dworkin, R. *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 188.

of value”—¹¹⁶ De existir varias interpretaciones adecuadas, sólo una puede ser la correcta. El criterio para encontrarla lo determina Dworkin con base en el principio de igualdad. La fundamentación con base en el criterio de igualdad es el punto final del proceso de justificación. Por otra parte, el principio de igualdad es el último criterio en la dimensión de los valores e incluye a la igual consideración o interés, como al igual respeto.

La idea de continuidad obliga al juez a poder presentar su decisión como una contribución dentro del contexto de una historia evolutiva que implica conformidad con el material jurídico existente.¹¹⁷

2.3. La Argumentación Jurídica de Robert Alexy

Para Robert Alexy, la Teoría del Discurso adquiere una especial significación dentro de la Teoría del Derecho como herramienta para la formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas. Ambas teorías se complementan recíprocamente. Para entender esta interdependencia se deben interrelacionar dos modelos de sistemas jurídicos: aquel en que el sistema jurídico funciona como un sistema de procedimientos y el del sistema jurídico como un sistema de normas.

La Teoría de Alexy como sistema de procedimientos consiste en un modelo en cuatro diferentes niveles. En el primero se ubica el procedimiento del “discurso práctico general”; en el segundo, el del de la “creación del derecho”; en el tercero, el del “discurso jurídico” y, en el cuarto, el del “procedimiento judicial”. Los niveles del procedimiento situados en el segundo y cuarto lugar son procedimientos institucionalizados, en tanto que los ubicados en el primer y tercer lugar son procedimientos no institucionalizados. Se dice que un procedimiento es institucionalizado cuando se regula por normas jurídicas, de tal forma que se encuentra asegurada la producción de un resultado definitivo que resulta jurídicamente obligatorio. El sentido del modelo consiste en la fundamentación paulatina de la necesidad de cuatro procedimientos, así como en la representación de las relaciones mutuas que entre los mismos existen. El sistema de procedimientos es completo. Su carácter se determina a través de la vinculación de discurso e institución, de argumentación y decisión. Lo completo se refiere, en efecto, sólo al lado procesal del sistema jurídico. El lado material —el contenido del derecho o Derecho sustantivo— no queda comprendido. Para que dicho lado quedara comprendido se debe entender al sistema jurídico como un sistema de normas.

La base de la teoría del sistema jurídico como sistema de normas de Alexy es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas y los principios se diferencian entre sí por el hecho de que, mientras los segundos son sólo mandamientos de optimización,¹¹⁸ que nos llevan a formas racionales de la fundamentación y de la decisión jurídica que sin ellos no sería posible alcanzar, al promover una realización de los objetivos del Derecho de la mejor forma posible y tomando en cuenta las posibilidades jurídicas y factuales; las reglas son normas que prescriben mandamientos definitivos, de tal forma que, o bien se

116 Dworkin, R., *A matter of principle*, *op. cit.*, p. 160.

117 Dworkin, R., *Law as interpretation*, *op. cit.*, p. 191.

118 Sobre los principios véase Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*. Tomo 1 (1979), pp. 59 y ss.

cumplen, o bien no se cumplen. Dicha distinción entre reglas y principios se fundamenta en dos tesis. La primera consiste en que, ni un modelo de sistema jurídico que se estructure exclusivamente con base en reglas, ni uno que se organice sólo con base en principios, resulta aceptable. Esto sólo puede serlo un modelo que vincule el nivel de las reglas con el de los principios. Según la segunda regla, sin embargo, un modelo que sólo incluya reglas y principios no resulta suficiente. Sin embargo, ni los principios ni las reglas regulan ellos mismos su aplicación. Ellos representan sólo el lado pasivo del sistema jurídico. El lado activo de dicho sistema lo es el sistema de procedimientos. De esta forma, surge el modelo de reglas, principios y procedimientos que vincula sistemáticamente el nivel de las normas con el de los procedimientos.¹¹⁹

En la Teoría del Derecho de Alexy, como origen de cada parte del sistema jurídico —reglas y principios— y como condición de la aplicación de las máximas generales y abstractas a casos concretos, se encuentra el discurso jurídico como actividad lingüística que permite fijar los derechos y obligaciones a nivel legislativo o judicial. Ese discurso transcurre con base en argumentos que resultan razonables en el ámbito del Derecho, que además fundamentan posiciones jurídicas de las partes y, sobre todo, que son la condición de la toma de decisiones jurídicas válidas. No obstante que el discurso jurídico garantiza las condiciones para la razonabilidad del proceso de decisión, el mismo no es tan seguro como para garantizar una única solución posible, pues permanece un espacio de lo posible discursivo en el que bien se podrían fundamentar diversas soluciones contradictorias.

V. Consideraciones críticas

1. El paradigma tomista

Una consideración estrictamente filosófica de cualquier paradigma epistemológico que se haya utilizado para estudiar el Derecho, que redujera el problema al aspecto de la validez del conocimiento jurídico, confundiría la epistemología jurídica con la lógica jurídica. Esto debido a que un análisis correcto de un paradigma epistemológico exige un estudio de las cuestiones de hecho, de la psicología, de las funciones cognoscitivas y de su uso, desarrollo y significación, en contextos históricos determinados. Esto requiere de manera necesaria referirnos a los efectos sociales que el sostener uno u otro paradigma epistemológico pudiera representar para la práctica del Derecho.

De acuerdo con lo anterior, resulta necesario analizar el paradigma tomista desde una perspectiva histórica dentro del contexto de lo que en la Filosofía del Derecho se suele denominar como Derecho Natural. Éste, en su concepto tradicional, se ha entendido como la formulación de un Derecho sustancial, intemporal, suprapositivo y perfectamente acabado, con independencia de la voluntad de los seres humanos que forman parte del acontecer social e histórico.

119 Alexy, Robert, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie* 18, 1987, p. 410.

A lo largo de la historia, tres han sido las diferentes versiones del Derecho Natural: las teorías divinas; las teorías del Derecho Natural Antiguo y; las teorías del Derecho Natural Moderno.¹²⁰ Caracteriza a las teorías divinas del Derecho el hecho de considerar a éste como una creación divina para el gobierno de los hombres y que se transmite a los seres humanos por medio de un intermediario o profeta o, mediante reglas. Tal percepción sobre la naturaleza del Derecho es una de las más antiguas y la encontramos en Babilonia, entre los Hebreos, en la India con las Leyes de Manú y en el Derecho Islámico. Por su parte, las teorías del Derecho Natural Antiguo parten del concepto de naturaleza para de ahí derivar las reglas que habrán de regir la convivencia humana. En este sentido, la naturaleza puede ser de carácter empírica —Calicles y Ulpiano— o teológica metafísica —Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás. Finalmente, las teorías del Derecho Natural Moderno construyen su paradigma con base en el concepto de razón. Ésta puede ser instrumental —Grocio y Hobbes; práctica —Kant o, absoluta —Hegel.

La teoría del Derecho Natural Antiguo, dentro de la que se encuentra la de Santo Tomás, como teoría metafísica-ontológica, fue siendo objeto de fuertes críticas conforme los principios empírico-racionalistas fueron ganando prestigio gracias a los espectaculares avances de la ciencia. Se señaló que la misma padecía de un engañoso dualismo ontológico, en donde un presupuesto del proceso cognitivo se convierte en un objeto mismo del entendimiento humano. El aparato epistemológico llega a ser en sí mismo una realidad. Los postulados de la razón llegan a ser hechos ontológicos que existen independientemente del entendimiento. De aquí se señaló que surge una confusión entre ser y pensamiento; entre deontología y ontología; entre valores y realidad, y entre idea y hecho. Lo trascendental no es meramente un objeto cognitivo, más bien es la realidad misma, la verdadera sustancia de la que las normas y sus contenidos deben ser derivados. Por lo mismo, el Derecho Natural se encuentra llamado a ser no meramente un instrumento para buscar el Derecho ideal, sino más bien a ser el Derecho correcto en sí mismo, con lo que las peculiaridades históricas de las sociedades donde viven los hombres adquieren el carácter de una categoría secundaria, lo que redundará en una degradación del ser humano.

Por lo anteriormente dicho, se le ha reprochado al Derecho Natural ontológico que es incapaz para dar cuenta de las necesidades del desarrollo histórico, intereses, conflictos e instituciones particulares de los pueblos históricamente determinados. Se le reprocha que en la realidad los valores resultan de las relaciones sociales concretas y de las formas institucionales de dichas relaciones, mismas que son determinadas por ideologías concretas y por convenciones.

También se suele criticar de esta posición que los valores absolutos del Derecho Natural o sus normas se derivan del concepto de naturaleza. Esto iría en contra de un principio básico de lógica deductiva en el que David Hume hizo especial énfasis: no se puede derivar una conclusión de lo que no se encuentra contenido en la premisa, lo que, dicho de otra forma, significa que los valores o normas no pueden ser derivadas de los

120 Prakash Sinha, Surya, *Jurisprudence, legal philosophy*, West Group, Estados Unidos, 1993, pp. 81-137.

hechos, empíricos o supraempíricos, o más concretamente, que no se puede derivar un “deber ser” de un “ser”.¹²¹ Cuando el Derecho Natural pretende derivar normas de los hechos ontológicos de la naturaleza, de la razón abstracta o de Dios, esto sería un procedimiento lógicamente incorrecto.¹²²

Por otra parte, se ha sostenido que la naturaleza trascendental niega la consideración de un pluralismo cultural y aboga por principios éticos absolutos. En la realidad histórica cada pueblo produce sus propios valores. Desde un punto de vista empirista se sostiene que las evidencias antropológicas, psicológicas y sociológicas muestran que, a pesar de las diferencias culturales entre los seres humanos, también existen similitudes en las que podríamos fundamentar parámetros éticos fundamentales, sin la necesidad de tener que recurrir al dogmatismo ontológico supraempírico del Derecho Natural. Los sociólogos han sugerido que la sociedad, la cultura, la interacción simbólica y la potencialidad de los organismos biológicos que se interrelacionan en el proceso básico de socialización han sido el campo básico de condiciones de donde emerge la psique humana, y que es probable que haya ciertas estructuras básicas idénticas y funciones en el sistema psíquico.

Una de las críticas más serias que se ha hecho valer contra el Derecho Natural ontológico consiste en que el mismo más bien ha servido para justificar posiciones contrarias u órdenes jurídicos y sistemas de valores reales que, para condenar normas injustas o prácticas inmorales. En Platón y en Aristóteles, el Derecho Natural sirvió para justificar la esclavitud, y en San Agustín y Santo Tomás para justificar las injusticias del absolutismo medieval en todas sus manifestaciones. Es por esto por lo que Alf Ross sostuvo: “A semejanza de una cortesana, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural”.¹²³

Asimismo, una pretensión política que se deriva de la perspectiva epistemológica del Derecho Natural —no sólo del de tipo ontológico— consiste en hacer valer como aspiraciones universales ciertos principios que realmente corresponden a valores de culturas social y espacialmente determinadas, concretamente de la cultura occidental cristiana. Esto ha llevado a justificar los terribles genocidios que los Estados europeos y algunos otros fundados por ellos en otras regiones —como es el caso de los Estados Unidos y el Estado de Sudáfrica— han perpetrado desde hace varios siglos a lo largo y ancho de todo el mundo. Aquí vale recordar, desde las conquistas y colonizaciones en el Continente Americano¹²⁴ y en África, hasta la ocupación de Irak.

121 Hume, David, *A treatise on human nature*, Libro III, Oxford University Press, Oxford, 1967, p. 469.

122 Un excelente análisis sobre este problema es el que lleva cabo Norbert Hoerst en su artículo: “*El problema de la inferencia del deber ser a partir del ser, en la filosofía moral analítica*”, mismo que forma del conjunto de artículos de dicho autor que tradujera Ernesto Garzón Valdés y que se publicó por la Editorial Fontamara de México en 1998, con el número de 16 de la Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, bajo el título “Problemas de ética normativa”.

123 *Op. cit.*, p. 322.

124 Un excelente ejemplo de cómo el Derecho Natural ontológico sirvió para justificar el genocidio y despojo llevados a cabo por los españoles en la conquista de América, es el que hizo valer el teólogo y escriba Juan Ginés de Sepúlveda en su obra: *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. Existe una edición que preparó el Fondo de Cultura Económica en México, en 1941.

Entre otra de tantas críticas que se suele hacer valer en contra de la versión ontológica del Derecho Natural, encontramos la que señala que éste ve como arbitrarias las convenciones que dependen exclusivamente de la voluntad del hombre. De aquí se dice que el mismo le fija al ser humano un estándar con validez trascendental dentro del que debe diseñar sus normas jurídicas. Se advierte que, sin embargo, las sociedades históricas que más libertad han tenido para diseñar sus propias normas jurídicas de acuerdo a sus peculiares convicciones y valores son las que han contado con los mejores sistemas jurídicos.

Sin embargo, la crítica expresada en el párrafo anterior es de donde se han obtenido las razones que aún hoy día justifican la necesidad de un Derecho Natural de corte ontológico. En efecto, como señaló Hans Welzel, fueron las evidencias históricas del régimen nacional-socialista en Alemania, en donde el Derecho positivo se utilizó como instrumento de las políticas criminales que horrorizaron al mundo, las que hicieron necesario el renacimiento en la creencia de un Derecho superior a la ley positiva.¹²⁵ Y este Derecho superior no se puede conformar con simples formas sin contenido, tal y como lo plantea el Derecho Natural racionalista-kantiano. Más bien, el mismo requiere un contenido mínimo al que Radbruch denominó simplemente justicia.¹²⁶ Ahora bien, este concepto de justicia nos lleva necesariamente, como lo estableciera la Sala Penal de Tribunal Supremo Federal de Alemania en una decisión de 1954 a las “normas de la moralidad”, esto es, al “preexistente y aceptado orden de los valores y principios del deber que rigen la convivencia humana” y cuyo “contenido no puede cambiar a causa de que las opiniones sobre lo que es válido se modifiquen”.¹²⁷

En una sociedad donde lo cotidiano es el cambio, la moda pasajera; donde el interés individual inmediato y el placer pasajero adquieren una importancia sin precedente; donde el Derecho se legitima por consensos coyunturales que rápidamente pierden su razón de ser, la Filosofía del Derecho de Santo Tomás ofrece un excelente recurso para encontrar criterios de validez normativa que trasciendan el devenir histórico del presente y se fundamenten en los valores básicos que sirvieron para organizar las sociedades occidentales, esto es, en los valores cristianos. Esos valores que se basan en el amor al prójimo, que fomentan la dignidad del ser humano y que como diría Hegel, enseñan a captar las ideas con el corazón.¹²⁸ Filósofos del Derecho del mundo anglosajón como Alisair MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Theron; John Finnis, Germain Grisez y Joseph Boyle han descubierto la gran utilidad que las ideas de Tomás de Aquino pueden aportar al debate ético-jurídico contemporáneo.

125 Mencionado por García Maynez, Eduardo, *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1977, pp. 125-126.

126 “Rechtsphilosophische Besinnung”, en *Der Mensch und Recht*, Karl Alber, Gotinga, 1981, p. 231; en la misma obra: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, p. 120; *Sozial Juristische Zeitung*, 1946, p. 107.

127 Sentencia mencionada por Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Segunda Edición, (trad. Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 79.

128 *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, (trad. Wenceslao Roces), Tomo III, Fondo de Cultura económica, México, 1985, p. 121.

2. *El paradigma kantiano*

Kant es sin duda el Filósofo que mayor aceptación tuvo entre los juristas de todo el mundo en los siglos XIX y XX. Esto se debe, en gran medida, a la diferencia metafísica que pudo trazar entre Moral y Derecho, sin recurrir a la naturaleza o contenido de las obligaciones de cada uno de dichos órdenes normativos. La interioridad de la Moral y la exterioridad del Derecho se establecen con base en la relación entre la motivación que da origen a la conducta con la Ley. Cuando la motivación es interior en el sentido de cumplir una obligación por su valor propio, estaremos ante la Moral. En cambio, cuando la obligación es impuesta desde afuera y se cumple por la amenaza externa de una sanción que puede ser impuesta forzosamente por una autoridad, estaremos ante el Derecho. La obligatoriedad de la Ley impuesta desde afuera para el control externo de conductas humanas es lo que constituye la esencia del Derecho en la Filosofía de Kant. Éste sería el primer paso para tratar emancipar al estudio del Derecho de toda fundamentación filosófica y para tratar de encontrarle una identidad propia. Fue así como la Teoría General del Derecho —actualmente Teoría del Derecho— se constituyó como la disciplina para tratar de construir una fundamentación del Derecho autorreferente, esto es, desde adentro del sistema de Derecho.

Las relaciones entre Derecho y Moral son el punto donde difieren las teorías de Kant y Kelsen. Para el primero, la diferencia se estableció a partir de los elementos comunes que constituyen el fundamento único para ambos. En cambio, para Kelsen, al igual que antes para Fichte, tal diferencia se estableció como un problema antitético en donde el Derecho y la Moral son dos esferas autónomas e irreductibles la una a la otra y, en consecuencia, de manera legítima el Derecho puede permitir actos que la Moral prohíbe.¹²⁹

Sin duda, la epistemología jurídica de Kant realizó una contribución muy importante al enseñarnos a ver el Derecho como un sistema de normas de conducta autónomas, cuya esencia se determina más con base en las características formales del sistema que, con base en los contenidos de sus normas. Este paradigma, que Kelsen tradujera a términos de Teoría del Derecho y desarrollara al extremo de lo posible con base en reglas de Lógica formal, fue muy útil para que los juristas aprendieran a trabajar con un objeto de estudio propio y con herramientas metodológicas y técnicas propias del Derecho. Fue así como se hizo posible hablar de una Ciencia del Derecho. El precio que se pagó fue reducir la esencia del Derecho a la estructura formal de la norma y renunciar a establecer contenidos de justicia mínimos de las normas como criterio para determinar su validez.

3. *El paradigma de la fuerza*

Señala Hegel que el nacimiento del empirismo, que enseña “a considerar el testimonio de los sentidos como algo importante y seguro, a tener por verdadero solamente lo conocido a través de los sentidos”, fue una gran época que no sólo dio lugar al nacimiento de

129 Del Vecchio y Recasséns, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, UTEHA, México, 1946, p. 118.

las ciencias naturales, sino que también trascendió al Derecho, pues enseñó al hombre a “observar, a pensar y a forjar representaciones contra las verdades establecidas... y del mismo modo contra el derecho estatal existente”. Contra el positivismo legal impuesto por la autoridad se reveló la inteligencia. Fue así como surgió la idea de que “aquello que es considerado como derecho, es deducido de lo que puede ser fundamento para la aprobación de los hombres”.¹³⁰ De esta forma es como surgió la idea de un Derecho de consenso, mismo al que se refirió Hugo Grocio cuando definió al Derecho Internacional Público como un “consensus gentium”. El siguiente paso consistió en identificar lo que se encuentra por detrás de los consensos. Por este camino se llegó a las fuerzas que en las realidades históricas le dan facticidad al Derecho. A ese Derecho que sólo vale como Derecho de una organización que reclama con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza, esto es, del Estado.

Los análisis jurídicos de la fuerza tienen la gran virtud de no perder el contacto con las realidades sociales en donde vive y se aplica el Derecho y con los intereses políticos, económicos, culturales, etc., que condicionan el contenido y la eficacia del Derecho. Para lograr esto resulta necesario abrir el estudio del Derecho a las ciencias sociales en un ejercicio interdisciplinario. Su gran virtud consiste precisamente en aprovechar las herramientas metodológicas y analíticas de disciplinas tales como la Sociología o la Economía. Su debilidad radica en perder de vista los aspectos normativos tanto formales como materiales que sin duda le aportan una identidad propia al Derecho.

4. El paradigma del “giro lingüístico”

Ha sido una gran contribución al Derecho reconocer que el lenguaje es la medida de la validez, del contenido y de la forma del Derecho. Fuera del lenguaje no puede existir el Derecho. El “giro lingüístico” ha servido para ayudarnos a conocer los presupuestos y condiciones lingüísticas en que se forma y funciona el Derecho. Una de sus más importantes contribuciones ha sido la de comprender el lenguaje jurídico, más como un proceso discursivo que como un producto simbólico. El Derecho nace, se desarrolla, se transforma y se extingue mediante discursos argumentados en términos de razonabilidad jurídica, que tienen lugar en el contexto de procedimientos institucionalizados —legislativos y judiciales—, esto es, regulados por el mismo Derecho. Lo peculiar del Derecho consiste en los criterios de validez con base en los cuáles se califica la razonabilidad de los argumentos que se hacen valer en los discursos jurídicos y en los procedimientos que sirven de marco a éstos. En cambio, en cuanto a sus contenidos, el Derecho se abre y se funde con la Moral y con la Política. Así, la seguridad jurídica se torna rígida en cuanto al respeto de las normas procesales y se flexibiliza por lo que respecta a la observación de las normas sustantivas.

La consideración lingüística del Derecho ha coincidido con una perspectiva judicial del fenómeno jurídico. Ya no es más el diseño legislativo del sistema jurídico el que

¹³⁰ *Introducción a la historia de la filosofía*, trad. Eloy Terrón, SARPE, Madrid, pp. 94-95.

determina la esencia del Derecho sino, más bien, es la praxis de los tribunales la que conforma el ser y el deber ser del Derecho real, de ese Derecho que efectivamente regula las relaciones de vida humanas. Esta consideración judicial del Derecho no es bien vista por muchos, pues parece legitimar las pretensiones y prácticas de algunos jueces para quienes la ley no pasa de ser más que una referencia que legitima su actuar, pero que no dirige sus decisiones. Además de que una posición radical en este sentido trastocaría el principio de separación de poderes, nos llevaría a sostener, como lo haría Hart, que no tiene sentido tener una Constitución si el contenido de ésta es lo que los jueces quieren que sea.¹³¹

El paradigma del “giro lingüístico” resulta muy apto para analizar el sistema jurídico de una moderna sociedad occidental con Estado de Derecho, que se caracteriza por una judicialización sin precedente de las relaciones sociales y que no sólo permite, sino que también hace necesaria una valoración ética, política y económica de las normas y los principios jurídicos. No obstante, quizá el paradigma lingüístico en su afán por justificar el exorbitante rol que le atribuye al lenguaje en la gestión del Derecho, deja desatendidos algunos de los condicionantes sociales de un sistema jurídico, tales como el poder social, económico o, político.

5. Consideraciones comparativas

En los planteamientos metafísicos, tanto ontológico de Tomás de Aquino, como racional de Kant, se construye el concepto del Derecho de manera deductiva a partir de conceptos que tienen una realidad supraempírica o trascendente a los sentidos. En el caso de Tomás a partir de una esencia ontológica: Dios, pasando por la “ley eterna”, la “ley natural”, hasta llegar a la “ley humana”. En Kant, partiendo de una esencia racional: la libertad, pasando por el arbitrio, por el imperativo categórico, la Ley General de Libertad, hasta el uso de la fuerza. En cambio, las teorías que identifican al Derecho con la fuerza se fundamentan en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica que se basa en la observación e interpretación de realidades históricas y en la verificación de hechos sociales. También dentro de una consideración antimetafísica encontramos a las teorías lingüísticas que, analizan con base en los puntos de contacto entre el “ser” y el “deber ser” del Derecho, los procesos sociolingüísticos por los que se genera y se regenera el Derecho. Esta diferencia entre teorías antimetafísicas de la fuerza y lingüísticas, por una parte, y teorías metafísicas ontológicas y racionales, por la otra, conduce, según lo señala Ross, a que mientras las primeras pueden ser refutadas, las segundas no; pues no se encuentran al alcance de la verificación, por lo que quedan fuera del ámbito y de la función de la ciencia.¹³²

Asimismo, las consideraciones metafísicas de Tomás y Kant requieren la existencia de un Derecho Natural, esto es de un Derecho que cuente con principios universalmente válidos que no han sido creados por la voluntad del hombre, sino que se derivan racio-

131 Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford University Press, Nueva York, p. 145.

132 Ross, Alf, *op. cit.*, p. 319.

nalmente de esencias supraempíricas o trascendentes. Por el contrario, las teorías de la fuerza y las lingüísticas parten de la idea de que todo Derecho es positivo, esto es, un Derecho que existe socialmente, aunque ciertamente algunas de ellas no nieguen que ese Derecho positivo queda abierto a la posibilidad de incorporar en las normas oficiales y a recibir en la jurisprudencia principios suprapositivos a los que en la cultura jurídica occidental se les atribuye una validez jurídica intrínseca.

Si analizamos los elementos esenciales de los cuatro paradigmas que hemos estudiado en el presente artículo, podemos concluir que el planteamiento del paradigma de la metafísica ontológica nos conduce de manera necesaria a la calidad de los contenidos jurídicos. Éstos serían para Santo Tomás principios morales que Dios en su plan de creación le ha impuesto a los hombres. Por su parte, el planteamiento del paradigma de la metafísica racional nos lleva a las formas en que se expresa el Derecho, a las formas normativas. Las esencias formales fueron el precio que Kant tuvo que pagar para alcanzar lo universal sin caer en la trampa de la casuística. Fue así como Kelsen identificó la esencia de los sistemas jurídicos con la norma y, más que con ésta, con su estructura lógico-formal. De igual forma, el planteamiento del paradigma de la fuerza nos remite a la realización del Derecho, a los factores de poder social que le dan viabilidad al mismo en sociedades históricamente dadas. Finalmente es como llegamos a tres objetos de conocimiento del Derecho que García Maynez denominó como: a) Derecho justo cuya validez es intrínseca —Derecho Natural; a) Derecho formalmente válido, cuya validez se determina de manera extrínseca —con base en normas positivas—y, c) Derecho positivo cuya validez se determina con base en la efectividad social de las normas jurídicas —realización social de las normas jurídicas.¹³³ Estos tres diferentes conceptos del Derecho son los mismos que Robert Alexy ha denominado como: a) conceptos de corrección material; b) conceptos de Derecho primariamente orientados a la eficacia y, c) conceptos de Derecho primariamente orientados a la instauración normativa.¹³⁴ Pero a estas tres concepciones ontológicas les hace falta un punto de vista funcional de los sistemas jurídicos, que considere la gestión lingüístico-discursiva en que se verifican los fenómenos jurídicos dentro de los procedimientos normativos institucionalizados del Derecho.

Si sostenemos la teoría de los paradigmas de Kuhn, deberíamos concluir que cada una de las teorías que hemos analizado determina lo que el fenómeno jurídico es, que los conocimientos y creencias que vienen implícitos en cada una de las teorías influyen de manera decisiva los hechos que uno es capaz de establecer como parte del sistema jurídico. De esta forma, cada teoría jurídica determina lo que cada jurista debe percibir como su objeto de estudio; cada una de ellas tiene un cierto ámbito de fenómenos y se ha desarrollado para dar respuesta a cuestiones importantes que en la vida y práctica del Derecho se han planteado como fundamentales. Definitivamente las teorías de la fuerza, las metafísicas-ontológicas, las metafísicas-rationales y las lingüísticas, no pueden estar de acuerdo sobre el tipo de cuestiones que debe tratar la Teoría y la Filosofía del Derecho. Los defensores de cada uno de dichos paradigmas jurídicos consideraran importan-

133 García Maynez, *Eduardo*, *op. cit.*, p. 163.

134 Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (trad. José M. Seña), Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 21-25.

tes cuestiones diferentes: para los unos será fundamental la moralidad de los objetivos que debe realizar el Derecho; para otros la realización social de sus mandatos; para los otros su forma normativa y, para otros, el lenguaje jurídico y sus condicionamientos. De esta forma, debe quedar claro que toda Teoría del Derecho se hace desde una perspectiva conceptual que determina en buena medida las cuestiones jurídicas que son dignas de investigación y el tipo de respuestas que resultan aceptables. Así visto el problema, ninguna de las Teorías que hemos analizado, ni alguna otra que se pudiera analizar, sería capaz de exponer de manera definitiva y única la esencia propia del Derecho. Lo más a lo que se podría aspirar es que las diversas teorías sean capaces de traducir cada una de las afirmaciones de las otras a su propio lenguaje. De esta forma, cada una de ellas puede aspirar a conseguir algún grado de comprensión de las ideas de las otras teorías y así a llevar a cabo un juicio comparativo de los méritos de las otras diversas teorías.

La idea de que la única esencia del Derecho nos la proporcione una única Teoría o Filosofía del Derecho no es realista. Por más sólida, bien definida y espléndida que nos pudiera parecer alguna versión especial de la Teoría del Derecho, la misma no será capaz de evitar que el talento humano en el futuro pueda aportar esquemas más completos y adecuados para dar respuesta a los problemas que vayan adquiriendo relevancia para la reflexión y práctica jurídicas. No sería científico que hoy día renunciemos a perder la libertad para analizar al Derecho desde nuevas perspectivas.

Tampoco deberemos perder de vista que los principios epistemológicos que nos proporciona la Teoría del Derecho sólo se hacen útiles para los prácticos del Derecho cuando pierden su contenido filosófico y adquieren un significado propiamente jurídico. Aquellos para los que alguna versión de la Teoría del Derecho sea la panacea universal, no pueden satisfacer las necesidades jurídicas peculiares que surgen en culturas especiales. ¿Y por qué no? porque lo que se requiere aquí es un conocimiento minucioso de los detalles del estilo de vida, las costumbres, aspiraciones sociales, etc. Para estos casos, sostener la validez objetiva de una específica versión de la Teoría del Derecho sería superfluo. Cada Teoría del Derecho contiene ideales y creencias que pueden ser muy útiles cuando se les une a la práctica y cuando consideran al ser humano en su contexto real y vivo. Cada una también empobrecerá cultural y espiritualmente a nuestras sociedades cuando se les pretenda aplicar como dogmas de manera rígida. La intolerancia religiosa que tantas vidas y miserias costó a la humanidad; el deber por el deber que como diría Heinrich Mann conduce a una cobarde civilidad; el Derecho de la fuerza de George W. Bush; el poder de convencimiento y de persuasión de las falacias de los Sofistas, demuestran lo que sucede cuando se pretenden aplicar dogmas teóricos ciegamente. La solución sólo la podremos alcanzar cuando entendamos que, más que aspirar a abolir por completo los valores e ideales universales, debemos aprender a ponerlos en contacto con los temas sobre los que tratan. Lo que la Teoría del Derecho necesita es contar con juristas reflexivos que sean expertos en el doble arte de modificar lo que es general, atándolo a lo particular; y de entender a lo particular con base en esos valores e ideales universales.