

CRISIS

Y CONCRECIÓN DEL DERECHO

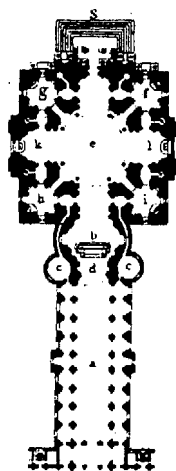
Rubén Islas Ramos

Pues los problemas filosóficos surgen cuando el lenguaje hace fiesta. Y ahí podemos figurarnos ciertamente que nombrar es un acto mental notable, casi un bautismo de un objeto. Y podemos también decirle la palabra "esto" al objeto, dirigirle la palabra —un extraño uso de esa palabra que probablemente ocurra— sólo al filosofar.

CONTENIDO

I. Sistema jurídico: hacia una lógica de la normatividad jurídica. II. La explicación jurídica. III. Generalidad y concreción.





I. SISTEMA JURÍDICO: HACIA UNA LÓGICA DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA

En la discusión cotidiana entre científicos (sociales, formales y naturales), los juristas han permanecido inexorablemente alejados y desfasados por el paso continuo del conocimiento científico contemporáneo. Ello redundo en la crisis de la jurisprudencia, reflejada en la cotidianidad profesional y en la investigación normativa.

La tradición jurídica nos señala al derecho como un sistema normativo cuya conformación ontológica está sujeta al ámbito de su esencia normativa. Sin embargo, a causa del desarrollo social, la realidad actuante presiona al Derecho a fin de modernizarlo y hacerlo, por ende, un objeto real de conocimiento.

En tal circunstancia, observamos que la vieja tradición jurídica que ha desarrollado "teorías", con el objetivo de dar una explicación de los problemas que nos presenta el fenómeno jurídico-normativo, ya no es en el presente opción epistemológica por la cual la jurisprudencia pudiese apostar su futuro.

Hoy es necesario pasar de la época idealista y metafísica del Derecho al cientificismo total. Sobre esto, mi convicción es que Kelsen ha sido el primero que se ha atrevido a dar el paso firme y decisivo en denotar al Derecho de un estatus realmente científico. No obstante, es claro que su obra es un texto incompleto para la actualidad, que requiere de amplitud y revisión desde la perspectiva jurídico filosófica. Si se reduce a la ciencia jurídica a la visión kelseniana, se convierte actualmente en poco menos que nada.

Creo, por lo tanto que es indispensable retomar con todo cuidado la obra de Kelsen, pero bajo una visión estrictamente objetiva y científica, a fin de pasar de la etapa del génesis de la ciencia jurídica al pleno desarrollo de su especificidad.

Me propongo demostrar que la noción contemporánea de sistema jurídico está sustentada en datos de orden empírico, y por lo tanto su base teórica es frágil, lo que ha conducido a la ciencia jurídica a convertirse en una pseudociencia o en una ciencia menor.

Dos son los puntos de partida que, presumo, deben tomarse para determinar el camino a seguir en la elaboración de una ciencia jurídica no metafísica. En primer lugar el estudio profundo de las características exteriores del Derecho. Cabe señalar aquí, que en gran medida la purificación kelseniana del Derecho (la teoría pura) ha sido la culpable del alejamiento del paradigma jurídico de los factores de orden externo que han hecho posible su existencia. Por ello es conveniente que se aborden los problemas derivados de los elementos extrajurídicos del Derecho, bajo la óptica de una sociología del Derecho no historicista.

Sin embargo, no he de abordar en este texto tal problema. Mi interés es sobre el segundo punto: consiste en examinar los factores internos que determinan la conformación epistémica de la ciencia jurídica, es decir los factores de orden intrajurídico, que concretan la generalidad de las normas. Uno de los puntos de partida de este análisis se refiere, particularmente, a la determinación fáctica de los términos, o mejor dicho de los lenguajes que se presentan en toda ciencia: me refiero a los lenguajes teórico y observacional.

¿Cuál es el lenguaje del Derecho? En primer lugar hay que denotar con cuidado las características particulares del lenguaje jurídico. Ante tal circunstancia es claro **que** hay todavía una gran confusión respecto del significado del término Derecho. Valga en este artículo señalar que entendemos por Derecho al conjunto de conocimientos teórico-observacionales, que nos explican la especificidad lógico-epistémica de las normas de orden público que regulan imperativamente los actos de la sociedad y de sus individuos; en cambio, derecho es para nosotros el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de una sociedad y de sus individuos. Pues bien, el lenguaje del Derecho (con D) nos explica con toda claridad el fenómeno jurídico, las particularidades lógicas y teóricas del derecho (con d). Su concreción en la realidad del ser.

La primera dificultad que encontramos en nuestro camino está viva en el conflicto; que se ha dado al seno de las comunidades de juristas entre lógica y experiencia. Aquí es donde el positivismo jurídico contemporáneo ha querido presentarnos una imagen empirista del Derecho, pretendiendo tomar como punto de partida los conceptos fundamentales de la filosofía analítica. Sobre esto, Bobbio nos dice:

No se olvide que la revaloración de los estudios de lógica en la cultura contemporánea se debe a filosofías de tradición empirista, como el positivismo lógico y la filosofía analítica, y no ciertamente a las metafísicas racionalistas cuyas concepciones generales han recibido continuas desmentidas por

parte de los progresos de la lógica; con otras palabras, esa revaloración se debe justamente a las mismas filosofías que encabezan las corrientes realistas del Derecho.¹

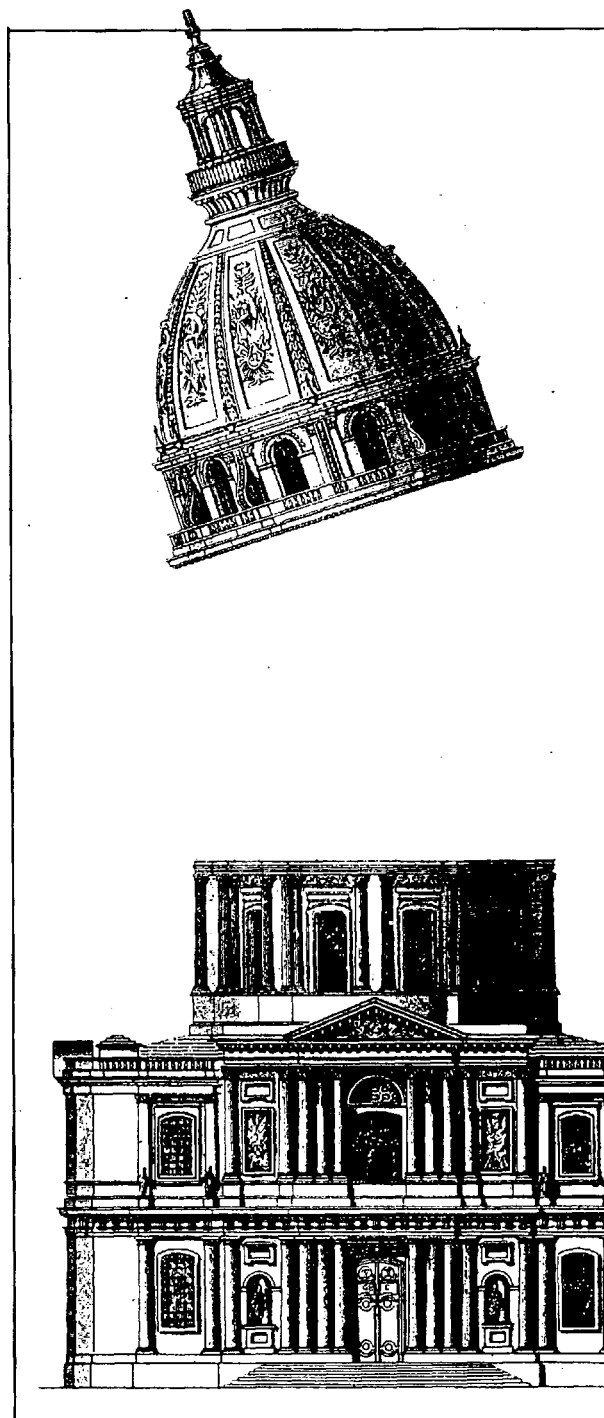
El problema consiste en que el positivismo jurídico ha sido incapaz de explicarnos la relación entre la base lógica del Derecho y los enunciados teóricos y observacionales que se derivan del lenguaje normativo. Esto es, siendo la norma (o el enunciado normativo) el punto principal de toda la discusión jurídica; el dilema a investigar —el positivismo jurídico— no ha podido desarrollar una **teoría general de la norma jurídica**, principalmente porque el propio Kelsen ha mostrado oposición a considerar que entre Lógica y Derecho pudiesen existir relaciones. (Ver Kelsen).²

Es en este camino donde se nos presentan las principales dificultades epistemológicas en el ámbito jurídico. Desde una visión empirista (entendiendo por ésta la postura del empirismo lógico), es claro que toda ciencia debe crear su propio lenguaje y, a su vez, tal lenguaje debe fundamentarse en términos teóricos y observacionales. Es aquí donde empezamos a encontrar las primeras dificultades de orden general, referentes a las cualidades científicas del Derecho.

Bajo una visión simplista y cotidiana como la del juez inglés Oüver Wendell Holmes, el Derecho se refiere a la experiencia: "La vida del Derecho no fue la lógica sino la experiencia".³ Así, el Derecho se ve ajustado a la praxis cotidiana y a los eventos propios de su naturaleza. Sin embargo, sin ser partidario de un enfoque empirista, detrás de esta frase se esconden aspectos de gran relevancia: ¿qué significa que la vida del Derecho ha sido la experiencia? Pues significa, si no lo leemos con calma, que el Derecho es, ante todo, una práctica cotidiana y, por ende, corresponde su mecánica interna al orden de la pragmática; para el Derecho no habría un sentido semántico ni un orden sintáctico. Pero si atendemos al fondo de la frase, veremos que estamos en presencia de un punto vital de importancia, la conformación del génesis del lenguaje observacional del Derecho.

La tipificación de las normas jurídicas tendría que ver con la base observacional que pudiesen mostrarnos, así como un físico a través de signos —esto es fórmulas— nos representa un hecho de la naturaleza, el jurista por medio de las normas estaría presentándonos hechos que tienen que ver con la ordenación de la conducta humana. Si esto es así, bajo una perspectiva carnaptiana, deberíamos, entonces, determinar la contraparte de este lenguaje observacional; esto es, el lenguaje teórico del Derecho.

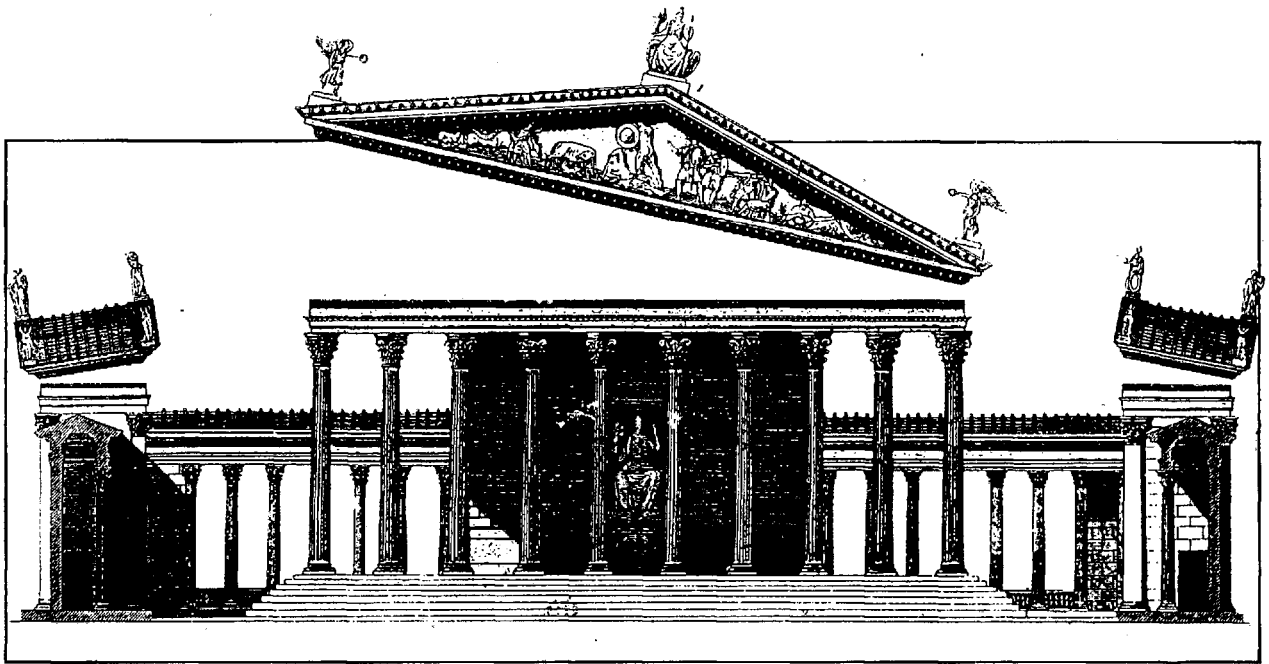
1. Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Colección El Derecho y el Estado, Fernando Torres Editor, S.A., Valencia, 1980.
2. Hans Kelsen, *Derecho y lógica*, UNAM, Cuadernos de Crítica (6), 1978.
3. Norberto Bobbio, *Derecho y lógica*. Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM, Cuaderno núm. 18, 1965.



. Para Carnap, existen dos aspectos centrales a plantear (ver José Luis Rolleri):⁴

- I. La división en el lenguaje entre conceptos teóricos y observacionales y, con ello, el problema de que se puede construir la base empírica de las ciencias, y
- II. La conexión semántica que hay entre los niveles del lenguaje científico, y con ello, el problema de cómo pueden reducirse los conceptos a la base empírica.

4. José Luis Rolleri, "La semántica del empirismo lógico", *Diánoia* (sobretiro), 1984, UNAM-FCE.



¿Cuáles son los conceptos teóricos del Derecho? La pregunta alcanza una profundidad insospechable. Cualquier abogado podría responder fácilmente: la teoría de las obligaciones, la teoría de los contratos, la teoría de los hechos y actos jurídicos, la teoría de los deberes jurídicos, la teoría del delito, etcétera. Sin embargo, esto en vez de resolvernó la pregunta la complica. Toda vez que no sabemos cómo la práctica cotidiana ha marcado a estas teorías como doctrina jurídica permanente, esto es cómo la cotidianeidad jurisprudencial hace posible la conformación de teorías jurídicas.

La verdad, y de ahí la profundidad de la pregunta, es que tales teorías nada tienen que ver con la realidad fáctica, más bien están insertadas en un orden ideal, **apriori**, que es tomado por el legislador para la conformación del derecho. Por ello no basta hacer uso de términos observacionales que, desde nuestro punto de vista, poco pueden decir o mejor dicho nada dicen respecto del derecho. Es entonces que el Derecho requiere de un lenguaje teórico que separe lo que es significativo para el jurista y lo que no lo es.

*Mi actitud (dice Carnap) es más bien optimista que la de los escépticos. Creo que, incluso en el lenguaje teórico, es posible establecer un límite adecuado que separe lo científicamente significativo de lo que no lo es.*⁵

Es en este punto donde se nos presenta un problema central: ¿cómo unir los términos teóricos con los observacionales, en la ciencia jurídica?, ¿cómo hacer corresponder a ambas entidades? La respuesta a estas interrogantes es que no hay respuesta; definitivamente en el Derecho no hay términos observacionales, no los hay porque el derecho no es una práctica cotidiana sobre la cual se puede experimentar. El derecho es un conjunto de normas, de signos, dados para regular conductas. Estos signos no son producto de la experiencia, sino de la razón; son entes

ideales dados, **a prion**, por un legislador que trata de ordenar la conducta humana. Así, por ejemplo, nadie apostaría su reputación sobre el hecho de decir que el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal de México es el delito de homicidio, o mejor dicho es el homicidio perpetrado por el sujeto A sobre el sujeto B. Y nadie apostaría, porque es claro que la norma tipifica una conducta, a la que denomina ilícita, no por la experiencia sino por la deducción ideal, que la sitúa en un cuerpo de normas llamado código penal y no un reglamento escolar.

Por esta razón existe una grave dificultad para conformar la determinación científica de los términos observacionales (si es que los hay) del Derecho. Si existe dificultad para lograr esa unión en las ciencias fácticas, como la Física, en el Derecho la dificultad es mayor, o caso de resolución imposible. (Ver José Luis Roller).⁶

En tal sentido tenemos que abandonar la creencia cotidiana de que la especificidad normativa del derecho está dada por la experiencia. Si el empirismo lógico ha demostrado su poca eficacia —reflexión hecha por los propios empiristas como Carnap y Hempel, referida a la explicación de la ciencia, menos puede ayudarnos para entender el campo de la jurisprudencia. En tal sentido, es conveniente buscar la interioridad lógica del Derecho, a fin de determinar las particularidades del lenguaje jurídico.

En el campo del Derecho, la primera tarea consiste en determinar el carácter teórico deductivo (su concreción) de una norma y distinguirlo de los posibles eventos de orden pragmático, que mostrarían su conformación observacional. Tres son, desde nuestro punto de vista, las áreas que se deben abordar para precisar tal campo: la lógica, la teoría de conjuntos y la teoría de sistemas.

Sobre la primera se ha presentado una discusión de orden histórico, en la cual el positivismo jurídico (de corte empirista) inexplicablemente ha salido triunfador, al pretender negar toda conexión entre Derecho y Lógica.

5. Op. cit.

6. Op. cit.

Sin embargo, esta victoria no ha sido permanente, y es a partir de las décadas de los 50-60 que se ha dado un impulso considerable a los estudios de Lógica aplicada al Derecho (ver los aportes realizados por G.A. von Wright y Eduardo García Máynez); no obstante, el interés que esta discusión tiene, no he de detenerme en ella, pues su amplitud excede los objetivos de ese artículo; sirva simplemente indicar que mi postura es a favor de esta identificación y no en contra.

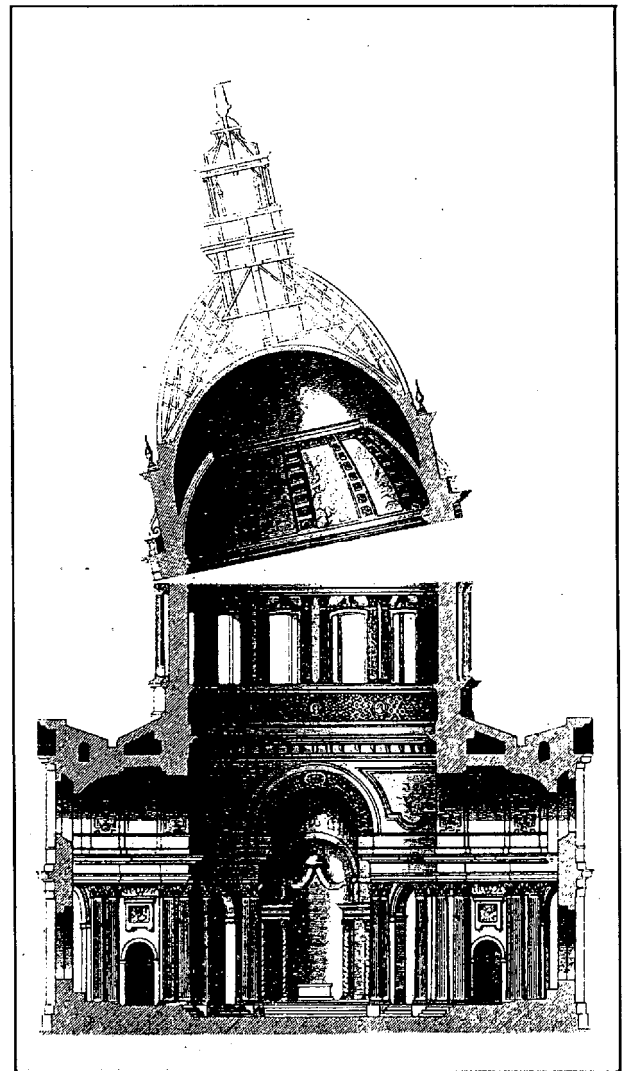
Por lo que toca a la teoría de conjuntos, su presencia como instrumento de análisis del jurista es casi inexistente. Esta inexistencia se deriva del alejamiento que los juristas han tenido respecto de las ciencias formales. Es verdad que a simple vista no se observa relación alguna entre ambas entidades, pero si recordamos que la segunda es un instrumento superior y fundamental de análisis y auxilio en la investigación científica, y aún más en las prácticas cotidianas, no veo por qué no sea posible aplicarla al campo jurídico. En especial mi interés se dirige hacia la teoría de conjuntos, que bien puede ayudar a la conformación de verdaderos criterios clasificatorios del Derecho. Hoy en día, por fuerza de la comodidad, y no por la razón, se continúa clasificando tanto al Derecho como al derecho en público y privado, e incluso ya hubo alguien (¡oh genialidad !) que ha dicho que además el derecho también es social.

Estas tesis, que no pasan de ser viles ideologías jurídicas, están insertas, como sabemos, en la vieja tradición romana del *jus-civile* y el *jus-gentium*; clasificación respetable para la época, pero que nada tiene que ver con un mundo como el contemporáneo, en donde las relaciones de la sociedad civil y la sociedad política a las cuales se dirige el derecho, están más allá de los honorables cónsules, pretores, tribunos y magistrados.

Kelsen —y por fuerza debemos regresar a él— ha demostrado con toda claridad y cientificidad que estas clasificaciones nada tienen que ver con la ciencia, y sí mucho con las ideologías y con la metafísica. Sin embargo, y no podríamos exigir más, Kelsen no desarrolló una clasificación mejor que pudiese especificar la cualidad normativa.

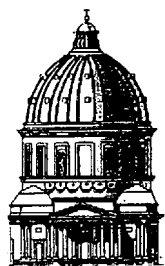
En esta tarea, la de clasificar normas, la teoría de conjuntos es una herramienta de primer orden a fin de elaborar con efectividad la estructura de una real teoría general de las normas jurídicas. De ser posible esto, se habrá dado una revolución en el ámbito del conocimiento jurídico, ya que habría que cambiar toda la doctrina jurídica arcaica existente hoy en día, que sólo nos ha conducido al dogmatismo y al estancamiento.

Por lo que toca al último punto, la teoría de sistemas, cabe acotar el claro significado que ésta tiene en las ciencias hoy en día. La primer pregunta que nace, dentro de este tema referido al ámbito del Derecho, es si éste constituye un sistema. Ya Joseph Raz, en un magnífico trabajo titulado *El concepto de sistema jurídico*, nos ha mostrado a los sistemas jurídicos como sistemas de normas. Sin em-



bargo, valga la aclaración, el criterio de Raz no se aparta de la tradición jurídica, y por ello se hace necesaria una revisión conceptual de su obra. Bajo tal óptica, tendremos vergonzosamente que reconocer que la teoría de sistemas no ha sido aplicada al Derecho, y esto es evidente, pues no basta presentar análisis deontológicos para mostrar la sistematización jurídica; hay que ir más allá y mostrar cuál es la claridad del sistema jurídico, tarea ardua, larga y complicada, pero que habrá de desarrollarse si se pretende darle al Derecho el estatus que merece.

Finalmente: el desarrollo contemporáneo de la filosofía de la ciencia, en donde el empirismo lógico y la filosofía analítica han sido desplazados por concepciones de mayor peso en el análisis de la ciencia, como las de Popper, Kuhn, Putnam, Feyerabend, Lakatos y otros más, es de vital importancia que los juristas profundicen más en estas discusiones a fin de poder adquirir elementos de mayor peso, para la argumentación doctrinal. Esto implica una apertura total del estudio de lo jurídico y el abandono de antiguos dogmas ya superados por la ciencia y por la sociedad.



II. LA EXPLICACIÓN JURÍDICA

Donde nuestro lenguaje hace presumir un cuerpo y no hay un cuerpo, allí quisiéramos decir, hay un espíritu.

Ludwig Wittgenstein

Dentro del carácter heterogéneo del conocimiento, introducirse en el ámbito deontológico no parece tarea fácil, sobre todo cuando no se ha discutido aún con objetividad y precisión el carácter científico o no científico de las áreas dedicadas a explicar el fenómeno normativo. Es en esta textura que el paso de nuestro análisis se centra en los factores de orden formal más que en la realidad empírica.

Dos son los tipos de ciencia que conocemos en el ámbito epistémico: las que se refieren a los hechos de la naturaleza y del hombre, que denominamos como fácticas, y aquellas que tienen como fuente la racionalidad del pensamiento humano; esto es, las relativas a entes ideales⁷ que denominamos como formales.

En tal sentido nuestra propuesta básica es mostrar que el Derecho es una ciencia híbrida. Una disciplina que contiene tanto aspectos de carácter fáctico como características de orden formal. La discusión no es nada fácil, sobre todo por tratarse de un tipo de conocimiento cuya especificidad aún no ha podido determinarse con toda claridad. El obstáculo principal que nos impide, ver con claridad la real contextura del Derecho es su carácter de práctica forense; esto es, que su ámbito pragmático ha obstaculizado su carácter como ciencia, transformándola más que otra cosa en una ingeniería de la normatividad; el gran fantasma que obnubila al Derecho es la parte pragmático-empírica que, paradójicamente, lo hace ser.

La cotidianidad social y la historia son los otros dos grandes acusadores del Derecho; tanto una como la otra nos hacen dudar, día a día, en la validez de algo que se dice, tiene como fin ordenar las relaciones sociales, pero que la experiencia pareciera indicar lo contrario. No es por ello difícil encontrar textos no jurídicos „ que nos presentan al Derecho como una simple ideología.

Sin hacer alto en tal dilema, preferimos, bajo el esquema de C.G. Hempel,⁸ abordar el tópico que más puede aportar el debate sobre la cientificidad del Derecho y su concreción; esto es, el relativo a la explicación científica. ¿Si es el Derecho una ciencia, cómo explica los fenómenos a los cuáles presta atención?

En la historia de la ciencia jurídica, sin duda, hay dos momentos claves: la codificación y Hans Kelsen. El primero por cuanto que es la base de racionalidad y concreción del factor primario del derecho, la norma; el segundo por ser la piedra de toque en la determinación del ser del Derecho, su identidad como objeto de conocimiento. Por ello, desde nuestro punto de vista, la ciencia jurídica es un producto del pensamiento moderno; antes de Kelsen, metafísica aplicada al Derecho; después de Kelsen, ciencia jurídica.

El objeto central de la jurisprudencia⁹ es, sin duda alguna, la norma jurídica; son éstas y sólo éstas las que interesan a nuestra rama de estudio; no obstante, hay otros factores que muestran una clara participación del Derecho en ellos; es entonces cuando nos parece híbrida en su fondo y forma. Dicen Kelsen: "Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del Derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico; vale decir, en cuanto son relaciones constitutivas mediante las normas jurídicas". Esto nos conduce a la disyuntiva sobre los caminos que hay que recorrer; la norma como regla de conducta o la de conducta humana regulada por normas.

Así, en esta bipolarización de objetos se nos presentan dos enfoques de cómo abordar el conocimiento de lo jurídico, las normas producidas, aplicadas o actuadas y concretadas, y los actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas. Kelsen opina que es la primera forma la correcta; es decir, la norma como tal y no su proceso la relación con la vida material; por ello, nos dice, existen dos teorías que tratan de dar a ambas posiciones sentido y fundamento: la teoría estática y la dinámica.

Desde la perspectiva estática, el derecho no es más que un sistema de normas con validez. El Derecho en su estado de equilibrio, no hay más que normas y éstas se constituyen en la base de todo el perfil científico de la jurisprudencia. Aquí, con toda claridad, estamos en presencia de un determinismo que hace de la norma un ente apartado de su contexto material, la norma como ente formal y por tanto el Derecho se constituye en una teoría de entidades ideales (las normas). Una ciencia formal cuyo acercamiento está dado con la materna tica y con la lógica.

Bajo el esquema dinámico, el Derecho se dirige hacia el proceso en el que el derecho se produce y se aplica. El

7. Mario Bunge, *La ciencia* (su método y su filosofía, Logos, Medellín, Colombia) lia investigación científica, Ariel, Barcelona, 1979).

8. C. G. Hempel, *La explicación científica*, Paidós, Buenos Aires, 1979.

9. Entiendo por jurisprudencia a la ciencia del Derecho, bajo un sentido lato y no en términos de la tradición mexicana.

Derecho como fenómeno en movimiento, una ciencia jurídica preocupada de las fuentes de donde emerge la norma y no de su naturaleza. Aquí el Derecho se acerca a las ciencias sociales, que son, por naturaleza, de orden fáctico, tales como la sociología y la economía. El problema que se observa en estas interpretaciones es que son omisas del carácter semiótico del Derecho; antes que nada hay que hacer énfasis en que el Derecho es un lenguaje y como tal debe ser tratado; si las fuentes de donde nace son sociales es cosa aparte, pues es bien claro que éstas, las fuentes, no cambian en nada el sentido lógico (deóntico) del enunciado normativo. Sin embargo, hay en esta postura un aspecto de verdad a saber, que complica la determinación científico funcional del Derecho; no es sólo la norma el objeto de estudio del Derecho, es la norma pero también su contenido semántico, su significado. Al ser el significado un punto de clara atención, lo sintáctico ordenativo, esto es, la conformación de los signos normativos y su orden, no queda como eje dominante del quehacer del jurista; por ello, en contra de lo que Kelsen opina, la sociología del derecho es una ciencia jurídica que muestra el punto de interés epistémico de nuestro análisis, el carácter híbrido de la jurisprudencia: ciencia formal pero bajo una determinación factual.

El aspecto que más problemas acarrea al estudio jurisprudencial es, sin duda, el concerniente a su denominación. Este dilema no es preocupación en el ámbito de otras disciplinas científicas, y no lo es, dado que su objeto y denominación están dadas de nacimiento. No es así con el Derecho, si bien tanto Kant, en su metafísica de las costumbres, como Hegel en su filosofía del Derecho, sentaron las bases de un saber jurídico-normativo racional (científico); no es, y esto debemos reconocerlo, aunque no compartamos muchas de las tesis de Kelsen, hasta el surgimiento del positivismo normativista, que encontramos un claro enfoque no metafísico en la jurisprudencia.

De esta manera encontramos dos formas de denotar al Derecho: como ya lo hemos afirmado como conjunto de normas, esto es como sistema de ordenación social, y como conjunto de principios de orden científico, es decir como conocimientos públicos y confiables.

La producción del fenómeno normativo-jurídico es un punto de trascendencia vital de nuestro análisis, ya que es aquí donde se observa con mayor claridad el rompimiento entre lo formal normativo y lo fáctico social al seno de la jurisprudencia. El derecho tiene la virtud de ser un ente de auto gestación y de autor reproducción. Esto es, que regula tanto su nacimiento como su uso; tal evento se da en tres etapas.

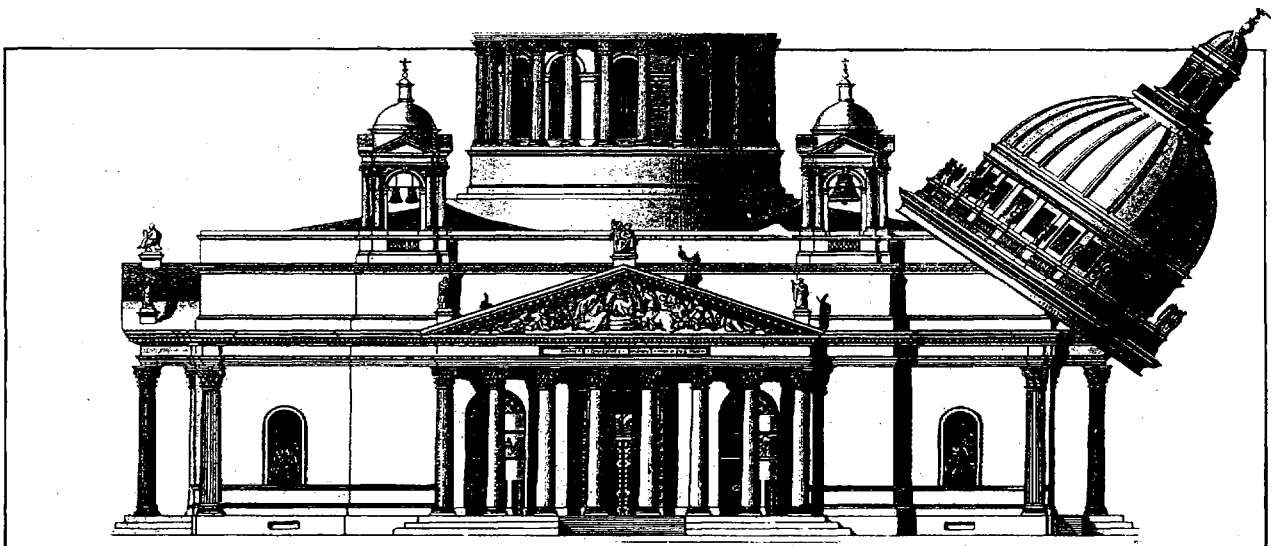
El proceso legislativo y los procedimientos judicial y administrativo

Así, observamos un claro determinismo existencial: la norma debe su existir a la norma, que se reproduce en la vida material por medio de sí misma.

De ahí que los actos de producción y aplicación del derecho, constitutivos del proceso jurídico, sólo sean tomados en consideración por el conocimiento jurídico en cuanto están determinados por las normas jurídicas; en cuanto están determinadas por las normas de derecho; de suerte que también la teoría dinámica del derecho apunta a normas jurídicas, a saber, a aquellas que regulan la producción y la aplicación del derecho.¹⁰

Dos son los principios fundamentales de los que hemos de partir en la conformación de la concreción del Derecho: la norma jurídica y el enunciado jurídico. "En tanto la ciencia jurídica sólo concibe a la conducta humana como contenido de normas jurídicas; es decir, en cuanto

10. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1981.



determinada por normas de derecho, expone el significado normativo de esos hechos".¹¹ Así es claro que la relación entre el orden fáctico (social) y el derecho sólo se da si éste se ve constreñido a la esfera de influencia del ámbito normativo jurídico.

Los enunciados jurídicos, pieza base del tablero jurisprudencial, describen las relaciones constitutivas entre los hechos por ellas determinadas; en cambio, las normas jurídicas son más que mandatos; es decir, prescripciones de orden conductual que se expresan en términos deontológicos. Ambas categorías tienen como cualidad esencial ser estructuras semióticas; es decir, signos que se manifiestan en términos de oraciones que denotan relaciones de carácter social; de esta manera tanto enunciados jurídicos como normas están dentro del contexto de lo formal y no en un plano material fáctico; sin embargo, y he ahí el punto de mayor relevancia de nuestro análisis, los enunciados jurídicos poseen un carácter explicativo-descriptivo de las normas, mientras que éstas son simplemente elementos de un sistema general de ordenación de la conducta humana; 'en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del Derecho pensar que éste contiene un carácter instructivo'. El derecho ordena, faculta, permite, mas no informa, dice Kelsen. No obstante que existe un grado de verdad en la afirmación del autor de la teoría pura del derecho, también lo es el hecho de que los sistemas de normas no son sistemas perfectos, de los que se pueda obtener un patrón único que determine los caracteres formales de las normas. Sobre este aspecto, Ross nos señala lo que a mi juicio es el camino más correcto. Hay, de Ross, un factor de primer orden, el enunciado lingüístico que se forma del empleo consciente del lenguaje en uso efectivo, oral o escrito; así tenemos que estos enunciados tienen un significado que puede ser de carácter expresivo o sintomático, o, representativos o semánticos.

Así, estamos frente a enunciados cuyo carácter difiere, según, del contexto en que se presente. Aserciones que son enunciados de significado representativo; exclamaciones de tipo no propositivo y sin significado; y, finalmente, directivas, que son oraciones que ejercen influjo sobre el comportamiento de otros sujetos; a estas últimas pertenecen las normas jurídicas. Empero, esto no obsta para que existan normas que tengan el carácter de aserciones y que dentro de un cuerpo normativo cumplan la función de informar o describir, como es el caso del artículo 2o. de la Constitución de la República de Venezuela, que nos dice a la letra: "La República de Venezuela es un Estado Federal en los términos consagrados por esta Constitución". Aquí es claro que no hay un mandato en el sentido ortodoxo del término, sin embargo, es claro que Ta información que nos muestra este artículo sirve de base de sustentación para normas posteriores, dentro del

mismo cuerpo normativo, que sí sean mandatos en sentido estricto. Kelsen mismo ha tenido que reconocer este aspecto, pues de no ser así, el orden jurídico quedaría por lo menos sin buena parte de lo que por años se ha considerado como normas. Dice Kelsen: 'No interesa, con todo, la forma lingüística adoptada, sino el sentido del acto que instaura la norma, que produce derecho. Y el sentido*de ese acto es distinto del sentido del enunciado descriptivo del derecho".¹² "La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho —por así desde fuera—, y fundándose en ese conocimiento, describirlo".

Como diría Karl Larenz: 'Hemos caracterizado la jurisprudencia como aquella ciencia acerca del derecho que se ocupa de él, ante todo, bajo el aspecto normativo y, por ende, del sentido de las normas".¹³ La relación entre los órganos de creación del derecho y los de aplicación del mismo están en un mismo plano de igualdad existencial. Son porque hay un orden previo derivado del poder político (soberanía) que hace posible su existencia; es en tal plano que el carácter fáctico del derecho se concreta, ya que no es un producto de la sana creatividad de un sujeto, sino el resultado de todo un proceso de hegemonía política; aquí es dónde no es posible ocultar su carácter ideológico; lo que no implica que el conjunto de conocimientos que lo explican no constituyan una ciencia.

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, produce su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, constituye el material dado a la ciencia del Derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esa producción tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de los objetos mediante el trabajo, o la producción de derecho por la autoridad jurídica.¹⁴

Tenemos frente a nosotros dos nociones diferentes: mientras que el Derecho (ciencia) nos dice cómo son las normas, el derecho (normas) por el contrario prescribe conductas; así, por ejemplo, el enunciado jurídico que describe a una norma criminal o penal sólo podemos caracterizarlo de la siguiente forma: si alguien comete homicidio, deberá ser castigado. Pero al verbo modal deber, del enunciado jurídico, no tiene como el deber jurídico (el inserto en la forma deontológica de la norma) un sentido de orden prescriptivo, sino por el reverso una

1. Op. cit.

12. Op. cit.

13. Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*,. Ariel, Barcelona, 1981.

14. *Idem*, p. 10.

forma descriptiva. Este problema se presenta al confundir el significado semántico del concepto deber, al confundirse los enunciados jurídicos con los modelos deónticos.

El derecho como sistema de normas, como orden normativo, está sujeto a determinaciones deónticas. No es posible apartarlo del mundo kantiano del deber ser. Por el contrario, la jurisprudencia se dirige hacia el objetivo de describir las normas, se manifiesta como una ciencia descriptiva (deductiva), de ahí su carácter formal. Las ciencias naturales preservan el principio de causalidad como factor determinante de su conformación epistémica; de ahí que al explicar, como dice Hempel, hagan predicciones; la predicción es un punto de vitalidad en las ciencias de la naturaleza. Sin embargo, al tener un carácter deductivo formal, el Derecho ha de prescindir del principio de causalidad. "En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de imputación (atribución)". Este principio permite explicar de forma más clara los fenómenos de orden normativo. Dado que el deber, en su significado jurídico, implica ordenar, facultar, prohibir y permitir una conducta determinada, este verbo sólo presenta la forma específica en que se relacionan las funciones normativas; en una norma jurídica se manifiestan ambos hechos: la ordenación y la correlación de significados.

En especial, la ciencia del Derecho no puede afirmar que, conforme a determinado orden jurídico, bajo condición de que se produzca una. ilicitud, de hecho se produce la consecuencia de lo ilícito. Tal afirmación caería en contradicción con la realidad en la cual —muy frecuentemente— se comete un acto ilícito, sin que se produzca la consecuencia que el orden jurídico estatuye para ello; esta realidad no es el objeto que la ciencia jurídica describe, esto es, "los enunciados jurídicos que ha de formular la ciencia del Derecho sólo pueden ser oraciones deónticas".¹⁵ El deber, entonces, tiene, como ya lo hemos afirmado, una doble característica: en la norma como prescripción y en el enunciado jurídico como descripción. Pero de que el enunciado jurisprudencial nos describa tal fenómeno normativo, no se infiere que lo descrito sea un hecho de la vida material; por ello hay que considerar al enunciado jurídico como una proposición, como declaración sobre un objeto dado (la norma, o la norma y su relación con la realidad social); el conocimiento. Dice Kelsen:

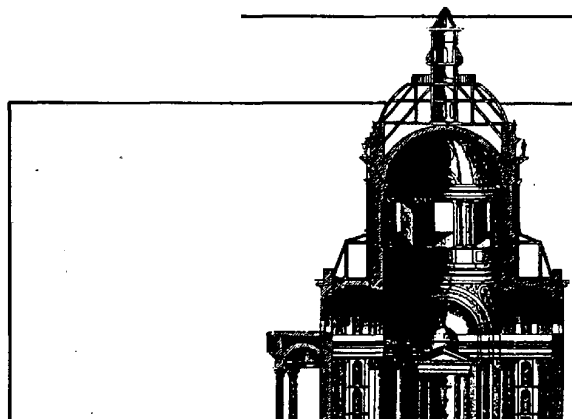
*El jurista científico, que describe el derecho, no se identifica con la autoridad jurídica que instaura la norma de derecho. El enunciado permanece como una descripción objetiva, no se convierte en prescripción. Sólo afirma, como la ley natural, que la conexión entre dos circunstancias, de hecho, es una relación funcional.*¹⁶

En este punto cabe hacer notar un hecho fundamental en la comprensión del fenómeno normativo, por muchos años: la metafísica jurídica. El iusnaturalismo configuró más que una teoría del derecho, una axiología meta-jurídica de la cual hasta la fecha continúan siendo de uso cotidiano, público y oficial, términos como el de justicia que se les confunde con el concepto de derecho. El jurista no es un buscador de valores, es un presentador de normas y relaciones sociales, no juzga la bondad ni la maldad de éstas, trabajo de la ética, sino su carácter lógico-deductivo. Su moralidad está dada en un plano ético, mas no en el interior de su finalidad descriptiva y analítica del derecho.

Así como la ley natural es un enunciado que describe la naturaleza y no ella misma el objeto descrito, de igual suerte la ley jurídica es el enunciado que describe el derecho, en cuanto enunciado-jurídico formulado por la ciencia jurídica, pero no ella misma el objeto descrito, el derecho, la norma jurídica.¹⁷

Un tratado de física, por ejemplo, contendría un trozo como el siguiente: dado que, conforme a la ley natural, un cuerpo metálico se dilata cuando es calentado, la esfera metálica utilizada por determinado físico, que pasaba libremente, antes de su calentamiento, por el aro de madera, dejará de pasar por el aro luego de su calentamiento. Un tratado de Derecho Penal alemán diría: dado que, según el derecho alemán, pueden formularse una ley jurídica conforme a la cual el individuo que ha cometido un hurto, debe ser sancionado por un tribunal X de la localidad Y, luego de haber comprobado que el sujeto A ha cometido un hurto, debe ser internado coactivamente en la prisión Z, se describe la norma individual que ha dictado el tribunal X y Y.¹⁸

Bajo tal óptica es posible, entonces, caracterizar al principio de imputación como un enlace entre condición y consecuencia, donde el resultado no esté sujeto a su veracidad o falsedad, sino a su grado de validez, punto medular de una lógica deóntica, que muestre, como lo hace Henrik von Wright, en un plano simbólico, la conformación semiótica del orden jurídico-normativo.

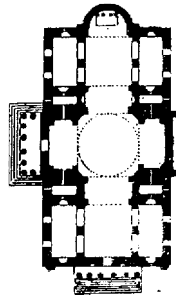


19. Op. cit.

20. Op. cit.

17. Op. cit.

18. Op. cit.



III. GENERALIDAD Y CONCRECIÓN

.. .Seguir la regla es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto no se puede seguir privadamente la regla. El lenguaje es un laberinto de caminos. Vienes de un lado y sabes por dónde andas, vienes de otro al mismo lugar y ya no lo sabes.

Ludwig Wittgenstein

La separación entre particularidades y generalidades, entre lo abstracto y lo concreto, a partir de esquemas de orden normativo que nos abran el camino hacia la obtención de resultados en el ámbito del Derecho, que hagan posible una identificación clara de estos conceptos, requiere fundamentalmente del encuentro de campos lo suficientemente esquemáticos que permitan comprender con claridad el sentido real del fenómeno. Así, lo tradicional en el Derecho, más que ayudarnos constituye ya un estorbo para el avance real del conocimiento, jurídico que hoy se concentra en el amplio desarrollo que el Derecho positivo está teniendo en el mundo. Sin embargo, la pregunta nodal que hoy debemos hacernos, consiste en saber si de esta vinculación entre lo general y lo particular, y lo concreto y abstracto, dilucidan efectivamente la crisis .por la que atraviesa el Derecho, que como todas las instituciones de la modernidad, tiene su punto de partida en la legitimidad.

"Durkheim, lo mismo que Weber entiende la evolución del Derecho como un proceso de desencantamiento".¹⁹ La génesis de los procesos normativos que van de lo sacro (generalidad y abstracción) a lo humano (particularidad y concreción), nos explica la vinculación entre los factores lingüísticos que hacen posible la constitución jurídica, y con ella la ordenación de la conducta social. No obstante, es un grave error considerar al Derecho como una totalidad histórica. La abstracción normativa no tiene sentido sino hasta que existe un cuerpo genérico ordenador de la sociedad, pero ello, que repercute en el ac-

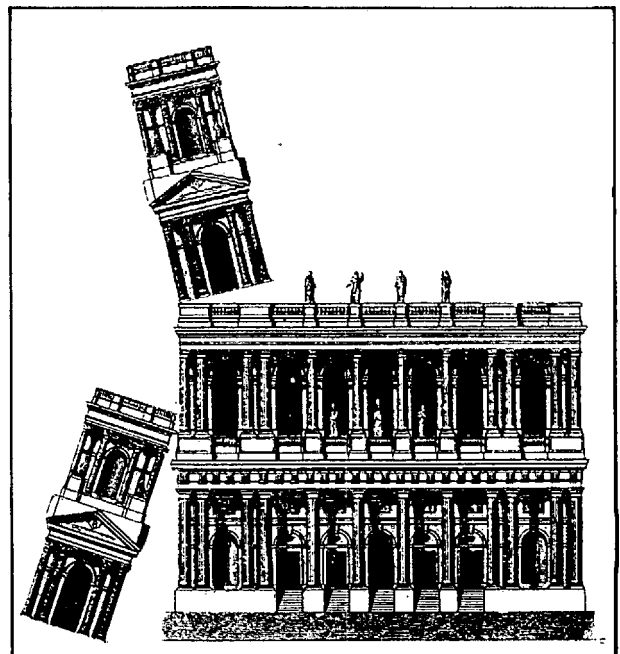
to de concretar la voluntad social en la norma, no es más que un producto nuevo en el desarrollo histórico del hombre; las instituciones se transforman en su sentido y esencia: ' "Las ofrendas rituales son impuestos que se pagan primero a los dioses, después a los sacerdotes y finalmente a las autoridades del Estado".

' "Las normas jurídicas hablan, con frecuencia, como si detrás del mundo del tiempo y del espacio existiera otra realidad, un mundo de relaciones jurídicas determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos creadores (modificadores y extinguidores)".²⁰ No existe, válidamente, argumento que pueda sustraer a la norma de su carácter deóntico, función que está en términos de su esencia? de ahí que como lo hemos ido explicando a lo largo de este ensayo, la concreción jurídica es el lazo que une lo lógico-sistemático del derecho con su explicación formal. La norma despegada de este carácter que pierde su sentido sacramental y se eleva a ordenación pública, está dada para ser entendida por la comunidad que ha de regirse por ella; por esto el estudio jurídico hoy en día está concentrado más al ámbito de los problemas lingüísticos de creación y aplicación de un derecho que a la conexión teórica entre doctrina y derecho positivo.

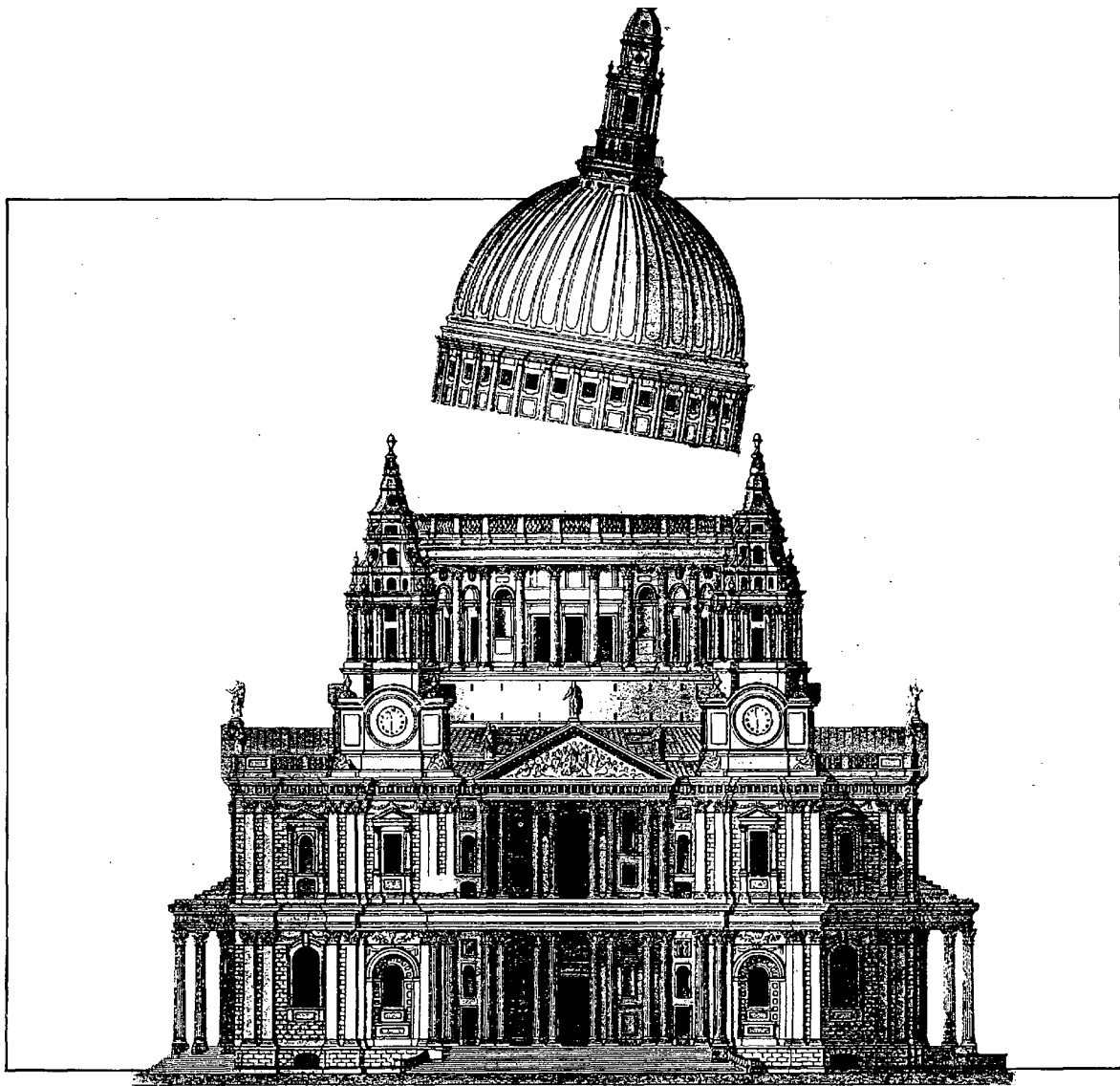
Si las preocupaciones de la ciencia jurídica son las de efectuar una descripción del derecho positivo de un país (cuyas enunciaciones constituyen un cuerpo lingüístico), las proposiciones descriptivas de ese derecho positivo constituyen un metalenguaje. El discurso normativo, el derecho positivo, objeto de la reflexión científica es entonces el lenguaje objeto.²¹

20. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.

21. Luis Alberto Warat, *El Derecho y su lenguaje*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.



19. Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa II* (Crítica de la razón funcionalista), Taurus, Madrid, 1990.



Entre ambas categorías (metalenguaje y lenguaje objeto) existe un-punto clave que resalta el sentido y la conformación del derecho desde el punto de vista epistemológico, su razón es la norma jurídica. Esta no es un elemento particularizado sino, por el contrario, un evento constituido por diversas partes que la hacen trascender; sin embargo, de esas partes que no analizaremos aquí, sólo una determina su presencia en la realidad fáctica, la concreción.

Concretar una norma es el seguimiento de una regla que tiene un carácter práctico; las normas jurídicas no son creadas para disertar sobre ellas sino para aplicarlas a la resolución de problemas; no se puede entender e inducir a la aplicación normativa desde un ámbito privado, hay muchos caminos que el orden público busca en la constitución de las normas; el derecho hoy en día no puede ni debe circunscribirse al viejo sistema del arcaico derecho penal de la conducta castigo.

Tengo la convicción de que los problemas jurídicos son problemas lingüísticos que van más allá de las meras consideraciones formales; es decir, que el lenguaje es un hecho real, cuya esencia está dada en las formas de vida. Concretar el derecho no es apartarnos de su cualidad abstracta, no es quitarle sus peculiaridades regulatorias,

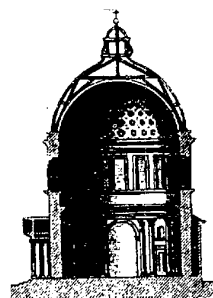
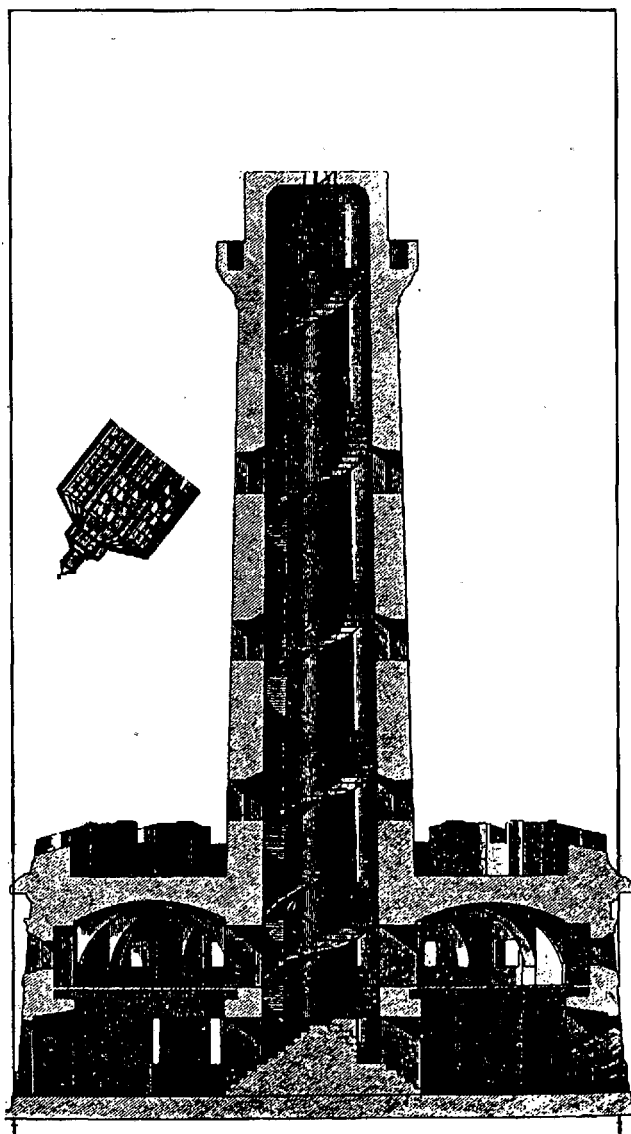
que no del todo involucran a una comunidad en general; basta con ver la clasificación que sobre las normas jurídicas hace Bobbio. Concretar el derecho es encontrar el nuevo derecho, aquel en el que exista una plena identificación consensual entre la norma y los sujetos de acción comunicativa que se desarrollan en la sociedad. Hoy estamos frente a una clara y evidente decadencia del derecho nacido de la modernidad, a partir de sus propias contradicciones. Las corrientes jurídicas son incapaces de explicar el porqué de la desvinculación entre el principio que la norma guarda y la realidad factual; no hay modelos de explicación que nos permitan efficientar las normas jurídicas en la acción social; esta crisis es, desde mi punto de vista, un claro preámbulo a la conformación de un nuevo sistema jurídico, en el cual los valores no están dados por recetas metafísicas, sino por el sentir interno de la sociedad: concretar el derecho es desvincularlo de su crisis, la crisis del derecho es la crisis de las sociedades contemporáneas.

Si con Durkheim sostenemos que se da una tendencia evolutiva a la lingüistización de lo sacro, tendencia que se colige de la racionalización de las imágenes del mundo, de la universalización de la moral y del derecho, y también de la individualización

progresiva de los sujetos, entonces hay que suponer que el concepto de identidad del yo se ajusta en medida creciente a la auto comprensión que acompaña a la práctica comunicativa cotidiana.²²

Los lenguajes se tornan opuestos al imperio autocrático del derecho contemporáneo, no existe un punto de encuentro entre lo lingüístico propositivo y lo lingüístico prescriptivo; las normas se pierden, se hacen difusas, incomprensibles y vacuas. Pareciera como si se crease un derecho para regular a la nada. Ante tal disyuntiva, la filosofía del derecho tiene que abrir dos rutas centrales en la identificación de sus motivos con la crisis existencial de la norma: la filosofía política y la lingüística. Ambos caminos nos permitirán comprender, sin apasionamientos ilegítimos, el fin de un sistema cuya efectividad ha sido puesta a prueba por las experiencias tanto micro sociales como macro sociales. &

22. Idem, p. 19.



BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho* (colección El Derecho y el Estado), Fernando Torres Editor, S.A., Valencia, 1980. *Derecho y lógica*, UNAM, 1965. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, Méx., 1981. *Teoría general del Derecho y el Estado*, UNAM, Méx., 1979. *Derecho y lógica*, UNAM, Méx., Cuadernos de Crítica, 1978. Rollen, José Luis, "Semántica del empirismo lógico", UNAM-FCE, sobretiro de *Diánoia*, 1984.
- , *Estructura y desarrollo de las teorías científicas* (compilador), UNAM, 1986. Bunge, Mario, *La investigación científica*, Ariel, Barcelona, 1979.
- , *La ciencia, su método y su filosofía*, Logos, Medellín, C. G. Hempel, *La explicación científica*, Paidós, Buenos Aires, 1979. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1981.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II*, Taurus, Madrid, 1990.
- Ross, Alf, *Sobre derecho y justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- Warat, Luis Alberto, *El derecho y su lenguaje*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976. Goldschmidt, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1987. Recasens Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963. Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Centro editor de America Latina, Buenos Aires. J. W. Harris, *Law and Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1979. Helmut Coing, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.
- S. Belaid, *Essai sur la pouvoir createur et normatif du jude*, Librerie générale de Droit et Jurisprudente, Paris, 1974. Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM-Editorial Crítica, 1988. H. L. A. Hart, *B concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980. Tamayo y Salmerón, Rolando, *El derecho y la ciencia del Derecho*, UNAM, México, 1984. G. Henrik von Wright, *Norma y acción (una investigación lógica)*, Estructura y Función, Tecnos, Madrid, 1970. Scherekenberger, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1987. Calsamiglia, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978. García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos*, UNAM, México, 1984.
- Raz, Joseph, *B concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.
- , *La autoridad del Derecho*, UNAM, México, 1983. *Les études philosophiques la philosophie et le droit*. No. 2, Avril-Juin 1965, Presse Universitaires de France (G. Kalinowski, *Logique deontique et logique juridique*,