



---

---

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**“REFORMULACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO: LA  
NUEVA SCIENTIA IURIS”**

**MARCELO GALACIÓN ZEPEDA VILLARREAL**

**TESIS**

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OBTENER EL  
GRADO DE**

**MAESTRO EN DERECHO**

**DIRECCIÓN Y ASESORIA  
DRA. EN DERECHO LETICIA BONIFAZ ALFONZO**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO  
MAYO DE DOS MIL SEIS**





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



“La revolución de julio es el triunfo del derecho que derroca al hecho. El derecho que triunfa sin necesidad de violencia. El derecho que es justo y verdadero.

Esta lucha entre hecho y derecho dura desde los orígenes de las sociedades. Terminar este duelo, amalgamar la idea pura con la realidad humana, hacer penetrar pacíficamente el derecho en el hecho y el hecho en el derecho, es el trabajo de los genios”

Víctor Hugo en los Miserables



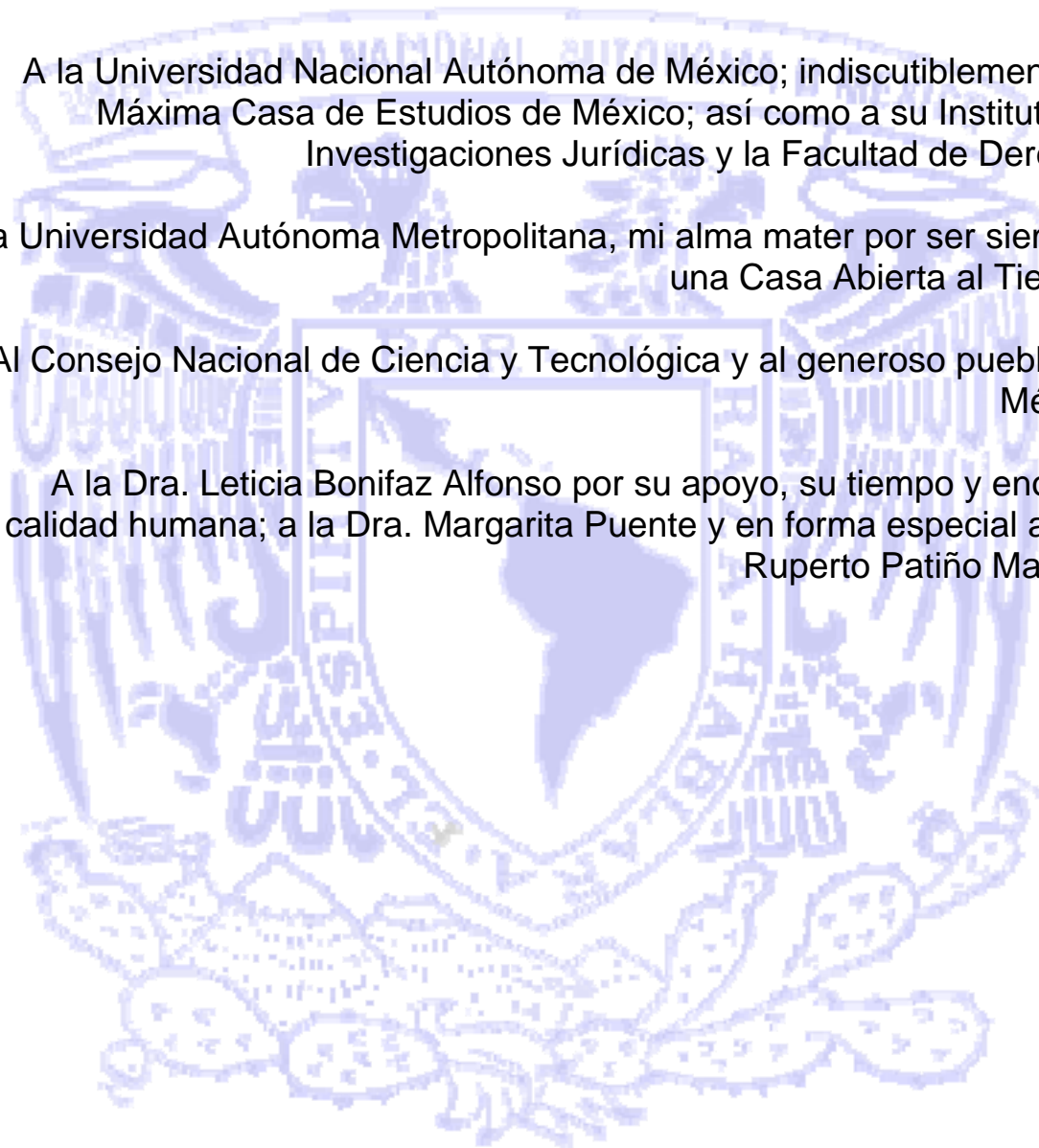
## AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México; indiscutiblemente la  
Máxima Casa de Estudios de México; así como a su Instituto de  
Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho

A la Universidad Autónoma Metropolitana, mi alma mater por ser siempre  
una Casa Abierta al Tiempo

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y al generoso pueblo de  
México

A la Dra. Leticia Bonifaz Alfonso por su apoyo, su tiempo y enorme  
calidad humana; a la Dra. Margarita Puente y en forma especial al Dr.  
Ruperto Patiño Manffer





## DEDICATORIA

A los hij@s del exilio español, la injusticia no pasará. Nuestra nación va dentro de nosotros sea donde sea que nazcamos, sea donde sea que vayamos por la globalidad por que nuestra república es una realidad.

Esta Investigación está dedicada a todos aquell@s que esperaron en vano una respuesta de la Justicia a sus reclamos; A todos aquell@s que, sin embargo, nunca dejaron de luchar por alcanzarla.

A la familia y los amigos si es posible distinguir unos de otros



## INDICE

|   |     |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN  | 7   |
| PREÁMBULO   |     |
| Fundamentos epistemológicos y metodológicos de la investigación   | 14  |
| La teoría general de sistemas de Ludwing Von Bertalanffy  | 19  |
| La teoría general de sistemas en las ciencias sociales  | 28  |
| Un acercamiento de la teoría general de sistemas al derecho   | 31  |
| <b>Capítulo 1 La viabilidad del derecho en las sociedades postmodernas:<br/>La crisis de la certeza en el derecho</b> | 41  |
| 1.1 El paradigma de la certeza del derecho en las sociedades contemporáneas   | 45  |
| 1.2 Tendencias de la sociedad y el derecho en la globalización  | 48  |
| 1.3 Derecho versus sociedad, realidad versus teoría en el siglo XXI   | 51  |
| 1.4 El Derecho en el futuro: prospectiva del derecho  | 66  |
| <b>Capítulo 2 La consolidación de la scientia iuris</b>   | 72  |
| 2.1 La concepción gnoseológica del derecho a través del tiempo  | 74  |
| 2.2 El paradigma racionalista de la ciencia   | 104 |
| 2.3 Influencia del racionalismo en la ciencia del derecho   | 114 |
| 2.4 Positivismo jurídico y dicotomía norma hecho  | 118 |
| 2.5 Verdad legal, ficción jurídica e ineficacia del derecho   | 122 |
| <b>Capítulo 3 La crisis del positivismo jurídico</b>  | 138 |
| 3.1 Disociación teórico-práctica del positivismo jurídico   | 142 |
| 3.2 Efectos materiales: summum ius, summa iniuria?  | 150 |
| 3.3 El cuestionamiento a la eficacia del derecho en la postmodernidad   | 155 |
| 3.4 El cuestionamiento de la científicidad del derecho  | 158 |
| 3.5 La reacción contrapositivista   | 167 |
| <b>Capítulo 4 Derecho y sociedad</b>  | 170 |
| 4.1 Empiricidad y universalidad del derecho   | 172 |
| 4.2 Civilización, derecho y desarrollo  | 181 |
| 4.3 El derecho como medio racionalizador de la solución de conflictos   | 191 |
| 4.4 Solución de conflictos sociales e impartición de justicia   | 197 |
| <b>Capítulo 5 La nueva scientia iuris</b>   | 206 |
| 5.1 Paradigma de sistemas aplicado al derecho   | 208 |
| 5.2 Metodología dialéctica  | 210 |
| 5.3 Teoría de la decisión y modelos de teoría de juegos aplicados al derecho  | 221 |
| 5.4 Técnicas de investigación de operaciones aplicada al derecho (árboles de decisión)                                | 231 |
| 5.5 Estudio de caso   | 233 |



|   |            |
|---|------------|
| <b>Capítulo 6 integración de teoría y praxis en la nueva scientia iuris</b> | <b>238</b> |
| 6.1 Congruencia sistémica de los elementos del derecho                      | 241        |
| 6.2 Unificación de la teoría del derecho                                    | 242        |
| 6.3 Integración de los subsistemas jurídicos                                | 243        |
| 6.4 Derecho y entropía social negativa                                      | 250        |
| <br>  |            |
| <b>CONCLUSIONES</b>   | <b>254</b> |
| <br>  |            |
| Bibliografía  | 266        |
| Hemerografía  | 270        |
| Fuentes digitales   | 272        |
| <br>  |            |
| Anexos  | 273        |





## INTRODUCCIÓN

Partiendo del análisis de las sociedades postmodernas se denota la crisis de la idea de certeza –de la ilustración en la modernidad- instaurada en las ciencias, las instituciones y la vida cotidiana tanto social como particular; situación de la cual no se exceptúa el derecho, que es objeto de cuestionamiento tanto desde un punto de vista teórico en cuanto a su científicidad como desde la perspectiva práctica respecto de su eficacia.

En este sentido se plantea en calidad de hipótesis, que ambos cuestionamientos –estrechamente relacionados entre sí- son provocados por deficiencias epistemológicas *ab origen* en la ciencia del derecho. Las limitaciones epistemológicas de la ciencia del derecho provocan una visión atomizada del fenómeno jurídico y en consecuencia una teoría del derecho parcial -en el mejor de los casos- incapaz de describir la naturaleza, genealogía y teleología del fenómeno jurídico; la teoría parcial del derecho suscita a su vez una práctica del derecho caracterizada por la ineficacia de los sistemas jurídicos, es decir la incapacidad para cumplir con sus fines en la esfera fáctica.

La consecuencia de la ineficacia –incapacidad para la consecución de los fines- de los sistemas jurídicos implica por una parte la concepción de injusticia en las sociedades contemporáneas y riesgos para la continuidad de la civilización y sus instituciones a nivel global que parecen materializarse en la amenaza de la constitución de poderes fácticos supranacionales basados en el totalitarismo. En esta óptica y en el contexto de la debacle de lo que denomina mito de la sociedad racionalmente organizada en torno de la Ley, el sociólogo francés Alain Touraine se cuestiona acerca de la viabilidad futura de la sociedad global inquiriendo sobre la posibilidad de que coexistan en la globalidad civilizaciones disímbolas en ausencia de un sistema jurídico eficiente.

A nivel particular se busca demostrar que la deficiencia epistemológica de la ciencia del derecho se sitúa en el paradigma racionalista de la ciencia y en su concepción de verdades unívocas, susceptibles de ser reducidas a leyes nomológicas gobernadas por el principio de causalidad, pretendidamente universales e inmutables susceptibles de ser axiomatizadas. Se sostiene que la concepción axiomática del conocimiento implica a su vez una metodología basada en la lógica deductiva que presupone racionalidad absoluta reduccionista.

Asimismo se tiene por objeto evidenciar que la concepción racionalista de la ciencia fue trasladada a la epistemología del positivismo, que agregó la idea de objetividad científica entendida como la superación





de las ideas metafísicas relacionadas con la noción de subjetividad mediante la lógica dicotómica –y excluyente- de opuestos (en la que o bien se es subjetivo u objetivo pero evidentemente no ambas), que caracterizó al método experimental de las ciencias exactas trasladado al ámbito de las ciencias sociales y por supuesto de la ciencia del derecho.

En el ámbito de las ciencias jurídicas, el positivismo formalista en seguimiento a los cañones de ciencia del racionalismo y del positivismo conformó una noción de ciencia del derecho fragmentaria, que en su afán de cumplir con los cánones de la instauración de leyes nomológicas, universales e inmutables y la concepción de objetividad del positivismo, generó una brecha creciente entre la teoría parcializada del derecho y la praxis jurídica como consecuencia de privar al estudio del derecho del contenido axiológico: la dicotomía norma hecho, que explica la disociación también dicotómica entre teoría y práctica que constituye el origen del cuestionamiento teórico científico y práctico del derecho

Esta circunstancia es nítidamente perceptible en la teoría del derecho de Hans Kelsen. El jurista austriaco fue influenciado por el círculo de Viena que planteaba que las verdades científicas mantenían la forma de proposiciones fácticas o proposiciones formales. Ante la evidencia de que los hechos (proposiciones fácticas de las ciencias sociales) no se comportaban como leyes nomológicas Hans Kelsen emula en un plano formal el principio de causalidad mediante su principio de imputación que obedece a la lógica causalista Si A entonces B, que evidencia el sustrato racionalista y axiomático de su pensamiento y más aún; acatando la neutralidad axiológica de las ciencias positivizadas despoja de todo contenido valorativo al estudio del derecho y a su práctica; de modo que la dicotomía norma hecho se traduce en un distanciamiento entre teoría y praxis del derecho con la consecuente bipolaridad dicotomizada del carácter descriptivo del derecho en relación al carácter prescriptivo (imposible sin referente axiológico). Por este motivo, Víctor Hugo llama a resolver la confrontación entre hecho y derecho atendiendo a la ineficacia a la que conduce, como en términos teóricos sugieren Jürgen Habermas en facticidad y validez o Ronald Dworkin en el imperio de la justicia.

La evidencia de esta circunstancia resalta en los juicios de Nuremberg, poniendo en evidencia la forma en que el pensamiento axiomatizado del iuspositivismo no solo no puede evitar la arbitrariedad sino que conlleva a nulificar la eficacia del derecho en la consecución de sus fines.

En esta tesitura de crisis teórico práctica del derecho –conforme a la noción de suyo dialéctica de cambio paradigmático de Kuhn- se plantea la necesidad de una nueva base epistemológica en la teoría de sistemas para superar la atomización del conocimiento jurídico debido al método axiomático del



positivismo y generar una nueva ciencia del derecho a través de un modelo de sistema abierto para explicar el fenómeno jurídico permitiendo dos objetivos:

- a) En primer término superar la atomización de los diversos dominios del conocimiento jurídico (filosofía del derecho, sociología jurídica, dogmática jurídica) como condición para generar una ciencia del derecho con enfoque holístico de conjunto. Con esta finalidad es preciso replantear el pensamiento dicotómico de la lógica deductiva presente en el racionalismo a partir de la propuesta de dialéctica sin síntesis de François Ost, pues superando la dicotomía se resuelve el reduccionismo axiomático, y de esta forma la lógica deductiva puede ser sustituida por otra de tipo difuso (plausibilidad), sustentada en la teoría de los juegos (orientada a la determinación de la mejor alternativa de resolución de conflictos) y de contingencias (situacionalmente planteada).

Esto como condición para replantear el estudio de la subjetividad en la ciencia del derecho y reinstaurar el análisis axiológico en el derecho tanto como ciencia como en términos de práctica mediante una teoría integral del derecho que comprenda en forma simultánea un enfoque descriptivo y prescriptivo.

- b) El otro objetivo es replantear la naturaleza, genealogía y fin teleológico del derecho como sistema sobre el modelo de sistema abierto –contrario a la concepción axiomatizada- evidenciando que es un fenómeno complejo caracterizado por el trinomio racionalidad-organización social-derecho, como en efecto señalan los autores de las teorías tridimensionales del derecho que ya proponen considerar estas tres dimensiones. El modelo de sistema abierto permite plantear bases comunes a estas tres dimensiones y considerarlas no por separado sino en forma simultánea y congruente.

Con ello se persigue que la práctica (dogmática jurídica que guía la práctica del derecho en supuesta ausencia axiológica) encuentre sustento en la ciencia del derecho y se transforme hacia la eficacia de los sistemas jurídicos, superando la racionalidad absoluta en el pensamiento y práctica jurídica que conduce *in extremis* a la irracionalidad del absurdo -conocido en el ámbito jurídico como juicios salomónicos- a la que se refiere Jon Elster. Mediante la fundamentación científica de la teoría del derecho Dúctil de Gustavo Zagrebelsky y su concepto de ductilidad axiológica es factible sustentar una teoría de la decisión judicial basada en la hermenéutica de la teoría de la argumentación como sostiene Michel Taruffo para la impartición de justicia y en general para el ejercicio de la profesión jurídica y de esta manera superar las deficiencias congénitas de la ciencia, teoría y praxis del derecho hacia la



eficacia de sistemas jurídicos versátiles y eficaces en las sociedades dinámicas de la postmodernidad, como condición para que sea factible un derecho global de los derechos como sugiere Mireille Delmas – Marty, base para una civilización global que evite que los conflictos sociales se diriman mediante totalitarismo o conflagraciones.

### Estructura de la investigación

En principio se exponen los paradigmas epistémicos y los fundamentos metodológicos que sustentan la investigación así como el entorno teórico-conceptual en que se desarrolla y la justificación de su elección. En este caso la concepción holística de la teoría de sistemas y su correlativa metodología transdisciplinaria.

La investigación se divide en forma general en dos partes: la primera ciertamente diagnóstica tendiente a demostrar la ineficacia práctica de los sistemas jurídicos conceptualizados y constituidos sobre positivismo jurídico formalista en razón de su insuficiencia teórica, epistemológica, metodológica y científica; y la segunda propositiva orientada a encontrar y sustentar vías de solución en una nueva metodología orientada a la unificación de la teoría del derecho: la nueva *scientia iuris*. Los capítulos se presentan ordenados y concatenados por criterios lógico-cronológicos no necesariamente lineales; cada capítulo consta de una sucinta presentación introductoria de los puntos sobre los que versara, expuestos conforme a los imperativos de la investigación, así como la exposición puntual de las hipótesis, su vinculación y en su caso demostración.

En un *preámbulo* se exponen las particularidades epistemológicas de la teoría general de sistemas, el modelo de sistema abierto como instrumento isomórfico que permite la transdisciplinariedad como superación de la visión analítica y atomizante en las ciencias. Se abunda en el carácter del modelo como sustituto de la experimentación con sustento en disciplinas como la cibernética para justificar el método de análisis de sistemas confrontado con la epistemología del positivismo (Katrina s. Rogers) reduccionista, analítica y atomizante del conocimiento jurídico. Así como los acercamientos de esta concepción epistemológica a las ciencias sociales, y en particular al derecho a través de la teoría de sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann.

El *primer apartado* expone como la idea paradigmática de certeza de la ilustración en la modernidad ha entrado en crisis en las ciencias y en particular en el derecho desde el doble cuestionamiento a la científicidad de la teoría del derecho y a la ineficacia de los sistemas jurídicos. El cuestionamiento teórico



lo sustenta la teoría de la complejidad del derecho de François Ost y Michael Van de Kerchove que plantea que la ciencia del derecho tradicional carece de instrumentos para visualizar al derecho como fenómeno complejo, como fuente de incertidumbre y no de certeza; por su parte Michael Hardt y Antonio Negri exponen como existe una ineficacia de los sistemas jurídicos concebidos solo formalmente que acerca a la humanidad a regímenes totalitarios que no aseguran la continuidad de la civilización. Conforme a esta noción se expone el reclamo de la sociedad global de un régimen democrático que Mireille Delmas Marty plantea como un sistema supranacional jurídico: el derecho de los derechos.

El *segundo apartado* se orienta a evidenciar la forma en que se fue perfilando el modelo de ciencia del positivismo jurídico -en etapas- resaltando el concepto de revolución paradigmática en Thomas Kuhn. En primer lugar se plantea la concepción de método único del racionalismo su intención de arribar a verdades unívocas absolutas para generar leyes –universales-y axiomatizarlas conforme a la lógica deductiva; en un segundo momento se plantea como el racionalismo subyace en el positivismo y agrega la concepción de objetividad de la ciencia; mismas que se retoman íntegramente en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen evidenciando como los imperativos científicos de la concepción racionalista positivista conducen a Hans Kelsen al formalismo jurídico y a la dicotomía norma/hecho en ausencia de contenido axiológico, fundando la disociación teoría práctica. Se enfatiza la forma en la que la dicotomía norma hecho permite desvirtuar la función de la ficción jurídica, lo que permite convertir a la teoría pura del derecho en una tautología axiológica justificante de ideologías.

El *tercer apartado* trata la crisis del positivismo jurídico evidenciando como conduce por una parte a la ineficacia práctica como resultado de la lógica absoluta que presume el racionalismo detallando como se originan absurdos por esta circunstancia en el pensamiento axiomático, que obstaculizan los fines del derecho y conducen a la percepción de injusticia como base del cuestionamiento a la científicidad de la teoría del derecho y a su ineficacia práctica, lo que sustenta la necesidad de replantear la base epistemológica y metodológica de la ciencia del derecho, la teoría del derecho y la concepción del fenómeno jurídico.

El *cuarto apartado* – expone la aplicación del modelo isomórfico de sistema abierto –conforme a la teoría general de sistemas - a la explicación del fenómeno jurídico. Detallando la relación entre universalidad del fenómeno jurídico y temporalidad de la ley en forma dialéctica en términos de la necesidad sistémica de organización social sustentada en normas racionalmente establecidas pero en términos de racionalidad limitada, es decir contextualmente establecidas como respuesta a las transformaciones de las dinámicas sociales; de modo que se mantiene un equilibrio pero dinámico en el cual la subjetividad



constituye la base de una lógica difusa que permite discernir entre distintos cursos de acción para mantener el equilibrio. La subjetividad es pues un elemento vital del fenómeno jurídico que no se puede omitir.

El *quinto apartado* –sobre la base del modelo isomórfico de sistema abierto- puntualiza la forma en que es congruente con este modelo una epistemología basada en la teoría de sistemas como superación de la atomización del saber jurídico, como condición para la unificación del conocimiento jurídico en una concepción holística: la nueva *scientia iuris*, ciencia aplicada al diseño y corrección de los sistemas jurídicos (donde los dominios del conocimiento jurídico no se enfrenten entre sí), condición para replantear una teoría integral del derecho (es decir prescriptiva-descriptiva), que reformule la práctica jurídica (dogmática jurídica) sobre la concepción no polarizante de François Ost y Michael Van de Kerchove como sustento a la teoría del estado constitucional de Gustavo Zagrebelsky, su relatividad axiológica situacional y la hermenéutica como metodología de la praxis jurídica orientada a la toma de decisión. Afecto de subsanar la ineficiencia de los sistemas jurídicos en la modernidad.

*El sexto apartado* se refiere a la forma en que la epistemología y metodología transdisciplinaria de sistemas, sobre el modelo de sistema abierto isomórfico integran la nueva ciencia iuris con la teoría integral del derecho del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky en una teoría científicamente sustentada – en la teoría de los juegos y de contingencias- con aplicaciones prácticas de orden prescriptivo útil en el diseño de los sistemas jurídicos, demostrando que existe congruencia sistémica bajo este enfoque de los distintos dominios del conocimiento jurídico (ciencia del derecho, filosofía del derecho, sociología y dogmática jurídica) como precondition para que las distintas concepciones del derecho comparado se integren hacia el derecho común global que plantea Mireille Delmas Marty a efecto de garantizar mediante la nueva concepción del derecho y su factibilidad teórico práctica la civilización a escala planetaria.

Finalmente se exponen las conclusiones más relevantes concatenando cada uno de los apartados en forma integral y sistemática.



## FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS Y METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Partiendo de la consideración de que toda investigación debe sustentarse necesariamente en una concepción epistemológica y por ende metodológica es pertinente evidenciar los lineamientos que se han seguido al respecto en la investigación en curso.

Es de trascendental importancia tener presente que existen distintos paradigmas que dan origen a sistemas epistemológicos diferentes y por extensión a metodologías de investigación diversas. En el caso de la investigación acerca de las implicaciones de la verdad legal en la impartición de justicia se parte de la teoría general de sistemas que en términos epistemológicos plantea en forma general:

- I) Que la división del conocimiento en campos perfectamente delimitados de ciencia es artificial siendo una simplificación abstracta de una realidad caracterizada por fenómenos complejos que constituyen un continuo en la realidad propiamente fáctica.
- II) Que dada la interrelación de los fenómenos, debe superarse la atomización del conocimiento mediante una metodología multi, inter y transdisciplinaria en el entendido de que la realidad es un todo continuo e interrelacionado.
- III) La interrelación entre los fenómenos da lugar a fenómenos complejos.

En este sentido se expresa el teórico de las ciencias sociales Idalberto Chiavenato, quien en referencia al enfoque de sistemas en las ciencias sociales plantea claramente el carácter integral de la teoría en el ámbito de la epistemología como un planteamiento capaz de trascender las fronteras de las distintas ciencias desde una concepción holista de las mismas, en contraposición con la idea difundida de que las ciencias y su campo de estudio se encuentran perfectamente delimitados y diferenciados entre sí; al respecto plantea<sup>1</sup>:

En los años cincuenta el biólogo alemán Ludwing Von Bertalanffy elaboró una teoría multidisciplinaria capaz de trascender los problemas exclusivos de cada ciencia, y de proporcionar principios (sean

---

<sup>1</sup> Chiavenato, Idalberto, *Introducción a la teoría general de la administración*, Mc Graw Hill, 5ª Edición, México, 2002, Pág. 697



físicos, biológicos, psicológicos, sociológicos, químicos, etc.) y modelos generales para todas las ciencias involucradas, de modo que los descubrimientos efectuados en cada ciencia puedan ser utilizados en las demás. Esta teoría interdisciplinaria –denominada teoría general de sistemas– demuestra el isomorfismo de las diversas ciencias, permite mayor aproximación entre sus fronteras y llena los espacios vacíos (espacio en blanco entre éstas)

Asimismo sobre la naturaleza holística de la teoría general de sistemas el citado autor plantea que es consecuencia natural del enfoque de sistemas como acercamiento al campo de estudio, en el entendido de que los sistemas se encuentran necesariamente en interacción unos con otros, lo cual evidentemente ocurre con los diferentes objetos de estudio de las ciencias y con las ciencias mismas, en términos del autor en comentario<sup>2</sup>:

“Dicha teoría es totalizante: los sistemas no pueden entenderse plenamente mediante el análisis aislado y exclusivo de cada una de sus partes. Este enfoque se basa en la comprensión de la dependencia recíproca de todas las disciplinas y en la necesidad de integrarlas”

Estas consideraciones que resumen escuetamente los postulados del paradigma epistemológico de sistemas, hacen patente el fundamento epistémico que aboga por una concepción no atomizada del conocimiento por una parte y en congruencia con este postulado plantea una metodología caracterizada por una óptica multidisciplinaria, interdisciplinaria y transdisciplinaria; tal enfoque sustenta la presente investigación por cuestiones de congruencia ante el indiscutible carácter complejo y multidimensional del fenómeno jurídico, que de otra forma no podría ser estudiado en su totalidad sino solo parcialmente.

Como detalla claramente Chiavenato, la concepción epistemológica de sistemas plantea resolver las limitaciones epistémicas que suscitaba el paradigma de ciencia vigente a comienzos del siglo XX (racionalismo y positivismo) en tres aspectos negativos y específicos a saber: el reduccionismo, el pensamiento analítico y el mecanicismo; proponiendo la sustitución de este enfoque por una concepción expansiva del conocimiento, sintética y teleológica propia de la teoría general de los sistemas en contraposición con el paradigma del iluminismo (era moderna).

---

<sup>2</sup> Op. Cit.



Esta situación puede fácilmente comprenderse mediante la comparación de los rasgos característicos de cada enfoque en el siguiente esquema.

| Esquema comparativo                |                       |
|------------------------------------|-----------------------|
| Paradigma racionalista             | Paradigma de sistemas |
| Paradigma racionalista-positivista | Paradigma de sistemas |
| Reduccionismo                      | Expansionismo         |
| Pensamiento analítico              | Pensamiento sintético |
| Mecanicismo                        | Teleología            |

Coincide con Idalberto Chiavenato la experta Katrina S. Rogers, investigadora de Ciencias Sociales en la Universidad de California en San Francisco al señalar en forma concreta que la idea de disciplinas atomizadas fue ampliamente difundida durante el siglo veinte en aras de una extrema especialización que no consideró la importancia del enfoque interdisciplinario que se deriva de una concepción holística de la ciencia (es decir de conjunto), asimismo no duda en señalar que tal concepción atomizada de la ciencia deriva de lo que denomina como epistemología del positivismo<sup>3</sup>:

“Weaving philosophy and political science together is an important task, and one that requires the acceptance that interdisciplinary work can be insightful. The trend towards specialization, which is pandemic in twentieth century universities, has its origins in the history of western world academics and is a consequence of the atomistic qualities of positivist epistemologies”

<sup>3</sup> Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century*, San Francisco state University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996, preface, pág. xxvi





Katrina S. Rogers no solo identifica la epistemología del positivismo como la causa de la especialización y la atomización en las ciencias durante el siglo XX, particularmente en las ciencias sociales y por supuesto la denominada ciencia del derecho, sino que puntualiza además que es la resultante de las “cualidades” atomísticas del positivismo, entre tales cualidades que más bien características, se señala el reduccionismo que priva en la perspectiva del positivismo, de acuerdo con la autora<sup>4</sup>:

The pervasiveness of the socialization to the positivist tradition in political sciences poses three challenges for the presentation of new ways of interpreting political and social events. First, are the reductionist tendencies which accompany positivism as an epistemology. In its reductionism, positivism assumes that ideas can be simplified, either to a less formidable exegesis or to less complex system. That is not to say that academia demands that we speak to the lowest common denominator, but it suggests that we should and pressures us to do so

#### *La manipulación del objeto de estudio*

Como se desprende de la cita previa, la concepción positivista de la ciencia presupone que los fenómenos pueden ser simplificados hasta su mínima expresión. Si como apunta la teórica de la epistemología de las ciencias sociales antes citada, el reduccionismo en el positivismo se orienta a tratar de reducir los fenómenos a su mínima expresión, simplificando incluso artificialmente los eventos en estudio; es evidente que tal óptica implica manipular deliberada o inconscientemente el estudio de los fenómenos y/o eventos de interés; y puede conducir a distorsiones importantes y trascendentes en las ciencias sociales en su conjunto y por extensión a la ciencia del derecho y en tal entendido conducir a una incorrecta comprensión del fenómeno jurídico.

En este sentido, la elección de este paradigma epistemológico y la metodología transdisciplinaria que representa se justifica; con ello se persigue superar las simplificaciones reduccionistas y las limitaciones de sistemas epistemológicos anacrónicos ya rebasados en la actualidad, toda vez que la citada concepción

<sup>4</sup> Ver la idea del reduccionismo del positivismo en Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century*, San Francisco State University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996, preface, pág. xxvii



epistemológica de sistemas fue diseñada *ex professo* para atender a fenómenos de carácter complejo que escapan a las posibilidades de los tradicionales marcos epistemológicos, teóricos y conceptuales desde esta óptica plenamente superados, que se limitan a estudiar un objeto desde una sola perspectiva – necesariamente parcial- como se sostiene ha ocurrido con el estudio del derecho.

### *La atomización en el estudio del derecho*

En efecto, el conocimiento jurídico se encuentra atomizado: por una parte se habla de la filosofía del derecho, por otra de la ciencia del derecho y la teoría del derecho, la dogmática jurídica, y por su parte de la sociología jurídica y la antropología jurídica entre otras; como campos inconexos y hasta opuestos. En este orden de ideas se plantea que el paradigma de sistemas con su carácter holista puede representar una opción viable para trascender la sobre especialización del conocimiento jurídico, pues muy probablemente en esta atomización del saber en el área del derecho subyace parte importante de las deficiencias teóricas más notables que bien pueden obviarse desde la perspectiva de sistemas; e incluso aspirarse sobre esta base holista a la concepción de una teoría integral del derecho tal y como propugna Rudolf Stammler<sup>5</sup>:

La misión de una teoría del derecho y el estado es pues encontrar lo que en el derecho y el estado tiene validez general... Al querer dar el método uniforme para la apreciación de fenómenos jurídicos... La historia de los esfuerzos en dicho sentido acompaña la evolución general del pensamiento teórico. Estos esfuerzos alcanzan su cúspide en la antigüedad en la filosofía griega, los elabora la jurisprudencia romana de un modo más intuitivo y la escolástica de la edad media separa las consecuencias de sus principios generales. La edad moderna ofrece una cadena ininterrumpida de tentativas de elaborar el pensamiento fundamental unitario de todo derecho posible y coordinar a éste con la normalidad de nuestra existencia en general

En el contexto de la teoría de sistemas se desarrolla el marco teórico y conceptual de la presente investigación, con la intención de hallar en ella el sustento epistémico- metodológico que factibilice el acercamiento a un conocimiento más general del derecho en la búsqueda de una teoría integral del derecho; cuyos fundamentos se exponen en forma más detallada en un apartado propio, previo análisis de la teoría general de sistemas y sus conceptos más elementales.

---

<sup>5</sup> Stammler, Rudolf, *Modernas teorías del derecho y del estado*, Vol. 8, Oxford University press, México, 2000, pág. 2

## LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS DE LUDWING VON BERTALANFFY

Como se ha venido sosteniendo previamente, la teoría general de sistemas parte de la consideración de que no basta “analizar” el objeto de estudio para comprenderlo, es decir que no es suficiente descomponer el fenómeno u objeto (pensamiento analítico<sup>6</sup>); sino que es preciso estudiar las relaciones que guarda con su entorno, consecuentemente resulta inadecuada una metodología que tienda a la sobre simplificación de la realidad al tratar de estudiar en forma aislada al objeto de estudio respecto de su entorno circundante y a los elementos que los componen entre sí, como si éstos no guardaran ninguna relación entre unos y otros.

### *Paradigmas nuevos*

Desde la óptica de Von Bertalanffy, la epistemología de la ciencia producida por la teoría general de sistemas es producto de las propias necesidades de investigación científica y de las limitaciones del paradigma vigente desde principios del siglo XX – el racionalismo y positivismo- en lo relativo a la comprensión cabal e integral de los fenómenos en estudio; que abordados desde el paradigma epistemológico racionalista-positivista solo son parcialmente estudiados. El propio Bertalanffy expone como planteamiento en su obra “teoría general de sistemas” (*théorie générale des systèmes*) que el enfoque epistémico de sistemas constituye un cambio paradigmático en el sentido de la dinámica de las revoluciones científicas planteada por Thomas Kuhn, teórico autor de la estructura de las revoluciones científicas, quien en esta lógica apela a la historia de la ciencia para caracterizar la estructura de las revoluciones en el pensamiento científico como transformaciones paradigmáticas en los siguientes términos<sup>7</sup>:

... La ciencia normal suprime frecuentemente innovaciones fundamentales, debido a que resultan necesariamente subversivas para sus compromisos básicos. Sin embargo en tanto esos compromisos conservan un elemento de arbitrariedad, la naturaleza misma de la investigación normal asegura que la innovación no será suprimida durante mucho tiempo...

---

<sup>6</sup> Nota Bene. La concepción analítica implica la división del objeto de estudio en las partes que lo componen sin atender a las relaciones que se suscitan entre tales partes.

<sup>7</sup> Kuhn, S. Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 15ª Edición, FCE, México, 1999, Pág. 27



... La ciencia normal se extravía repetidamente. Y cuando lo hace –o sea, cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas- se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica de la ciencia. Los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales son los que se denominan en este ensayo revoluciones científicas.

Es decir que la teoría general de sistemas implica una revolución en el pensamiento científico y su postulado central cuestiona el paradigma epistémico del siglo XIX y XX del racionalismo, proponiendo un nuevo paradigma<sup>8</sup> que resuelva aquellos aspectos no abarcados por el antiguo paradigma: la simplificación artificial, la especialización y la atomización del conocimiento, pues retomando a Kunh la limitación que el racionalismo no ha podido superar es su incapacidad de abordar integralmente los objetos de estudio y no solo en forma aislada y parcial.

El autor de la teoría general de sistemas insiste en que el enfoque de sistemas constituye una innovación en lo relativo a la epistemología, esto es al planteamiento de estudio de los fenómenos desde una óptica científica, innovación susceptible de crear un modelo teórico tendiente a emplearse en diferentes disciplinas dados los isomorfismos existentes entre las propias ciencias. *Ludwing Von Bertalanffy dixit*<sup>9</sup>:

*Il y a une trentaine d'années que j'énonçai le postulat et lançai le terme même de « théorie générale des systèmes » Depuis lors, sous ce nom ou sous des nom analogues cette théorie a été reconnue comme une discipline; cours universitaires, textes, livres revues, séminaires, groupes de travail, bureaux, tout l'assortissement qu'on peut trouver dans une domaine académique d'enseignant et recherche. Le postulat d'une science nouvelle que j'avais présenté est devenu une réalité...*

*Je me fondais sur des nombreux développements qui seront présentés dans le livre. Le point de vue Systémique a pénétré un grand nombre des domaines scientifiques et technologiques, il s'est montré indispensable. Ceci accru du fait qu'il représente un nouveau paradigme dans*

<sup>8</sup> Para Kunh, paradigma es el postulado central que preside un determinado sistema gnoseológico o epistémico.

<sup>9</sup> Bertalanffy, Von Ludwing, *Théorie générale des systèmes*, Dunod, Paris 1973.



*la pensée scientifique (selon l'expression de Thomas Kuhn), a pour conséquence que le concept de système peut se définir et se Développer de différentes manières, selon les objectifs recherche et selon les aspects divers de la notion que l'on désire refléter*

Ludwing Von Bertalanffy establece que el carácter holístico de su teoría descansa en los modelos de sistemas cuyas propiedades isomórficas permiten que el modelo de sistema se defina y contextualice para cada disciplina.

### *Transdisciplinariedad*

La teoría general de sistema como nuevo paradigma científico sustenta una metodología multi, inter y transdisciplinaria<sup>10</sup> mediante los denominados isomorfismos entre las distintas ciencias; o dicho en otros términos permite tender puentes entre diferentes disciplinas sin caer en un eclecticismo metodológico y de esta forma evitar un sincretismo por cuanto hace al método.

En este contexto resulta factible plantear el estudio de los objetos a partir del modelo teórico de sistema - evidentemente el derecho no es la excepción-, que en cierto sentido es el postulado central de la teoría de sistemas y por tal razón se expondrán sucintamente los conceptos de sistema, su clasificación y conceptos correlativos a efecto de señalar en forma genérica los principales conceptos y postulados de la referida teoría general de sistemas.

### *Modelos experimentales y experimentación*

---

<sup>10</sup> Ver. Ost, François y Van de Kerchove, Michael, *Possibilités et limites d'une science du droit*, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, n°1, 1978, p.1-39. La multidisciplinaria se refiere al estudio de un fenómeno desde la perspectiva de múltiples disciplinas y no desde una sola perspectiva, la interdisciplina implica que el fenómeno además de ser estudiado por múltiples disciplinas, sea estudiado en forma conjunta conforme a los lineamientos metodológicos de cada una de las disciplinas concurrentes; por su parte la transdisciplinariedad implica el establecimiento de metodologías comunes aplicables desde diferentes campos científicos.



Los isomorfismos que plantea Bertalanffy, como claramente lo señala su nombre, son estructuras generales y comunes, presentes en las diversas disciplinas que pueden ser empleadas en diversos campos del conocimiento y como vínculo de comunicación entre una disciplina y otra; es decir que sustentan la interdisciplinariedad y más aun la transdisciplinariedad. Estos isomorfismos han posibilitado la generación de un modelo teórico básico aplicable a diversas ciencias indistintamente: el modelo de sistema. Previo al estudio del modelo isomórfico de la teoría general de sistemas, es conveniente abundar sobre lo que representa un modelo para la metodología de las ciencias y su imperativo experimental.

Los modelos son reproducciones que permiten en ciertas condiciones y con cierto grado de confiabilidad sustituir la experimentación acerca de fenómenos tan complejos que su reproducción en laboratorio cuando no deviene incosteable es simplemente infactible; para estos efectos se ha constituido la modelización en sustitución o complementación de la experimentación, inclusive en ciencias exactas tradicionalmente nomológicas y experimentales como la física.

La modelización permite recrear condiciones, que en ocasiones no es posible desarrollar mediante los métodos de experimentación tradicionales, sea por la dificultad o imposibilidad de reproducir el fenómeno o por los altos costos que conllevan la ejecución de ciertos experimentos; si bien la experimentación en base a modelos (reproducciones matemáticas y/o lógicas o bien esquemáticas conceptuales de la realidad) es una práctica frecuente en distintas áreas de investigación, aun resultan prácticamente desconocidos en el ámbito jurídico, con excepción de aquellos exclusivamente conceptuales, los modelos entonces pueden conceptualizarse en términos de Koutsoyiannis<sup>11</sup>:

Un modelo es una representación simplificada de una situación real. Incluye las principales características de la situación real que representa. Un modelo implica una abstracción respecto de la realidad, la cual se obtiene mediante un conjunto de hipótesis significativas y coherentes, que tienden a la simplificación del fenómeno o pauta de comportamiento que el modelo está destinado a estudiar. El grado de abstracción depende del fin para el que se construya el modelo. La elección de la serie de supuestos en un caso particular debe hacerse con sumo cuidado, a fin de que sean coherentes, tengan el mayor realismo posible y alcancen un grado razonable de generalidad

---

<sup>11</sup> Koutsoyiannis, A., *Macroeconomía moderna*, Amorrortu, Buenos Aires, 1985, Pág. 21



De igual modo advierte el autor sobre la necesidad de modelar -reproducir a través de modelos- situaciones que por su intrincada naturaleza y extrema complejidad serían prácticamente imposibles de abarcar desde la experimentación empírica debido a la vastedad de sus dimensiones y la multiplicidad de causas que convergen en los mismos, como es el caso de los fenómenos complejos<sup>12</sup>:

La abstracción es necesaria dado que el mundo es extremadamente complejo y cualquier intento de estudiarlo en su verdadera forma conduciría a un análisis de inmanejables dimensiones... Un modelo se puede construir en diferentes niveles de agregación, detalle y sofisticación, según cual sea su propósito. Dos son los principales fines para los que se construye un modelo: el análisis y la predicción

Puede concluirse pues que los modelos sustituyen a la experimentación empírica en el estudio de fenómenos que por su complejidad no solo no pueden ser reproducidos en laboratorio sino que además deben abordarse en acercamientos sucesivos. La modelización es una respuesta metodológica a la complejidad de los fenómenos; complejidad que se ve acrecentada por el hecho de que los sistemas en muchos casos no presentan comportamientos estáticos, es decir que cambian, se transforman en el tiempo.

*El modelo básico de sistemas: una concepción dinámica.*

En su obra “Ecología y manejo de recursos naturales: análisis de sistemas y simulación” Grant, Marin y Petersen se adentran a la simulación (de modelos) en el área de sistemas, explicando sus aplicaciones para modelos dinámicos, es decir sobre sistemas abiertos que están por lo tanto en constante cambio<sup>13</sup>:

“Simulación es el uso de un modelo para imitar, o describir paso a paso, el comportamiento del sistema que estamos estudiando. Los modelos de simulación están compuestos de una serie de operaciones aritméticas y lógicas que, en conjunto representan la estructura (estado) y el comportamiento (cambio de estado) del sistema de interés... el sistema de interés existe en diferentes momentos en el tiempo y existen reglas que rigen la forma en la cual el estado

<sup>12</sup> Idem, pág. 21

<sup>13</sup> Grant E. William et al, *Ecología y manejo de recursos naturales: análisis de sistemas y simulación*, wildlife and fisheries sciences, Texas A & M university, Collage station, Texas, United States of America, 1998, pág. 27



del sistema cambia a medida que transcurre el tiempo. Las reglas que gobiernan el cambio también pueden cambiar”

Esto significa que el modelo de sistema de Bertalanffy además de isomórfico puede, permite recrear condiciones imposibles de reproducir por gran complejidad en forma experimental y que adicionalmente estos modelos pueden reflejar la dinámica conductual del sistema reproducido; es decir no son estáticos y permiten analizar las interacciones de los elementos intra y supra sistémicos.

### *Conceptos fundamentales del modelo de sistemas*

Es indispensable tener en cuenta para las aplicaciones de la teoría de sistemas y su modelo a las ciencias sociales (incluida la ciencia del derecho y los fenómenos jurídicos); el hecho de que representan situaciones que -por definición- no son estáticas, sino que por el contrario deben contemplarse desde la perspectiva de su naturaleza cambiante; como las sociedades humanas, sus organizaciones y sistemas. Hecha esta precisión el modelo básico de sistemas se compone de las siguientes hipótesis y conceptos:

- i) sistema
- ii) sistemas abiertos y cerrados
- iii) Entropía y entropía negativa en sistemas
- iv) Homeostasis y adaptación
- v) Sinergia
- vi) Equifinalidad

**Sistema.** Conjunto de elementos dinámicamente interrelacionados entre sí, que realizan una actividad para alcanzar un objetivo, operando sobre entradas (datos, energía, materia) y proveyendo salidas procesadas.

**Entorno.** Ambiente que circunda un sistema, con el cual se suscita intercambio de energía, materia o información.





Sistemas abiertos y cerrados. El sistema abierto se caracteriza por encontrarse permanentemente en intercambio con el medio ambiente; en tanto que el sistema cerrado por el contrario prácticamente no participa de intercambio con el entorno u ambiente en que se encuentra circunscrito.

Entropía (del griego *entropē* transformación), la entropía se desprende de la segunda ley de la termodinámica<sup>14</sup> y se refiere a la pérdida de energía en sistemas aislados, que los lleva a la degradación, a la desintegración y paulatinamente a la desaparición. La entropía se relaciona con la noción de desorden (por oposición al concepto de orden), se relaciona también con el caos. La entropía negativa indica bajos niveles de entropía en los sistemas.

Sinergia. La sinergia es el fenómeno en que la conjunción de dos esfuerzos que apuntan en una misma dirección produce un resultado mayor que la suma de los resultados que se obtendrían si dichos esfuerzos operaran por separado.

Equifinalidad. Característica que define la versatilidad de los modelos de sistemas abiertos que en respuesta a las interacciones con el ambiente u entorno en que se encuentran circunscritos, logran acceder a los mismos fines mediante estrategias o comportamientos diferentes; lo cual se deriva de la tendencia de todo sistema a la conservación.

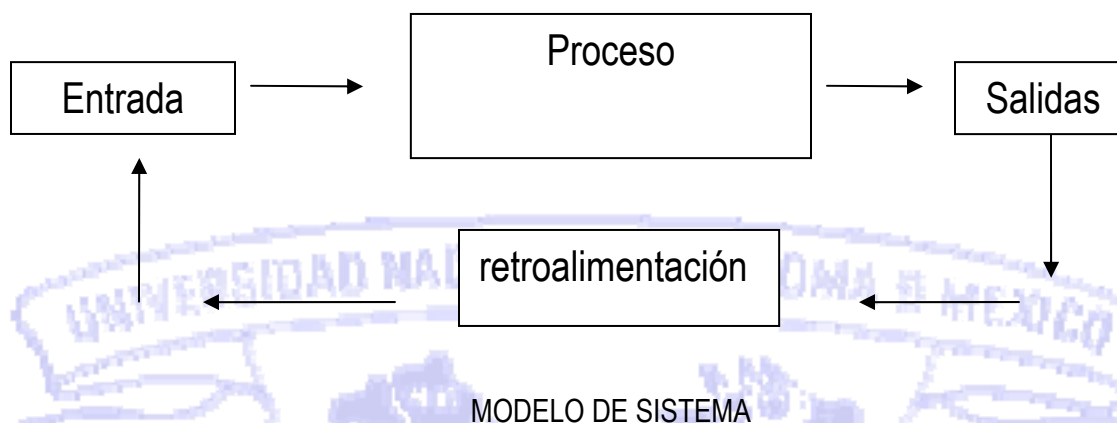
Retroalimentación. (Sistemas abiertos). La retroalimentación<sup>15</sup> es la forma en que los sistemas procesan los resultados de los procesos que tienen lugar en su interior y en su caso les permite corregirlos y aprender, es una forma de autorregulación.

Gráficamente el modelo básico o elemental de sistema abierto podría plantarse bajo la siguiente estructura, conocida como caja negra (*black box*) en la terminología del análisis de sistemas en cibernética:

---

<sup>14</sup> Nota bene. La entropía es un concepto que se origina en la segunda Ley de la termodinámica de Isaac Newton. Los sistemas poseen una energía que tiende a disiparse, lo que origina desorden en los sistemas como resultante de la pérdida de energía.

<sup>15</sup> Nota bene. Los sistemas abiertos se encuentran en interrelación con el medio circunvecino, intercambian información, energía y materia para mantener un equilibrio dinámico con un medio cambiante, de modo que la retroalimentación es la evaluación de la consecución o no de los fines del sistema.



El modelo de sistemas evidentemente se refiere a la reproducción de un sistema real cualquiera con el objeto de evidenciar su funcionamiento y sus relaciones tanto endógenas como en su caso exógenas, así como los procesos con el entorno circundante; ahora bien, estas relaciones definen el comportamiento de los sistemas, que constituye el objeto de estudio por una disciplina específica, que se encarga del estudio de las relaciones que acontecen entre diferentes sistemas: la cibernética, sobre la que es conveniente abundar para los fines conducentes de investigación.

### *Cibernética*

Los sistemas y sus interacciones -tanto internas como externas- son estudiados por la cibernética, disciplina que estudia los comportamientos de los sistemas hacia su interior como en relación con otros sistemas. Las relaciones que se establecen en los sistemas, es decir el intercambio o comunicación en y entre los diferentes sistemas, el ámbito de estudio de la cibernética evidentemente abarca el estudio de la constitución de los sistemas, el control de los procesos intrasistémicos que ocurren a su interior como exosistémicos y por supuesto los intercambios (comunicación) entre sistemas, en la concepción de W. R. Ashby<sup>16</sup>

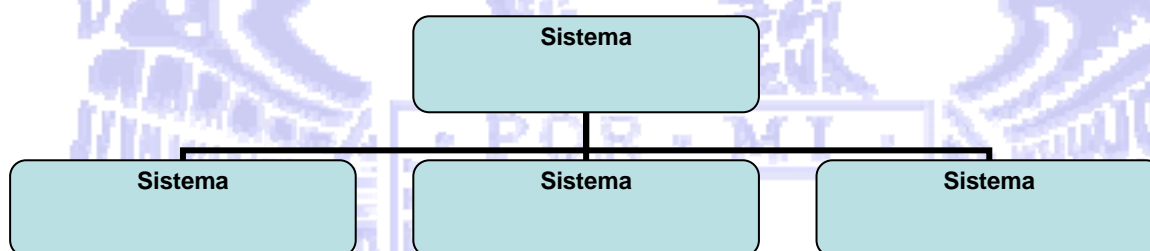
“Inicialmente las aplicaciones de la cibernética (como ciencia aplicada) se limitaron a la creación de máquinas de comportamiento autorregulable, semejantes a ciertos aspectos del comportamiento animal o humano (como el robot, el computador electrónico –denominado cerebro electrónico-, el radar –basado en el comportamiento de los murciélagos-, el piloto automático de los aviones...”

<sup>16</sup> W.R. Ashby, *Introduction to cybernetics*, New York, John Wiley and sons, Inc, 1956.



La cibernética, sostiene Grün en su obra sobre la teoría sistémico-cibernética del derecho, es la disciplina íntimamente vinculada con la teoría general de sistemas, a tal punto que autores como François la consideran inseparable de ésta, se ocupa del estudio del mando, del control, de las regulaciones y del gobierno de los sistemas. Al respecto dice Norbert Wiener<sup>17</sup>, su creador, que es el propósito de la Cibernética es desarrollar un lenguaje y técnicas que nos permitirán atacar los problemas de control y comunicación en general que acontecen indefectiblemente en los sistemas sean del tipo y características que sean.

En forma más esquemática, el objeto de estudio de la cibernética que está dado por las relaciones inter e intra sistémicas puede sintetizarse mediante el siguiente diagrama:



### *Análisis de sistemas*

Como parte del instrumental de la cibernética para el estudio de sistemas se ha desarrollado lo que se conoce como análisis de sistemas; término con el que se ha denominado a la metodología de estudio de los sistemas, en particular aquellos aspectos atinentes a la organización.

### *Principios básicos organizativos*

El análisis de sistemas parte de la consideración de que no existen sistemas en los que no se presente la organización. Como expone claramente DonYeates en su obra análisis básico de sistemas, la función del analista de sistemas tiene que ver con el conocimiento de la forma en que se integra una organización, la

<sup>17</sup> Cf. Cibernética, ciencia interdisciplinaria que trata de los sistemas de comunicación y control en los organismos vivos, las máquinas y las organizaciones. El término cibernética, que proviene del griego kybernēēs ('timonel' o 'gobernador'), fue aplicado por primera vez en 1948 por el matemático estadounidense Norbert Wiener a la teoría de los mecanismos de control. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.



forma en que se desenvuelve evolutivamente y las decisiones que se han tomado en forma histórica a efecto de diseñar sistemas que respondan a cambios en su entorno, según este autor<sup>18</sup>:

El analista [de sistemas] debe, también, conocer cómo está constituida la organización, es decir la disposición general de las partes que comprende y sus relaciones con otras organizaciones. Cuando la organización se extiende más allá de una única ubicación, el analista debe conocer la ubicación de cada una de ellas. El analista también sacará provecho de del conocimiento de la historia de la organización. Debe identificar los hitos fundamentales en su evolución y el tipo de decisiones que se han ido tomando... El analista de sistemas debe determinar si necesita estimar y predecir las condiciones del entorno para dotar de flexibilidad al sistema diseñado.

Como sostiene Don Yeates, el análisis de sistemas determina la organización de los sistemas en forma descriptiva, más no se limita a delimitar la estructura de los sistemas sino también el diseño correctivo de los mismos.

#### LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Además de que el propio autor de la teoría general de sistemas expuso que su enfoque constituye un cambio paradigmático en términos de revoluciones científicas de Thomas Kuhn, capaz de generar un modelo de estudio científico- el modelo de sistema- susceptible de ser transportado y adaptado a distintas ciencias en función del isomorfismos de las diferentes disciplinas, la factibilidad de emplear éste enfoque en las ciencias sociales ha sido firmemente sustentado.

En su obra “teoría general de sistemas” el investigador John P. Van Cigh, establece una serie de cuestiones importante en el sentido de explicar cuestiones incidentales a la aplicación del enfoque de sistemas a las ciencias sociales; particularmente al abordar el problema de la medición en el dominio propio de las llamadas ciencias sociales, a través de los planteamientos de la citada teoría general de sistemas; haciendo una

---

<sup>18</sup> Yeates, Don y Daniela, Alan, *Análisis Básico de sistemas*, Paraninfo, Madrid, España, 1991, pág. 14



distinción entre sistemas rígidos y flexibles <sup>19</sup>aplicados a la dicotomía ciencias duras o exactas en relación con las ciencias sociales en los siguientes términos<sup>20</sup>:

Al final del capítulo 3 se habló sobre la existencia de una dicotomía entre la existencia de sistemas rígidos y la teoría de sistemas flexibles. En este capítulo quisiéramos seguir esta idea en relación con las dificultades que surgen en la medición de atributos en las ciencias sociales. De acuerdo con nuestro primer estudio, los sistemas rígidos son típicamente los encontrados en las ciencias físicas y a los cuales se puede aplicar satisfactoriamente las técnicas tradicionales de método científico y del paradigma de ciencia. Los sistemas flexibles están dotados de características conductuales, son vivientes y sufren un cambio cuando se enfrentan a su medio. En la taxonomía de las ciencias descritas en el capítulo 2, los sistemas flexibles serían típicamente del dominio de las ciencias de la vida y las ciencias conductual y social.

Cuando se comparan las propiedades típicas de los sistemas rígidos y flexibles no es sorprendente encontrar que los métodos de la ciencia que se pueden aplicar en el primero, pueden no ser totalmente apropiados para el segundo. Generalmente, los sistemas rígidos admitirán procesos de razonamiento formales, esto es derivaciones lógico-matemáticas. Los datos comprobados, como se presentan en estos dominios, son generalmente replicables y las explicaciones pueden basarse en relaciones causadas probadas. Muy a menudo las pruebas son exactas y las predicciones pueden averiguarse con un grado relativamente elevado de seguridad. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de los sistemas flexibles a los cuales puede aplicarse el paradigma de sistemas. En vez de basarnos exclusivamente en métodos formales de pensamiento debemos tomar en cuenta lo siguiente:

1. Procesos de razonamientos informales, como el juicio y la intuición.
2. El peso de los datos comprobados, derivados de unas cuantas observaciones y muy poca oportunidad de réplica.

---

<sup>19</sup> Nota Bene. La distinción entre sistemas flexibles y rígidos corresponde a la clasificación de sistemas entre sistemas abiertos y cerrados en la teoría general de sistemas.

<sup>20</sup> Van Cigh, P Jonh, *Teoría general de sistemas*, 2ª Edición, Trillas, México, 1987. Pág. 196



3. Las predicciones basadas en datos comprobados endebles más que en explicaciones.
4. Mayor discontinuidad de dominio y la importancia del evento único.

De la cita antes reproducida se puede concluir que los problemas de medición que se presentan en las ciencias sociales no son un obstáculo para la aplicación de la teoría general de sistemas en estos campos del conocimiento y que estos problemas se deben a la naturaleza propia de los sistemas flexibles que constituyen su objeto de estudio; cuya complejidad es mayor a los sistemas cerrados o rígidos. Este punto es de trascendental importancia y se retomará en lo sucesivo, toda vez que especifica que existen fenómenos de tipo determinista completamente dominados por el principio igualmente determinista de causa y efecto que obedece a un lógica lineal; así como otros de carácter estocástico que no obedecen al principio de causa-efecto en razón de su complejidad; lo que en términos del autor ha dado lugar a nuevas metodologías para el estudio de fenómenos no lineales y complejos<sup>21</sup>:

Se advierte pronto al lector de confiarse demasiado en la filosofía que recomienda la transportación total de métodos de solución del dominio de los sistemas rígidos a los de los sistemas flexibles. Lo que en su lugar se defiende son nuevos métodos de ciencia específicamente diseñados y adaptados al dominio de los sistemas flexibles y abiertos. Esto involucrará la aplicación de nuevos enfoques como el del método de Delfos, La teoría de catástrofes, paradigmas de diagnóstico y modelos de decisión de atributos múltiples, entre otros, por los cuales se ha vuelto a escribir la metodología de las ciencias no exactas. Para ilustrar este desarrollo, se introduce también al lector a la teoría de conjuntos borrosos que está clasificada como metalenguaje de ambigüedad (se igualan estadísticas y teoría de probabilidad que es lo que se llama metalenguaje de incertidumbre), con lo cual se completa la trilogía que abarca el progreso del pensamiento científico y de la filosofía científica de la verdad absoluta a la probable y luego a la verdad borrosa.

En el párrafo previamente reproducido, Johnson P. Van Cigh permite tener conciencia de la forma en que la visión rígida de la ciencia ha sido substituida por una visión más adecuada a la naturaleza de los fenómenos que no son susceptibles de estudiarse desde la óptica de ciertas disciplinas relacionadas con las llamadas

---

<sup>21</sup> Idem.



ciencias duras o exactas; pues existen fenómenos que por su naturaleza intrínseca no pueden ser abordados desde esta perspectiva de rigurosidad metodológica, sin por ello comprometer la seriedad de la investigación.

En este orden de ideas resulta factible sostener que la concepción epistémica de la teoría general de sistemas y su metodología interdisciplinaria resulten asimismo aplicables al estudio de los fenómenos jurídicos como se propuso previamente con la intención de obviar limitaciones subyacentes en marcos teóricos conceptuales inadecuados para emprender el estudio del derecho como un fenómeno en forma integral, en el entendido de que es un fenómeno multidimensional y consecuentemente complejo.

### UN ACERCAMIENTO DE LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS APLICADA AL DERECHO.

Se ha expuesto sucintamente en que consiste la base epistémica de la teoría general de sistemas, así como su metodología y su aplicabilidad a las ciencias sociales y por consiguiente al derecho. De igual modo se ha sustentado la viabilidad de aplicar dicho planteamiento epistemológico al estudio del derecho y la necesidad de guiar sobre estas bases la investigación respecto de la reformulación epistemológica del derecho a efecto de evitar las limitaciones de otros esquemas teóricos y conceptuales.

En este mismo sentido coincide Ernest Grun en su teoría sistémico-cibernética del derecho al plantear las limitantes del racionalismo (paradigma científico del siglo XVIII al XX) respecto del mecanicismo, el reduccionismo y el método analítico (de descomposición en elementos más simples del objeto de estudio) y el determinismo, en los siguientes términos<sup>22</sup>:

A esta Edad Postindustrial<sup>23</sup> la precedió la Edad Industrial, o de la Máquina, (el mecanicismo) cuya visión o paradigma se basaba en dos creencias: 1º) que es posible entender completamente el mundo y 2º) que este entendimiento podía lograrse mediante el método analítico. Podemos decir que sus principios básicos son: el reduccionismo, el método analítico y el determinismo.

---

<sup>22</sup> Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho* 2ª ed. (1ª ed. electrónica) Buenos Aires, 1998. © Por la presente ed. electrónica: Roberto-Marino Jiménez Cano. Madrid, 1999.

<sup>23</sup> Nota bene. Por Sociedad postindustrial se entiende la estructura social en la que predomina el sector terciario de producción (es decir de servicios) caracterizada por un alto grado de automatización y por el desarrollo de la cibernética.



El *reduccionismo* implicaba «reducir» todo a elementos últimos, irreducibles, a partir de los cuales se explicaba luego el resto. Se pensó durante largo tiempo (desde los griegos a nuestros días) que ellos eran p. ej. En física los átomos, y más modernamente en biología la célula y en la sociedad, el individuo. Los modernos descubrimientos en todos estos campos demostraron la falsedad de la existencia de tales últimos elementos (esto resulta particularmente visible en la física moderna).

El *método analítico* método analítico consiste en desarmar en partes discretas lo que se quiere entender, tratar de explicar el comportamiento de las partes separadas y luego amalgamar el entendimiento de las partes en un entendimiento de la totalidad. Intzessiloglou dice, con respecto al derecho, que el método analítico lleva al desmantelamiento del fenómeno jurídico y concluye en una pérdida de información preciosa tanto para la comprensión del fenómeno jurídico como para su estudio operacional. Esta información no se pierde cuando se abarca el fenómeno jurídico en su totalidad, a saber cuando se lo identifica por medio del concepto de sistema.

A su vez el *determinismo* es la creencia que todos los fenómenos se explican por relaciones de causa y efecto (las causas causan que las causas causen las causas, como dice Francia). Por la causa se intentaba explicar el efecto, excluyendo cualquier incidencia del medio ambiente e ignorando que en todo fenómeno inciden multiplicidad de "causas" y no es el producto de una sola de ellas.

Este modo de pensar creaba problemas prácticamente irresolubles como la antinomia determinismo-libre albedrío y las dificultades de verificar leyes sobre la base de la causalidad, lo que implicaba tratar de crear condiciones ideales (como p. ej. la gravedad, tratando de simular un vacío absoluto de la caída de los cuerpos en un laboratorio).

Como claramente plantea Ernest Grün -coincidiendo con Idalberto Chiavenato (infra página 8)- las limitantes del paradigma científico del racionalismo generaba problemas prácticamente de imposible resolución en el ámbito jurídico, por tal motivo fue necesario adaptar la teoría del derecho a enfoques epistemológicos acordes con la problemática actual y presente prácticamente en todos los sistemas jurídicos; en particular la teoría general de sistemas y su enfoque holista de los fenómenos y de las ciencias, en particular por la complejidad que caracteriza cada vez más a los fenómenos sociales y jurídicos.





*El modelo de sistema jurídico de Niklas Luhmann*

Los acercamientos de la teoría general de sistemas al derecho se han dado a partir de la década de los años sesenta, principalmente con la obra de Niklas Luhmann acerca de los sistemas sociales y particularmente su obra acerca del sistema jurídico (el derecho de la sociedad). Luhmann parte de un modelo que él mismo señala como autopoietico, es decir que es un modelo que responde conforme a sus propios lineamientos, a su propia lógica de reproducción y por ende reacciona a estímulos externos con clausuras operacionales.

El modelo de sistema de Luhmann corresponde a un sistema cerrado o rígido, sumamente abstracto e impersonal que deja fuera del análisis un elemento esencial del fenómeno jurídico: la conducta humana<sup>24</sup>:

Un sistema autopoietico puede ser definido como una máquina organizada como una red de procesos para producir componentes, los cuales por sus continuas interacciones y transformaciones, incesantemente regenera la red de procesos destinados a producir componentes y de esta manera da a la máquina una unidad espacial definida. A diferencia de una máquina alopoietica, como por ejemplo un automóvil, en el cual el producto es diferente de sí mismo, el producto de una máquina autopoietica no es otra cosa que ella misma. Este sería el caso por ejemplo de una célula que puede ser definida por su auto-generación. Maturana, uno de los creadores del concepto de autopoiesis dice: «Sostenemos que hay sistemas que son definidos como unidades, como redes de producción de componentes que 1) recursivamente, mediante sus interacciones, generan y realizan la red que los produce; y 2) constituyen en el espacio en el que existen, los límites de esa red como componentes que participan en la realización de la red».

Un sistema autopoietico no tiene *inputs* ni *outputs*. Puede recibir *shocks* exógenos, perturbaciones, pero éstos no actúan como información que contribuya a programar al sistema, sino que solamente provocan reacciones compensadoras internas, para mantener invariable el equilibrio homeostático del sistema. Es la coherencia interna del sistema lo que determina su desarrollo. Se produce lo que se denomina «clausura operacional».

---

<sup>24</sup> Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho* 2ª ed. (1ª ed. electrónica) Buenos Aires, 1998. © Por la presente ed. electrónica: Roberto-Marino Jiménez Cano. Madrid, 1999.



La explicación de Niklas Luhmann es por demás elocuente en el sentido de plantear que un sistema autopoiético es por definición un sistema que se reproduce incesantemente, en este sentido considerar al derecho como un sistema autopoiético es necesariamente considerarlo como un sistema cerrado, o como estipula Niklas Luhmann un sistema sin inputs o outputs (sin entradas y salidas). En términos del propio Luhmann en su obra *el derecho de la sociedad*<sup>25</sup>:

El segundo cambio de paradigma es el paso de la teoría de sistemas abiertos a la teoría de la autoreferencia, paradigma que se comienza a perfilar tempranamente con los trabajos de Von Foerster respecto a la autoorganización y que conducen a la teoría de la autopoiesis, elaborada por Maturana y generalizada por Luhmann. El paradigma de sistema entorno es incorporado en el paradigma de la autoreferencia, al señalarse que la diferencia sistema entorno es un momento de autoreferencia. Los sistemas autorreferentes se diferencian de su entorno

*¿Y los sistemas abiertos no?*

Los sistemas abiertos también se diferencian de su entorno pero guardan relaciones con él. Concebir al sistema jurídico como autopoiético implica conceptualizarlo como un sistema cerrado; lo que conlleva a privar a los isomorfismos planteados por la teoría general de sistemas de efectos; evitando que tiendan puentes entre diversas disciplinas. Por tales motivos la aportación de esta investigación subyace en el hecho de analizar al derecho como un fenómeno desde la teoría de sistemas y en particular como un sistema abierto; de hecho el propio Ernest Grün cita a Intzessiloglou aceptando que el desafío de las ciencias –entre ellas el derecho- es responder a sistemas dinámicos e inciertos a través del paradigma de sistema abierto<sup>26</sup>:

Y como dice Intzessiloglou un paradigma científico adecuado para responder al desafío de la complejidad es el concepto del sistema abierto. O como lo expresan King y Schreiber «... este repentino aumento en la complejidad nos ha echado fuera de un sistema social que era accesible a la lógica y metido en una organización social dominada por reacciones cibernéticas. En un entorno muy

<sup>25</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 1ª Edición en español, Universidad Iberoamericana, México, 2002, Pág. 37. Nota bene. En la concepción de sistemas legales autopoiéticos de Luhmann existe una concepción axiomática basada en la lógica dicotómico legal/ilegal de opuestos.

<sup>26</sup> Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho* 2ª ed. (1ª ed. electrónica) Buenos Aires, 1998. © Por la presente ed. electrónica: Roberto-Marino Jiménez Cano. Madrid, 1999.



complejo con inestabilidades y desbalances como es la situación de la humanidad hoy en día, los sistemas de retroalimentación son tan numerosos y tan interrelacionados que es difícil diseñarlos dentro de un modelo comprensivo (ver infra "retroalimentación"). Es aún menos posible captar estos sistemas mediante el sentido común y la intuición.». Para ejemplos recientes, piénsese en todos los complejos efectos e interrelaciones producidos entre los ámbitos social, político, jurídico y económico

La consecuencia de entender al derecho como un sistema autopoietico o cerrado en vez de abierto resulta decisiva si se considera que entre un sistema autopoietico y un sistema axiomático prácticamente no existe ninguna diferencia; dicho de otra manera la concepción autopoietica del sistema jurídico implica que la teoría de Luhmann sobre el derecho en nada se distingue de lo ya planteado por Hans Kelsen en la teoría pura del derecho donde expone que el derecho debe ser un sistema axiomático que responde a los cambios sociales generando normas a partir de si mismo (que en términos de Luhmann se denomina autopoiesis) o mediante clausura operativas, que Hans Kelsen denomina teoría dinámica del derecho.

Esta circunstancia evita aprovechar en términos epistemológicos y metodológicos el enfoque de sistemas para superar la atomización del conocimiento jurídico, no permite entender la complejidad del fenómeno jurídico ni aporta innovación alguna en el campo del derecho y consecuentemente no posibilita aspirar a una teoría integral del derecho, como establece el propio Jesús Ignacio Martínez García catedrático de la Universidad de Cantabria en Santander, España al relatar la concepción del derecho de Niklas Luhmann<sup>27</sup>:

En este punto nos referimos brevemente al derecho de la sociedad como un subsistema funcionalmente diferenciado. El derecho es un sistema autopoietico, lo que implica que sus operaciones son autorreferentes. El sistema derecho opera de manera auto referente en el sentido de que todas sus decisiones se refieren a decisiones del mismo sistema. Todo derecho dice Luhmann, es tratado dentro del sistema del derecho como auto producido, como derecho positivo. El derecho siempre se refiere al derecho y, dado que todo sistema social – y todo subsistema de la sociedad- es un sistema de comunicaciones, el sistema

---

<sup>27</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 1ª Edición en español, Universidad Iberoamericana, México, 2002, Pág. 52.



derecho orienta sus comunicaciones por el código de conforme a derecho o no conforme a derecho”

En este sentido puede decirse que el modelo propuesto por Luhmann no aporta nada nuevo sino en mera terminología al modelo de Hans Kelsen; pues ambos son axiomáticos, o dicho de otro modo la autopoiesis y la autorreferencialidad son características de sistemas axiomáticos, los sistemas que Johnson Van Cigh denominaba rígidos. En este sentido Niklas Luhmann no tiene nada que aportar a la tradicional visión del derecho.

### *Las paradojas del derecho axiomatizado*

El asunto es aun más complicado si se tiene en cuenta la crítica sustantiva que formula por parte de la escuela de derecho de Tel Aviv, Shai Lavi, quien pone de manifiesto en forma categórica que la autopoiesis de la teoría de sistemas de Luhmann en el derecho se traduce en las conocidas propiedades sistémicas de autorreferencialidad y autorregulación, que se convierten en dos paradojas monumentales en los sistemas positivos, necesariamente axiomáticos<sup>28</sup>:

“According to autopoietic theory, modern law can be characterized by two fundamental and interrelated paradoxes. First the radicalization of the ancient paradox of self reference as it appears in the form of positive law. Positive law brings the notion of self-reference to its extreme by seeking the validity of law within law itself and by rejecting all other extra legal sources of authority, but how can positive law, which claims no ground, ground itself?

Second, a new yet related paradox emerges, the paradox of self regulation. Modern law is often characterized as regulatory law due to its growing involvement in the ordering of different spheres of human existence from domestic partnership to international markets. The paradox emerges from the fact that precisely the self regulation of law (i.e. the law closure), which enables the modern legal system to regulate other social spheres (i.e. law cognitive

---

<sup>28</sup> Lavi, Shai, *autopoiesis, nihilism and technique: on death and the origin of legal paradoxes*, Tel Aviv University, 2004, Berkeley Electronic Press, <http://www.law.bepress.com/tauhwps/fp/art3>



openness). But how can law which claims autonomy, regulate that which is external to it? The second paradox

Si como expresa Shai Lavi, la autorreferencialidad y la autorregulación se convierten en los sistemas positivos en dos paradojas interrelacionadas de alcances insospechados donde; en primer lugar no se entiende como los sistemas positivos autoreferentes que buscan la validez de las normas en el propio ordenamiento rechazando cualquier otra fuente externa, pueden ser su propio fundamento cuando sostienen que no existe tal fundamento. Por otra parte respecto a la autorregulación, Shai se pregunta como puede el derecho entendido como conjunto normativo regular distintas facetas de la vida social a través de la autorregulación si el sistema jurídico se erige sobre la autonomía y por ende ¿cómo puede regular lo que le es externo si es autónomo?

Las paradojas son irresolubles desde la perspectiva de la autopoiesis, como admite el propio autor de la noción de sistemas jurídicos autopoieticos, Gunther Teubner<sup>29</sup>:

“One should neither attempt to resolve this paradox, nor should one think of it as paralyzing. Rather a carefully study of law may carry on not to despite the paradox but through it, Teubner recommends neither to shy away from the paradox nor to move quickly to resolve it but rather, perhaps God himself, to remain amused”

Siguiendo el planteamiento de Ghunter Teubner si las paradojas legales son irresolubles y no se debe intentar resolverlas ni verlas como algo paralizante y si como recomienda el autor, ni se debe huir de ella ni correr a resolverla sino como Dios mismo mantenerse entretenido con ella; entonces ¿que decir a las personas que esperaban alguna respuesta del derecho a sus problemas?

El propio Nikklas Luhmann responde: nada. Las paradojas legales son un problema para los observadores del sistema derecho mas no para el derecho mismo como sistema –remarcando con esa posición que el elemento humano no está considerado en la óptica de jurídica de Luhmann-, según Fátima Katsner del

---

<sup>29</sup> Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system*, Oxford, Cambridge, mass, Blackwell Publisher, United Kingdom, 1993, pág. 12



departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Hamburgo en el marco de la conferencia “la apertura de la teoría de sistemas” en la escuela de administración de Copenhague<sup>30</sup>:

The paper introduces the different generative characterizations of paradoxical foundations of law in the perspective of systems theory (Luhmann) and deconstruction (Derrida). Although Luhmann and Derrida are both accepting the latency of undecidables, contradictions, ambivalences and infinite oscillations as conditions of the legal paradox, they generate different notions and expository strategies of the specific role of the self-production process of re- and de-paradoxification of law.

Derrida is emphasizing a critical epistemological debate with the Western philosophical tradition, by focusing mainly on the limits of intelligibility of the paradox. Thus deconstruction is neither a word or a concept, but a quasi-transcendental, generic, performative articulation of the complex set of conditions under which the concept of re- and de-paradoxification of law becomes possible. Derrida’s meditation and simultaneous performance of the paradoxical foundation of law is in his own words the search of the still-open possibilities, the yet-invisible future of thinking “a law beyond legality” as the ultimate precondition of justice.

Luhmann’s discontent with this deconstructive option is, of course, specifically related to the state of his own discipline - sociology. Under the conditions of functionally differentiated modern society there is no longer a binding representation of society within society and therefore no binding concept of justice in society as such. For Luhmann’s theory of self-reference the problem of the paradoxical foundation of law within society as a self-producing system of communication arises as a paralyzing problem only for a second-order observer, not for the legal system itself. Since every functional system is de-paradoxalising its paradoxes on its operative level, the observation of the corpus mysticum occurs only as a result of observing observers.

---

<sup>30</sup> Katsner, Fatima, *How to deal with paradoxes of justice: the ultimate difference between a philosophical and sociological observation of the legal system*, Papers for the conference “The opening of the system theory at the Copenhague Bussiness school, May 23-25 2003



*Un derecho más allá de la legalidad como última precondition de la justicia: el derecho ultra vires.*

Como se desprende de la cita pronunciada por Fátima Kastner en su ponencia sobre la apertura de la teoría de sistemas, el problema del fundamento paradójico de la ley es aceptado tanto por Niklas Luhmann como por Jacques Derrida en base a contradicciones y ambivalencias en el sistema normativo; lo cierto es que cada autor plantea una solución distinta. Jacques Derrida por su parte y enfrentando la tradicional filosofía de las ciencias occidental propone la desconstrucción de las paradojas legales como posible a través de la meditación en la búsqueda de posibilidades abiertas aun (*still opening possibilities*) o como establece el propio autor el futuro aun invisible del pensamiento de “Un derecho mas allá de la legalidad” como la ultima precondition de la justicia.

Esto es rechazar el concepto axiomático de los ordenamientos jurídicos, su autopoiesis: su carácter cerrado<sup>31</sup>.

Por su parte y como era de suponer Luhmann se opone virulentamente a dicha apertura sobre la base de la concepción funcionalista<sup>32</sup> de la sociedad (subyacente en todo su enfoque de sistemas), puesto que no existe en la sociedad una concepción vinculante de la sociedad en sí, entonces no puede existir una concepción vinculante u obligatoria de la justicia; al sostener que la paradoja se suscita en los sistemas legales como producto de su autorreferencialidad solo para observadores situados en un segundo plano no para el sistema en sí mismo, puesto que cada sistema busca resolver sus paradojas, éstas ocurren solo como resultado de observadores.

---

<sup>31</sup>Nota bene. Por cerrado en términos axiomáticos debe entenderse la facultad de cerradura en la matemática, por ejemplo la cerradura en la naturaleza de la matemática significa la resultante de operaciones matemáticas efectuadas con números reales es necesariamente otro número real, análogamente la autorreferencialidad en Niklas Luhmann implica que un aspecto jurídico en el sistema derecho debe encontrar fundamento en el propio sistema jurídico para seguir perteneciendo a éste.

<sup>32</sup> Nota bene. El Funcionalismo es una teoría que considera a la sociedad como un conjunto de partes (normalmente, instituciones) que funcionan para mantener el conjunto y en la que el mal funcionamiento de una parte obliga al reajuste de las otras. La idea de que la sociedad consiste en un conjunto de instituciones relacionadas que trabajan en favor del sistema en su conjunto se remonta, en la época moderna, a los escritos de Maquiavelo, y fue desarrollada por Montesquieu y los ilustrados. Debido a su insistencia en el mantenimiento del sistema, el funcionalismo ha sido a veces criticado por parecer una ideología reaccionaria. Desde luego, en el estudio de sociedades complejas es difícil aplicar modelos funcionalistas.



Es evidente como Luhmann elude la paradoja apelando al carácter abstracto de su sistema y minimizando a los observadores que si bien en la óptica de Luhman no son parte del sistema si son sus destinatarios; todo por que en la sociología funcional que impera en el funcionalismo estructural que preside su pensamiento no hay lugar para una concepción de justicia, pues en su óptica el sistema derecho al ser autorreferencial no puede tener fines externos como la justicia; de ello se desprende la necesidad como establecen tanto Jacques Derrida como Fátima Katsner de generar una concepción abierta del derecho desde la teoría de sistemas para que se resuelvan las paradojas y la justicia sea factible de alcanzar; por ello el pensamiento axiomático que se da por igual en Hans Kelsen y en Nikklas Luhmann debe ser superado a la brevedad.

Como se evidenciara las paradojas<sup>33</sup> en los sistemas jurídicos axiomáticos o cerrados, autopoiéticos y autorreferenciales son la resultante ineludible del ostracismo metodológico que les caracteriza, de deficiencias originales; y la evidencia más obvia de que los sistemas jurídicos cerrados son inviables tanto endógena como exógenamente, es decir que en sí mismos dan lugar a contradicciones insuperables a partir de su propio contenido. La opción planteada por los partidarios de los sistemas jurídicos cerrados, ignorar las paradojas, es sencillamente inaceptable por sus consecuencias sociales.

---

<sup>33</sup> Nota bene. La Paradoja, en el ámbito de la lógica formal y en el de las matemáticas, designa una conclusión contradictoria en apariencia que se deriva de lo que se plantea como premisas válidas. Es la evidencia de que los principios llevados al extremo en forma lineal conllevan a contradicciones insuperables.



## CAPÍTULO 1

### LA VIABILIDAD DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES POSTMODERNAS: LA CRISIS DE LA CERTEZA EN EL DERECHO

En la literatura jurídica abundan las expresiones técnicas que aluden a la certeza; de hecho todo el pensamiento de la modernidad se sustenta en la idea de certeza y de seguridad. Los teóricos jurídicos de la modernidad influidos por la ilustración, en su mayoría, destacaron la función del derecho como fuente de certidumbre; como pilar fundamental en el diseño de sociedades cada vez más ciertas, seguras, y predecibles.

En su obra *el derecho dúctil*, Gustavo Zagrebelsky, en alusión a la concepción de estado de derecho liberal (*Rechtsstaat*), en particular a la decimonónica -que epistemológica y metodológicamente puede considerarse positivista- detalla teóricamente como la idea de generalidad y abstracción de la norma jurídica -y de los ordenamientos jurídicos en un sentido amplio-, es propia del principio de legalidad que sustentó en forma hegemónica el pensamiento jurídico del siglo XIX; idea que tiene su origen en la necesidad de orden y seguridad de las sociedades de dicha época, concepciones que provenían a su vez del racionalismo que presidían el pensamiento de la modernidad; según el citado teórico jurista italiano Gustavo Zagrebelsky<sup>1</sup>:

Desde el punto de vista del estado de derecho, solo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir a la norma general. Vinculada con la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como la generalidad en el tiempo y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante supuestos de hechos

---

<sup>1</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999, Pág. 29

abstractos. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente la certeza y la previsibilidad del derecho

### *Las sociedades estáticamente concebidas*

Como claramente contextualiza Gustavo Zagrebelsky, las sociedades decimonónicas cronológicamente situadas en el apogeo de la modernidad concebían la relación intrínseca entre derecho y certeza; postulaban la idea de que el derecho conduciría a la instauración de una sociedad más cierta y por ende más ordenada, guiada por los designios de la razón (racionalismo) y desde esta perspectiva a sociedades con comportamiento más predecibles; empero es de preguntarse si las previsiones de los pensadores del siglo XIX y principios del XX son aplicables a las versátiles sociedades de la postmodernidad que dichos pensadores no concibieron en sus modelos teóricos de sociedades racionales.

### *De la sociedad del orden a la sociedad del riesgo*

La idea de un orden social y organizacional de una colectividad presidida por la certeza sustentada -entre otros fundamentos- en el derecho entendido como sistema de normas, fue concebida en una sociedad sumamente más simple que las actuales; en sociedades que tendían a la homogeneidad cultural, política, religiosa, etc. y circunscritas en entornos no tan dinámicos como los presentes por tal motivo es válido cuestionar ese *leitmotiv* del derecho.

¿Qué ocurre ahora con la promesa de certeza de los ordenamientos jurídicos en las dinámicas sociedades del mundo postmoderno? En su obra la sociedad del riesgo

(*risikogesellschaft*), Ulrich Beck teórico de sociología de la *Ludwing Maximilians Universität* de *München* expone algunas particularidades de las sociedades postmodernas respecto de la falta de certeza que caracteriza a sus instituciones - incluidas las jurídicas- para concluir que las sociedades contemporáneas se caracterizan por el riesgo como resultado de su propia y compleja dinámica<sup>2</sup>:

Ulrich Beck's panoramic analysis of the condition of Western societies has already been hailed as a classic. This first English edition will take its place as a core text of contemporary sociology alongside earlier typifications of society as postindustrial and current debates about the social dimensions of the postmodern.

Western industrial society is widely seen to be going through a decisive transitional period into a form defined variously as 'post-Enlightenment', 'post-Fordist' or 'postmodern'. Arguing that we are instead facing a different modernity typified by reflexivity, Ulrich Beck goes beyond these descriptions to provide a coherent picture of the direction of global social change.

Como plantea Ulrich Beck la dinámica de las actuales sociedades obligan a repensar la modernidad debido al riesgo que generan como consecuencia de su propia complejidad; de modo que deba pensarse en abandonar las nociones del siglo de las luces para enfocarse a la reflexividad de la sociedad. Empero el autor precisa que el riesgo socialmente creado es de tal dimensión que incluso representa riesgos para la supervivencia de distintas especies como producto de lo que denomina sociedades organizadas de la irresponsabilidad. La visión planteada por Ulrich Beck de las

---

<sup>2</sup>Ulrich Beck, *Risk Society, Towards a New Modernity*. Trans. from the German by Mark Ritter, and with an Introduction by Scott Lash and Brian Wynne, Sage Publications, London, 1992

sociedades actuales difiere sustancialmente de la noción plantada por los racionalistas: las sociedades no se volvieron ciertas y por tanto seguras sino por el contrario inciertas, contrariando la idea de certeza que propugnaba el racionalismo.

El autor antes citado señala que las instituciones centrales de la sociedad en la modernidad tardía (o postmodernidad según otros autores) de carácter económico, político y jurídico no solo son susceptibles de permitir dichos riesgos por su propia condición sino que además pretenden hacer parecer tales riesgos como socialmente inexistentes<sup>3</sup>:

Analysis of post-modern society as 'Risikogesellschaft' or 'risk-society' - the main feature of which is that society's members are confronted with socially-created risks which endanger the survival of the species. Our societies are characterized by 'organized irresponsibility' whereby risk producers are protected at the expense of risk victims. He has examined how our leading social institutions, of economics (private property, industrialization) and law (administrative law, private law) and politics are engaged in not only producing those risks, but in ... making the resulting risks socially non-existent. I quote here from the legal scholar Brun-Otto Bryde, who gives an example of risk disappearance: 'The French, who managed in the weeks after Chernobyl to stop the radioactive clouds at the Rhine through the simple technique of not measuring the radioactive fall-out, certainly slept more peacefully and enjoyed their mushrooms better than the Germans'

En el ámbito de la discusión de Ulrich Beck acerca de que las instituciones sociales, entre ellas las jurídicas, no evitan los riesgos sino que simulan la inexistencia de los

---

<sup>3</sup> Ibidem

mismos pretendiendo que existe seguridad y certeza en las sociedades cabe preguntar cual es la razón de este evento, por que existe una sociedad organizada en torno de la irresponsabilidad. A este respecto, el citado teórico detalla que el riesgo social además de no ser local sino global y que la irresponsabilidad social que la preside encuentra fundamento en el derrumbe de la idea de certeza que ha caracterizado a la modernidad.

Ulrich Beck va aun más lejos al señalar que la debacle de la idea de certeza es origen de la concepción de riesgo en un entorno donde la previsibilidad es cada vez más limitada, como es el caso de la sociedad global y precisa un hecho de vital importancia; esta debacle esta profundamente relacionada con la forma en que se toma decisiones<sup>4</sup>:

En todo el mundo, la sociedad contemporánea está sometida a un cambio radical que plantea un reto a la modernidad basada en la ilustración y abre un ámbito en el que las personas eligen formas sociales nuevas e inesperadas... Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento institucionalizado de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligro, pero el régimen del riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional es global. Esta íntimamente relacionado con el proceso administrativo y de la toma de decisiones, anteriormente, esas decisiones se tomaban con normas fijas de calculabilidad. Ligando medios y fines o causas y efectos: la sociedad del riesgo global ha invalidado precisamente esas normas.

---

<sup>4</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, España, 2002, pág.1-5

Interesante es para fines de esta investigación que Beck precise dos circunstancias:

- I) Que la crisis de idea de certeza de la modernidad haya dado lugar a la concepción de riesgo en las sociedades.
- II) Que la crisis de la certeza se debe a la concepción de normas fijas o estáticas que han sido invalidadas en las sociedades contemporáneas.

Estas conclusiones apuntan a que los sistemas jurídicos axiomáticos que si bien algunos son dinámicos, por estar basados en reglas rígidas, pueden resultar extemporáneos, impropios para las sociedades globales.

## 1.1 EL PARADIGMA DE LA CERTEZA DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS

*Everywhere the common  
law has set foot, security has disappeared'*  
Jeremy Bentham

Por referencia a Ulrich Beck se destacaba que las sociedades contemporáneas y por supuesto sus instituciones no se caracterizan por la certeza sino por el riesgo firmemente sustentado en la incertidumbre. Es de particular importancia denotar que

esta circunstancia es particularmente cierta en el ámbito del derecho, en particular en las instituciones jurídicas.

*Everywhere the common law has set foot, security has disappeared*, donde el derecho ha aparecido, la seguridad ha desaparecido sentenciaba Bentham<sup>5</sup> en una misiva dirigida a los ciudadanos norteamericanos en evidente alusión al sistema jurídico. La afirmación de este teórico del utilitarismo descansa en una profunda apreciación crítica del derecho; una de las cualidades atribuidas a los sistemas jurídicos es proporcionar seguridad acerca de los bienes, de las personas mismas, proporcionar certeza a los ciudadanos en un sentido amplio. Esta expectativa en el sistema normativo contrasta con el panorama del derecho en la actualidad como lo denota François Ost y Michael Van de Kerchove en los siguientes términos<sup>6</sup>:

There is no doubt that the law has always been complicated. It is a frequently heard complaint these days that we suffer from legislative inflation and that legal procedures are interminable and uncertain. But Leibnitz wrote as early as 1678 that "it is not possible to know the law without a very large library", while Bentham in an open letter to the American citizens said, "Everywhere the common law has set foot, security has disappeared.

En efecto como lo señalan François Ost y Michael Van de Kerchove en la cita que precede, el derecho siempre ha sido complicado, sin embargo en la actualidad se menciona que se sufre de inflación legislativa y que los procedimientos legales son además de prácticamente interminables, de algún modo del todo inciertos. Los autores en cita parafrasean a Leibnitz en el sentido de que no puede conocerse la ley sin una profusa biblioteca con la finalidad de ilustrar la vastedad de los factores que afectan a los fenómenos jurídicos; factores todos presentes en los sistemas

---

<sup>5</sup> Nota bene. Jeremy Bentham fue un jurista y economista que basaba sus postulados en la concepción del utilitarismo. Consideraba posible medir la utilidad, de modo que socialmente debía buscarse el orden que concediera mayor utilidad a mayor número de ciudadanos.

<sup>6</sup> Ost, François y Van De Kerchove Michael, *constructing the complexity of law: towards a dialectic theory of Law*, Saint Louis University.

contemporáneos que apuntan no hacia la certeza que se esperaba del derecho, sino por el contrario hacia su carácter crecientemente dominado por la incertidumbre.

¿Cuál es el origen de este fenómeno? Es trascendente plantearse la interrogante sobre los motivos por los cuales las sociedades y sus sistemas jurídicos contemporáneos se han tornado cada vez más inciertos en vez de ser -como debía suponerse desde la óptica del pensamiento racionalista del siglo de las luces propio de la modernidad - en sistemas orientados a la certidumbre y en última instancia a la certeza.

### *La complejidad*

En respuesta François Ost y Michael Van de Kerchove ofrecen una explicación cimentada en el descubrimiento de la complejidad de los fenómenos, en particular el jurídico como plantean estos teóricos al sostener que la complejidad excede la noción de complicación. Lo complicado, explican los teóricos, tienen que ver con la repetición de secuencias y su acumulación, lo que necesariamente implica que el resultado de tales secuencias son predecibles si se les analiza con detenimiento; por el contrario la complejidad tiene que ver con la yuxtaposición de fenómenos que obedecen a lógicas diferentes pero que sin embargo interactúan entre sí todos simultáneamente, originando que no sea predecible la resultante de dicha interacción, de acuerdo con los investigadores de la Université de Saint Louis, en Bélgica<sup>7</sup>:

At that time, we may say that the law was only complicated, while today we are obliged to talk about its complexity. Complication arises from the accumulation of simple sequences; it is the repetition of the same code or the same logic that produces the effect known as complication, in the sense that clockwork or 18th-century automata were complicated, while relying simply on a limited number of mechanical gears. Complexity is something else entirely, arising from a multiplicity of interacting codes and different types of logic working together; movements here are

---

<sup>7</sup> Ibidem



linear but also recursive, causal relations are multiple and circular. The actions of an automaton are always predictable, while those of a complex organism, because it is creative and interactive, are much less so.

Como se desprende de la comparación efectuada en la cita previa, la complicación surge de la acumulación de secuencias simples, obedece a una misma lógica y genera resultados predecibles; por el contrario la complejidad implica la interacción de distintas secuencias interactuando en multiplicidad de lógicas, de modo que la resultante de los fenómenos propiamente complejos no es fácilmente predecibles sino aleatoria. Por este motivo François Ost y Michael Van de Kerchove recurren a la contraposición mediante analogía de la conducta de un autómeta (complicada y predecible) frente a la de un ser vivo necesariamente compleja e impredecible en mayor medida.

En su exposición los teóricos belgas antes citados, no dudan en señalar que esta complejidad como característica de los fenómenos en sentido lato se encuentra también presente en las leyes y consecuentemente se hace extensiva a todo el sistema jurídico, lo cual obliga a su vez a pensar la ley y el derecho desde la perspectiva de la complejidad<sup>8</sup>:

However, the law has indeed become complex and we are therefore obliged to think in terms of this complexity. In her most recent work, *Pour un droit commun*, Mireille Delmas-Marty makes the following observation, "Whether concerned to prescribe a norm, to interpret it or to justify it by reference to meta-judicial values, our patterns of thinking are still strongly influenced by the age of enlightenment. Precise rules, syllogistic reasoning and homogeneous values - in short, a "monological" order - are vastly preferred by the legal profession. But it is also true that the law does not belong to lawyers and that it has evolved

---

<sup>8</sup> Ost, François y Van de Kerchove, Michael, *Constructing the complexity of law: towards a dialectic theory of Law*, Saint Louis University, Belgium

without them, sometimes in spite of them, towards a complexity that cannot be merely deplored and with which we are obliged to get to grips.

En este orden de ideas y en el contexto de la complejidad de los fenómenos en la actualidad, particularmente la que concierne a los fenómenos jurídicos es pertinente cuestionarse sobre la naturaleza de dicho rasgo en los fenómenos, incidir en el origen de la complejidad de los fenómenos del mundo contemporáneo, principalmente los de carácter social y por supuesto jurídico., así como sus efectos tanto a nivel teórico como fáctico.

Como exponen los teóricos precitados, el pensamiento jurídico heredado de la era del iluminismo, sustentado en el razonamiento deductivo del silogismo y su orden monológico, es decir sustentado en una lógica única de valores homogéneos aun y cuando preside todavía la mayoría del pensamiento jurídico no responde a la evolución del fenómeno jurídico ni a las necesidades de las sociedades actuales. No es una noción adecuada para el estudio del derecho en la actualidad debido a su incapacidad para bordar la complejidad, ¿A que se debe esta incapacidad?

## 1.2 TENDENCIAS DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO EN LA GLOBALIZACIÓN

Existe evidencia en la actualidad de que las sociedades efectivamente se han tornado crecientemente complejas, esto es que tienden a aumentar en complejidad en el transcurso del tiempo como claramente señala Anthony Giddens en su obra "*a runaway World*" (un mundo desbocado) en alusión al antropólogo Edmund Leach en el que denota con precisión que el mundo actual (situado en el entorno de la globalización y la postmodernidad) es diametralmente distinto de aquel que se

proyectaba se construiría en la modernidad -sobre las bases del iluminismo y la razón- ; el mundo actual, aun cuando sustentado en la ciencia y la tecnología se caracteriza por la incertidumbre y no así por la certeza como preveían los partidarios de la razón y el iluminismo, de acuerdo con Anthony Giddens<sup>9</sup>:

Nuestra época surgió bajo el impacto de la ciencia, la tecnología y el pensamiento racional, sus orígenes están en la Europa de los siglos XVII y XVIII. La cultura industrial occidental fue forjada por los libros de pensadores que luchaban contra la influencia de la religión y el dogma, que querían reemplazar por un enfoque más razonado de la vida práctica... los filósofos ilustrados trabajaban con una máxima simple pero aparentemente poderosa. Cuanto más capaces seamos de comprender racionalmente el mundo, mejor podremos manejar la historia para nuestros propósitos. Debemos librarnos de los hábitos y prejuicios del pasado para controlar el futuro

### *El hombre: arquitecto de su destino*

Como señala Giddens, la era del pensamiento racional apuntaba a la construcción de un mundo dominado por la certeza, se hablaba de que el hombre sería el arquitecto de su destino (ícono representativo del pensamiento maçon de la modernidad), un mundo controlado por el hombre y por lo tanto completamente previsible, que sin embargo no es tal en nuestros días<sup>10</sup>:

Karl Marx, cuyas ideas deben mucho al pensamiento de la ilustración, expresó el concepto con mucha sencillez. Hemos de entender la historia, explicaba,

---

<sup>9</sup> Giddens Anthony, *Un mundo desbocado*, Taurus, España, 2000, pág. 13-14

<sup>10</sup> Op. Cit. Pág. 14

para poder hacer historia. Marx y el marxismo, guiados por este principio tuvieron un enorme influjo en el siglo XX. Según este pensamiento, con el desarrollo ulterior de la ciencia y la tecnología el mundo llegaría a ser más estable y ordenado. Incluso muchos pensadores contrarios a Marx aceptaban la idea. El novelista Georges Orwell, por ejemplo anticipó una sociedad con demasiada estabilidad y predictibilidad – en la cual todos nos convertiríamos en pequeñas piezas de una enorme máquina social y económica- al igual que muchos otros pensadores como el famoso sociólogo alemán Max Weber...

...El mundo en el que nos encontramos hoy, sin embargo no se parece mucho al que pronosticaron... En lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de él – un mundo desbocado-Es más algunas de las tendencias que se suponían harían la vida más segura y predecible, tienen a menudo el efecto contrario

La ciencia y la tecnología no han conducido a sociedades más ordenadas, no han generado un mundo más predecible ni cierto, sino por el contrario a un mundo cada vez más dinámico, más rico y más complejo; la complejidad es el indudable signo de las sociedades globalizadas en la postmodernidad. Desde la óptica de esta investigación la razón por la cual fallo el vaticinio del racionalismo –y la razón del advenimiento de la complejidad- en cuanto a formar un mundo más ordenado y predecible sobre las bases de la razón se deben a dos factores no ponderados por los iluministas (siglo de las luces):

a) Las dimensiones de la realidad no son susceptibles de ser abarcadas en un conjunto de leyes universales, a su vez idóneas y aptas para ser reducidas a un sistema de tipo axiomático como suponían los racionalistas del iluminismo, el

conocimiento parece no solo no ser finito como suponían los partidarios del racionalismo del siglo XVIII y XIX sino que las leyes que se suponían serían todas inmutables se encuentran en continuo cambio, en proceso permanente de transformación.

b) El desarrollo de la ciencia y la tecnología no han conducido al dominio ni a la simplificación de la realidad por la simple y sencilla razón de que el desarrollo de la ciencia lejos de delimitar la realidad, por el contrario expande sus límites, haciendo factible lo que antes era inimaginable a través de la tecnología.

En síntesis, el avance de la ciencia y la tecnología no implican el mejor conocimiento de una realidad limitada sino el descubrimiento de que ésta es más amplia de lo supuesto e incluso a un descubrimiento más trascendente su ampliación, la extensión de los límites de la realidad es una realidad en las sociedades contemporáneas y es además la resultante del avance de la ciencia y la tecnología; la complejidad es cierto provoca un aumento en la incertidumbre, pero por otra parte conlleva a la noción de nuevas posibilidades; para la cual el racionalismo no tiene metodología de estudio.

### *Postmodernidad y derecho: a contrario sensu de la realidad*

La postmodernidad caracterizada por la complejidad es en ese sentido terra ignota, un mundo nuevo repleto de posibilidades y desafíos, es una invitación a conocerlo y explorarlo; la apuesta de la modernidad y el racionalismo por la certeza resulta infundada en la actualidad. Los sistemas jurídicos empero -en su mayoría- mantienen la apuesta racional por la certeza ¿acaso el derecho ha errado al apostar por la certeza? , ¿Puede fundadamente pensarse que el derecho así conceptualizado va en dirección contraria a la realidad en el mundo contemporáneo?

Existe una respuesta por parte del sociólogo francés Alain Tourain, quien en su obra *¿podremos vivir juntos?*, destaca que el racionalismo como base de sociedades legalmente ordenadas y ciertas, tesis de la modernidad, está en franca crisis<sup>11</sup>:

Vivimos una crisis más profunda que un acceso de miedo o desencanto, percibimos como en nosotros y a nuestro alrededor, se separan, se disocian por un lado el universo de técnicas, los mercados, los signos, los flojos en los que estamos sumergidos; y por el otro el diverso interior que cada vez con mas frecuencia llamamos identidad. La afirmación más fuerte de la modernidad era que somos lo que hacemos, nuestra vivencia más intensa es que ya no es así, sino que somos cada vez más ajenos a las conductas que nos hacen representar los aparatos económicos, políticos y sociales

Así el autor en cita apunta que la crisis del modelo de sociedad racionalmente organizada en la ley se encuentra estrechamente vinculada con su disfuncionalidad intrínseca<sup>12</sup>

La sociedad libre así construida que los estadounidenses y los franceses llaman nación y/o república garantiza el triunfo de la razón sobre la tradición. El universalismo de la razón y el individualismo moral se conjugan en la idea de sociedad libremente organizada por la ley... El pesimismo cultural, que a fines del siglo XIX predominó tanto en París y Londres como en Viena y Berlín expreso la ruina de esa modernidad y del equilibrio que había creado entre vida

---

<sup>11</sup> Tourain, Alain, *¿Podremos Vivir juntos?*, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 27

<sup>12</sup> Op. Cit. Pág. 36

pública y privada. En unas pocas décadas se derrumbó el mito fundador de la sociedad racional...

¿Es el ocaso del racionalismo y su pretensión de dominio absoluto de la realidad, la razón y el origen de que el derecho y más bien los sistemas jurídicos se encuentren cuestionados en cuanto a su eficacia y científicidad tanto en el plano teórico como práctico? La idea de certeza absoluta está en crisis en el mundo de la postmodernidad dominado por la complejidad. ¿El sistema jurídico sustentado en la idea de certeza absoluta debe replantearse? Nuevamente Alain Touraine ofrece una respuesta<sup>13</sup>:

"Hace tiempo no podemos creer en el triunfo final de un estado de derecho capaz de manejar la dualidad propia de la modernidad y mantener el equilibrio entre la industrialización del mundo y la libertad personal, entre el espacio público y privado. La unión de razón y conciencia quedó desgarrada... es la disociación de dos universos, el de las técnicas y los mercados y el de las culturas, es esta disociación lo que llamo desmodernización."

Si bien Alain Touraine, a diferencia de Ulrich Beck , proclama el declive de la modernidad mientras que Ulrich Beck señala que debe repensarse la modernidad, ambos teóricos coinciden en señalar la trance de los paradigmas de la modernidad sustentada en la ilustración: el paradigma de la certeza. Coincide en este sentido Anthony Giddens, al proclamar que la sociedad fundada sobre la base de la racionalidad y sus instituciones así diseñadas se encuentran en crisis. El sociólogo francés Alain Tourain proclama con claridad que la idea de sociedades racionalmente estructuradas de la modernidad en base a sistemas jurídicos racionales (fundados en el racionalismo) se encuentran en evidente decadencia, confirmando lo asentado por

---

<sup>13</sup> Ibidem

François Ost y Michael Van de Kerchove en lo relativo a que los sistemas jurídicos y la convicción de que el derecho debe repensarse a partir de la complejidad que impera en el mundo postmoderno.

### 1.3 DERECHO VERSUS SOCIEDAD, REALIDAD VERSUS TEORÍA EN EL SIGLO XXI

En el apartado precedente se abundaba sobre la certeza como idea rectora de la modernidad sustentada firmemente en el racionalismo iluminista y su crisis en el tránsito de las sociedades modernas a las postmodernas; y se planteaba la hipótesis acerca de que –probablemente– el hecho de que el sistema jurídico se haya sustentado asimismo en la pretensión de certeza como la causa de que tales sistemas jurídicos, por extensión, se encuentren cuestionados en el mundo contemporáneo.

La hipótesis de que los marcos epistemológicos y consecuentemente metodológicos de la era de la razón (modernidad) sean anacrónicos en la actualidad y que por tal motivo los sistemas jurídicos configurados sobre estas bases sean de igual modo extemporáneos y deficientes resulta de vital importancia para determinar si tales sistemas jurídicos en verdad van en sentido contrario a la realidad *lato sensu* y en sentido opuesto a la realidad social *stricto sensu* en la era de la postmodernidad. Lo cual a su vez permite inferir acerca de la ineficacia de los sistemas jurídicos en la praxis y su deficiencia desde un punto de vista científico por cuanto hace a la teoría del derecho y la propia ciencia del derecho.

A este respecto, los teóricos Antonio Negri y Michael Hardt, exponen interesantes datos sobre la reconfiguración del orden mundial en las sociedades postmodernas a escala planetaria en su obra "Imperio" donde sobre la base del estudio de los sistemas



jurídicos internacionales y su declive, plantean prospectivas acerca de las evidencias presentes en el plano de la geopolítica sobre la reestructuración del orden internacional y destacan entre otras las razones que ocasionaron que el orden jurídico de la modernidad entrara en crisis y se colapsara cediendo paso del colonialismo a una nueva forma de dominación que denominan imperio, en los términos que se exponen a continuación<sup>14</sup>:

...el nacimiento de las Naciones Unidas al finalizar la segunda guerra mundial meramente reinicio, consolidó y extendió este orden jurídico internacional en desarrollo que la principio fue europeo, pero que progresivamente se hizo global... nos interesan las Naciones Unidas y el proyecto de orden internacional, no como fines en sí mismos, sino más bien por la función real de palanca histórica que cumplieron al impulsar la transición hacia un sistema estrictamente global... para observar más atentamente esta transición en términos jurídicos es útil leer la obra de Hans Kelsen... ya en la década de 1910 y 1920, Kelsen propuso que el sistema jurídico internacional fuera concebido como la fuente suprema de toda de toda información y constitución nacional ...

Michael Hardt y Antonio Negri también detallan las bases teóricas sobre las cuales se fundaba el orden jurídico internacional propuesto por Kelsen, fundamentos básicos que según exponen previamente estos teóricos debían corresponder a cualquier sistema jurídico; no obstante dichos principios se sustentaban en la larga tradición del idealismo alemán<sup>15</sup>, especialmente en la idea kantiana de la Ética<sup>16</sup>:

---

<sup>14</sup> Hardt Michael y Negri Antonio, *Imperio*, 1ª Edición, 2ª reimpresión, Paidós, Buenos Aires, 2002, pág. 23

<sup>15</sup> Ver. Heidegger, Martin, *La fenomenología del espíritu de Hegel*. Edición de Ingrid Görland. Traducción, introducción y notas: Manuel E. Vázquez y Klaus Wrehde. Madrid; Alianza Editorial, 1992  
Hegel asimismo difundió una concepción eidética en la cultura alemana respecto del Derecho

“Kelsen Apuntaba, a la manera Kantiana, a una noción de derecho que pudiera llegar a ser una organización de la humanidad y que, por lo tanto, coincidiría con la idea de ética suprema. Deseaba que, las relaciones internacionales, se pudiera ir más allá de la lógica del poder, de modo que los estados particulares pudieran considerarse, jurídicamente como entidades de igual rango”

### *El derecho in abstracto*

La idea de Kelsen resultaba infactible del todo, dado que el sistema jurídico que proponía descansaba en su totalidad sobre la base de la constitución formal de dicho sistema, de su validez en forma independiente de la estructura material (organización jurídica real); lo cual condujo su proyecto de orden jurídico mundial necesariamente a la infactibilidad; constituyéndose el orden propuesto por Kelsen en una mera aspiración utópica que explica el colapso del sistema de las Naciones Unidas en la postmodernidad, toda vez que el control de factores de poder en la comunidad internacional evidentemente no se logra desde una perspectiva meramente formal ignorando simplemente la realidad social<sup>17</sup>:

“Kelsen creía que la construcción formal y la validez del sistema eran independientes de la estructura material que la organizaba, pero de algún modo la estructura debe existir en la realidad y organizarse materialmente ¿cómo puede ser construido en realidad el sistema? Llegados a este punto, advertimos que el pensamiento de Kelsen ya no es útil: es meramente una utopía fantástica...”

---

<sup>16</sup> ibidem

<sup>17</sup> Op. Cit. pág. 23

Lo antes dicho es la resultante de la posición metodológica de Hans Kelsen que como señalan los autores de Imperio propugnaba una pureza metodológica<sup>18</sup> (no en vano la denominaba teoría pura del derecho); en su intento por liberar al sistema jurídico de los fenómenos políticos y cualesquiera otros que le resultaran ajenos -lo que de suyo evidencia la atomización del conocimiento que presidía el pensamiento Kelseniano- Kelsen omite del estudio jurídico importantes elementos, como lo sustenta el propio teórico en forma expresa en su teoría pura del derecho, en la forma siguiente<sup>19</sup>:

Al caracterizarse como una doctrina pura con respecto al derecho, lo hace por que quiere solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y por que desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este ese principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional tal como se ha desarrollado en los siglos XIX y XX, muestra claramente que lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la idea de pureza. De manera completamente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la ciencia política

Tal postulado metodológico condujo irreversiblemente al jurista austriaco Hans Kelsen a obviar los hechos en el estudio del derecho; evento que como apuntan Hardt y Negri

---

<sup>18</sup>Nota Bene. Hans Kelsen aplicó las doctrinas de la filosofía clásica a la jurisprudencia de forma más rigurosa. Su proyecto puede resumirse en el título de una de sus principales obras, la Teoría pura del Derecho planteada conforme al pensamiento de Immanuel Kant, trató de construir una teoría del derecho completamente autónoma que no precisara de herramientas intelectuales propias de otras disciplinas, tales como la sociología.

<sup>19</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, 2ª Edición, UNAM, México, 1995

convirtió a los sistemas jurídicos en meras ficciones, ignorando la aportación De Lasalle en su obra sobre los factores reales de poder en una constitución e incurriendo en lo que Gustavo Zagrebelsky no duda en señalar como ficción<sup>20</sup>:

Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reproducción de cualquier idea de fuerza política a la persona soberana del estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del estado como un sujeto unitario, abstracto y capaz de manifestar su voluntad y realizar acciones ... la vida de esta persona era regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la fisiología respecto de los seres vivientes.

La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales o grupos de poder, las elites, las clases políticas, sociales, etc., de las que la persona estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara...

Como puede verse Michael Hardt y Antonio Negri responsabilizan en cierto sentido a Hans Kelsen del derrumbe del sistema jurídico representado por las Naciones Unidas, en gran parte por haber seguido el racionalismo a ultranza (Kant y la razón pura) en una apuesta formalista del derecho disociando hechos y derecho (o más propiamente hechos y normas jurídicas); pues es sabido que Kant era racionalista en principio y había establecido la diferencia entre el mundo del ser (realidad fáctica) y el del deber ser (normas jurídicas o mundo normativo) conforme a su idea de imperativo categórico y su idea neoplatónica de a prior<sup>21</sup>:

---

<sup>20</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999, pág. 11

<sup>21</sup> Kant, Immanuel, *The critique of the pure reason*, B Edition, London, 1781

## I. of the difference between Pure and Empirical Knowledge

That all our knowledge begins with experience there can be no doubt. For how is it possible that the faculty of cognition should be awakened into exercise otherwise than by means of objects which affect our senses, and partly of themselves produce representations, partly rouse our powers of understanding into activity, to compare to connect, or to separate these, and so to convert the raw material of our sensuous impressions into a knowledge of objects, which is called experience? In respect of time, therefore, no knowledge of ours is antecedent to experience, but begins with it.

But, though all our knowledge begins with experience, it by no means follows that all arises out of experience. For, on the contrary, it is quite possible that our empirical knowledge is a compound of that which we receive through impressions, and that which the faculty of cognition supplies from itself (sensuous impressions giving merely the occasion), an addition which we cannot distinguish from the original element given by sense, till long practice has made us attentive to, and skilful in separating it. It is, therefore, a question which requires close investigation, and not to be answered at first sight, whether there exists a knowledge altogether independent of experience, and even of all sensuous impressions? Knowledge of this kind is called a priori, in contradistinction to empirical knowledge, which has its sources a posteriori, that is, in experience.

Así, en la crítica de la razón pura, Immanuel Kant expone que si bien todo el conocimiento proviene en primera instancia de la experiencia, de ello no puede inferirse que absolutamente todo el conocimiento provenga de la mera experiencia; pues según el pensador existe un conocimiento que es independiente de la experiencia (empírica) y las impresiones sensoriales, que denomina a priori. Desde esta óptica es evidente la influencia del a priori de Immanuel Kant en el pensamiento de Hans Kelsen como acertadamente sostienen Hardt y Negri<sup>22</sup>, además de entenderse como Kelsen presupone una norma hipotética fundamental -a priori-

---

<sup>22</sup> V. gr. La norma hipotética fundamental o *grundnorm* es un ejemplo claro de a priori y de imperativo categórico

independiente de los hechos (pues el a priori según Kant es independiente de los hechos<sup>23</sup>). Lo cual a su vez permite comprender el fundamento de su disociación entre norma y hecho como el origen de ficciones jurídicas que tornan a los sistemas jurídicos ineficaces en la consecución de sus fines.

Albert Casamiglia expone en forma sucinta pero contundente en su ponencia titulada en defensa de Kelsen, la clara influencia del pensamiento de Kant en el jurista austriaco por cuanto hace a la crítica de la razón pura, más detalla con toda precisión el rechazo metodológico que suscita en Kelsen la crítica de la razón práctica<sup>24</sup>:

“La influencia kantiana en la teoría de Kelsen es muy importante y- a pesar de que en los últimos años de su vida, y a raíz de la experiencia americana, el empirismo y Hume influirán en su teoría- cabría afirmar- que los presupuestos básicos de la metodología kelseniana se encuentran en el Kant de la crítica de la razón pura. Kelsen rechaza la crítica de la razón práctica considera que Kant no logro aplicar el rigor y la objetividad de la crítica de la razón pura a las ciencias morales y jurídicas”

Puede concluirse que:

- I) El pensamiento Kantiano se circunscribe en el racionalismo para Kelsen
- II) El pensamiento Kantiano, en conjunción con el idealismo alemán influenciaron el pensamiento Kelseniano.
- III) Kelsen sostuvo la dicotomía norma/hecho

---

<sup>23</sup> Es importante señalar que este postulado se centra en la crítica de la razón pura, más no así en la crítica de la razón práctica donde Kant expone otro planteamiento epistémico respecto de la Ética.

<sup>24</sup> Casamiglia Albert, *En defensa de Kelsen*, working papers no. 129, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1997

- IV) Hardt y Negri consideran que esta dicotomía precipitó su sistema jurídico en la modernidad
- V) Contrario a lo que pensaba Kelsen, existe una evidente relación entre la estructura social y el sistema jurídico.

Desde este punto de vista puede afirmarse que en efecto el racionalismo subyacente en el derecho lo está conduciendo en un sentido distinto al de la sociedad de la postmodernidad; y que la explicación de esta circunstancia subyace en la dicotomía norma/hecho antes expuesta (disociación entre norma y hecho, entre teoría y práctica); La sociedad tiende a la complejidad mientras los sistemas jurídicos aun apuestan desde una óptica formal a la simplicidad, a la idea de certeza sobre el formalismo. Ahora bien, la anterior circunstancia puede explicar el cuestionamiento del derecho -más bien de los sistemas jurídicos y los órdenes normativos- tanto en eficacia como en la perspectiva de validez científica a la que aluden en forma conjunta François Ost, Michael van de Kerchove, Alian Tourain, Michael Hardt, Anthony Giddens al señalar la crisis de la modernidad en términos sociales, y concretamente en el caso del derecho.

#### *Efectos de la dicotomía norma/hecho: de iure vs de facto*

Si bien los cuestionamientos antes citados son relevantes *per se en un ámbito teórico*, mayor atención merece el efecto que tiene la ineficacia del derecho (orden normativo) sobre las sociedades humanas de la postmodernidad; o dicho en otros términos, las consecuencias de que el derecho no esté cumpliendo su función social (prevención y solución de conflictos sociales) y por ende se aparte de la consecución de sus fines

teleológicos. En este contexto nuevamente es importante el pensamiento de los autores de imperio, que establece en forma detallada el orden mundial que se está configurando ante el derrumbe de la noción del orden jurídico de la modernidad, preguntándose que autoridad puede sustentar un nuevo orden e impedir el descenso al desorden global. Sin embargo como lo mencionan los autores en comento el nuevo orden se sustenta en la ley del más fuerte como medio de organizar el orden global mediante una nueva forma de dominio fundada en la reproducción social conocida como imperio, lo que representa indudablemente un retroceso en la idea de civilización al que se aspiraba mediante el derecho.

¿Hacia la ley del más fuerte? Un sistema jurídico meramente formal, sin posibilidades reales de incidir sobre la compleja problemática social que en la postmodernidad no se limita a las fronteras nacionales sino que se proyecta por efecto de la globalización necesariamente sobre el plano internacional, así como el derrumbe del sistema jurídico internacional está dando lugar a que se reconfigure el orden mundial, pero paradójicamente, las asimetrías de poder que pretendía evitar Kelsen con su sistema formalista encuentran en las deficiencias de éste factores de desarrollo, según estos autores<sup>25</sup>:

Paradójicamente (aunque en realidad no es tan paradójico), solo la concepción de Kelsen plantea el problema real, aun cuando se limite a un punto de vista estrictamente formalista. Kelsen se pregunta: ¿Qué poder político existe ya o puede crearse que sea adecuado para una globalización de las relaciones económicas y sociales? ¿Qué fuente

---

<sup>25</sup> Hardt Michael y Negri Antonio, *Imperio*, 1ª Edición, 2ª reimpresión, Paidós, Buenos Aires, 2002, pág. 25



jurídica, que norma fundamental y que autoridad pueden sustentar un nuevo orden e impedir el descenso al desorden global?

Incluso Michael Hardt y Antonio Negri dibujan con precisión el perfil de un nuevo orden mundial, jurídico por supuesto: el imperio; donde la función de la ley y el derecho, en contravención a su fin teleológico sustentado en la razón práctica: la razón de la fuerza. El imperio que plantean los teóricos se caracteriza por la violencia del uso de la fuerza, su *ratio iure* es simple y primitiva, su razón es la razón de la fuerza, como en su momento lo fue la *pax romanae*, se configura un sutil orden totalitario en ausencia de un orden jurídico –como respuesta al vacío-, en la terminología de Michael Hardt y Antonio Negri<sup>26</sup>:

Todo sistema jurídico es de algún modo una cristalización de un conjunto específico de valores, por que la ética es parte de la materialidad de toda fundación teórica, pero el imperio – y en particular la tradición romana de derecho imperial- es peculiar por cuanto lleva al extremo la coincidencia y la universalidad de lo ético y lo jurídico; en el imperio hay paz, en el imperio existe garantía de justicia para todas las personas. El concepto de imperio se presenta como un concierto global bajo la dirección de un único conductor, un poder unitario que mantiene la paz social y produce sus verdades éticas. Y para que ese poder único alcance tales fines, se le concede la fuerza indispensable a los efectos de librar –cuando sea necesario- guerras justas, en las fronteras contra los bárbaros y, en el interior contra los rebeldes

*¿La fuerza de la razón o la razón de la fuerza?*

---

<sup>26</sup> Op.Cit. Pág. 25

En lugar de existir la fuerza del derecho en la razón, el derecho se convierte en la razón de la fuerza, mediante un control sutil a penas perceptible pero efectivo de dominación que los autores denominan reproducción biopolítica

Paradójico resulta que el mundo cierto y ordenado que según Anthony Giddens<sup>27</sup> no pudo construir la razón -a la imagen del planteado por Orwell- se construya mediante la fuerza ante el ocaso de la razón entendida como la planteaban lo iluministas: como racionalidad absoluta; un mundo totalitario y antidemocrático que el citado Georges Orwell dibuja en su novela 1984, regido por un dominio absoluto de la vida de sus ciudadanos muy similar al planteado por Hardt y Negri (reproducción biopolítica) de la siguiente manera<sup>28</sup>:

Se trata de una ficción de carácter político que ha tenido gran resonancia en muchos países. En ella nos presenta una visión de del mundo futuro dividido en tres grandes estados totalitarios y regidos por tres consignas: la guerra es la paz, la libertad es la esclavitud, la ignorancia es la fuerza. El protagonista de esta historia, Listón Smith, es el símbolo de la rebelión contra el poder monstruoso de un estado policiaco que se ha apoderado de la vida y conciencia de todos sus súbditos, al grado de vigilarlos cada minuto con sus innumerables cámaras. Repartidas por toda la ciudad, retrato de un enorme rostro: El gran hermano te vigila....

Si en un momento determinado la descripción de un mundo totalitario y absoluto como el conceptualizado por Orwell puede parecer ficción, es menester tener presente que

---

<sup>27</sup> Infra pág. 57; Ver. Giddens Anthony, *A run away world en Giddens Anthony, Un mundo desbocado*, Taurus, España, 2000

<sup>28</sup> Orwell, Georges, *1984*, 1ª Edición, Editorial Tomo S. A., México, 2002

la historia de la humanidad ya ha demostrado la posibilidad este tipo de organización política, como en su momento lo fue el fascismo italiano al frente de Mussolini o el régimen del partido de estado del también fascista régimen de partido del nacional socialismo<sup>29</sup> (nazismo) en la Alemania de las postrimerías de la primera guerra mundial; regímenes que evocaban ambos sendos principios éticos en calidad de verdades absolutas, emulando los sistemas de reproducción biopolítica (dominio social) y a los imperios de la antigüedad, por citar un ejemplo de crónica de estos acontecimientos téngase presente el siguiente fragmento del diario de Ana Frank para comprender la dimensión del control biopolítico<sup>30</sup>:

Después de 1940 nuestra buena racha iba a terminar: primero que nada la guerra, la capitulación y la invasión alemana lograron llevarnos a la miseria. Disposición tras disposición contra los judíos. Los judíos obligados a llevar la estrella, a ceder sus bicicletas. Prohibición a los judíos de transportarse en tranvía o conducir un automóvil. Obligación de comprar sus cosas únicamente en negocios judíos, y de tres a cuatro de la tarde únicamente. Prohibición para los judíos de salir después de las ocho de la noche o de permanecer en casa de sus amigos. Prohibido practicar cualquier deporte: no nadar, no jugar tenis o jockey, ni otras cosas de entretenimiento. Prohibido frecuentar a los cristianos. Obligación de asistir exclusivamente a escuelas judías, y muchas otras restricciones semejantes.

---

<sup>29</sup> Nacionalsocialismo, también conocido como nazismo, movimiento político alemán que se constituyó en 1920 con la creación del Partido Nacionalsocialista Alemán del Trabajo (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter-Partei, NSDAP), llamado habitualmente partido nazi. Su apogeo culminó con la proclamación del III Reich, el régimen totalitario alemán presidido entre 1933 y 1945 por Adolf Hitler, responsable del inicio de la II Guerra Mundial y causante del Holocausto.

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>30</sup> Frank, Ana, *Diario de Ana Frank*, 8ª Edición, editorial Tomo, México, 2005, pág. 13

De esta forma vivimos, sin hacer esto o aquello. Jopie me dice siempre no me atrevo a hacer nada, pues me da miedo que esté prohibido...

Por otra parte, la actualidad de estos riesgos ante el colapso del paradigma de certeza en el racionalismo y la concepción de sistema jurídico sustentada en este principio es patente y no imaginaria si se atiende a la política exterior de la administración del actualmente reelecto líder republicano, el texano George W. Bush, presidente de Unión Americana. Este personaje invariablemente expone los planteamiento de reproducción biopolítica de Hardt y Negri en su discurso ante la cámara de representantes en 2001, donde plantea visiblemente la universalidad y justicia de la causa norteamericana (guerra contra el terrorismo) hacia el interior de las fronteras nacionales y al exterior en forma claramente extraterritorial; donde se justifica – como señalan Hardt y Negri- el uso de la fuerza, la noción de guerra justa en aras de una paz perpetua (*pax americana* en emulación de la *pax romanae*)<sup>31</sup>:

After all that has just passed -- all the lives taken, and all the possibilities and hopes that died with them -- It is natural to wonder if America's future is one of fear. Some speak of an age of terror. I know there are struggles ahead, and dangers to face. But this country will define our times, not be defined by them. As long as the United States of America is determined and strong, this will not be an age of terror; this will be an age of liberty, here and across the world. (Applause.)

Great harm has been done to us. We have suffered great loss. And in our grief and anger we have found our mission and our moment. Freedom and fear are at war. The advance of human freedom -- the great achievement of our time, and the great hope of every time -- now depends on us. Our nation -- this generation -- will lift a dark threat of violence from our

---

<sup>31</sup>Bush W. George, Speech to nation, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>

people and our future. We will rally the world to this cause by our efforts, by our courage. We will not tire, we will not falter, and we will not fail. (Applause.)

It is my hope that in the months and years ahead, life will return almost to normal. We'll go back to our lives and routines, and that is good. Even grief recedes with time and grace. But our resolve must not pass. Each of us will remember what happened that day, and to whom it happened. We'll remember the moment the news came -- where we were and what we were doing. Some will remember an image of a fire, or a story of rescue. Some will carry memories of a face and a voice gone forever.

And I will carry this: It is the police shield of a man named George Howard, who died at the World Trade Center trying to save others. It was given to me by his mom, Arlene, as a proud memorial to her son. This is my reminder of lives that ended, and a task that does not end.

I will not forget this wound to our country or those who inflicted it. I will not yield; I will not rest; I will not relent in waging this struggle for freedom and security for the American people.

The course of this conflict is not known, yet its outcome is certain. Freedom and fear, justice and cruelty, have always been at war, and we know that God is not neutral between them.

Fellow citizens, we'll meet violence with patient justice -- assured of the rightness of our cause, and confident of the victories to come. In all that lies before us, may God grant us wisdom, and may He watch over the United States of America.

Thank you

Es notoria la correspondencia entre el planteamiento de Michael Hardt y Antonio Negri en imperio y el discurso de George Walker Bush. Como plantean los autores de imperio, Bush expone una cruzada internacional para la preservación de un valor para él universal: la libertad, cuando afirma: "as long as the United States of America is determined and strong, this will not be a age of terror this will be an age of liberty, here and across the World" (en la medida en que Los Estados Unidos estén determinados y

sean fuertes, no habrá una era de terror, habrá una era de libertad aquí y a través del mundo); es decir la prevalencia de un ideal de pretendida validez universal a procurarse mediante la guerra: "freedom and fear are in war" (la libertad y el terror están en guerra), para alcanzar la paz perpetua: "It is my hope that in the months and years ahead, life will return almost to normal. We'll go back to our lives and routines, and that is good" (es mi esperanza que en los meses y años venideros, la vida volverá a la normalidad, volveremos a nuestra vida y rutinas).

### *La guerra justa*

El presidente norteamericano no duda en establecer el carácter divino de su guerra para justificar que se trata de una guerra justa (la *pax* norteamericana) y señalar que como causa ética insoslayable está destinada a la victoria: el curso del conflicto se conoce, su desenlace es previsible, libertad y terror, justicia y crueldad han siempre estado en guerra y Dios no es neutral entre ellos; asimismo agrega: conoceremos la violencia con paciente justicia- seguros de la justicia y rectitud de nuestra causa- y confiados en la inminente victoria venidera"

El discurso evidencia la factibilidad del escenario plantado por Hardt y Negri, la constitución de un orden "jurídico" universal sustentado necesariamente en la fuerza en plena postmodernidad como marco de la globalización. El dibujo de un mundo totalitario y profundamente antidemocrático como resultado del colapso del sistema jurídico ficticio de la modernidad. En este sentido Hardt y Negri ya han contextualizado respecto del símil entre el imperio romano y la Pax americana, por lo que ambos pensadores señalan que el ascenso del imperio implica necesariamente la muerte de la república, pues una verdad única no deja lugar a detractores, a otras formas de pensar ni a la pluralidad y la democracia.

## *La guerra en Irak*

El evento más tangible de la ineficacia del sistema jurídico internacional representado por La Organización de Naciones en el contexto de la reestructuración del orden mundial propuesta por los coautores Michael Hardt y Antonio Negri en Imperio es precisamente la Guerra en Irak que evidenció que las Naciones Unidas -a pesar de estar legalmente facultadas para prevenir las guerras- simplemente carecían de la organización para efectuarlo; evidenciando en forma elocuente los efectos de la dicotomía norma/hecho en los sistemas jurídicos: la ineficacia. Esto es que no pudieron evitar la intervención armada norteamericana en Irak, según detallan documentos del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>32</sup>:

El objetivo común de la comunidad internacional es el desarme de Irak conforme a las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Para conseguirlo la resolución 1441 (2002), aprobada por unanimidad, prevé un régimen de inspecciones sin precedentes

Reafirmamos que en las circunstancias actuales nada justifica renunciar al proceso de inspección ni recurrir a la fuerza... El uso de la fuerza no puede sino ser el último recurso. Dirigimos un solemne llamamiento a todos los miembros del Consejo de Seguridad para que hagan todo lo posible a fin de que prevalezca la vía pacífica considerada prioritaria por el consejo de seguridad y por la inmensa mayoría de la comunidad internacional

---

<sup>32</sup> Carta de fecha 15 de marzo de 2003 enviada por el representante permanente de Alemania al presidente del consejo de seguridad de la Organización de Naciones Unidas. [www.un.org](http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/282/68/PDF/N0328268.pdf?OpenElement)  
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/282/68/PDF/N0328268.pdf?OpenElement>

## *La crisis de la democracia: la república en peligro*

Esta afirmación se refiere a la cancelación del sistema democrático, esencia de la república a escala planetaria, por efecto del derrumbe del orden jurídico internacional creado durante la modernidad. A este respecto y en el mismo orden de ideas, el lingüista y filósofo del Instituto tecnológico de Massachussets, Noam Chomsky no titubea en señalar que los Estados Unidos de Norteamérica están en un proceso de decadencia política, en lo que denomina el destierro de la democracia (*detering democracy*). Donde el pensador expone la forma paradójica en que la política exterior estadounidense provoca el colapso del régimen del presidente haitiano Aristide, en nombre de la democracia sobre la que originalmente se constituyó el citado régimen; que a la postre pese a ser un gobierno democráticamente electo también fue derrocado en nombre de la democracia. Esto es exactamente lo sugerido previamente en Imperio cuando destacan sus autores que los valores del imperio se imponen por la fuerza militar dentro o fuera de sus fronteras, de acuerdo con Chomsky<sup>33</sup>:

The real world is described succinctly by "a US official with extensive experience of Haiti," quoted in the *Boston Globe*. "Aristide -- slum priest, grass-roots activist, exponent of Liberation Theology -- represents everything that CIA, DOD and FBI think they have been trying to protect this country against for the past 50 years'," he said. They have not misunderstand their instructions from the executive branch, and the interests it represents.

It is hard to imagine that Washington will permit such crass display of the class and power interests of the intervention, and its intent to subvert and eliminate any thought of democracy. Cosmetic changes will surely be needed, if only for the benefit of the doctrinal institutions, which have to have some peg, however fragile, on which to hang the official tales about "idealism," "good works," "benevolent intentions," and the rest of the familiar ritual. Allowing FRAPH and the rest of the attache-Macoute system to function freely will pose an eventual

---

<sup>33</sup> Chomsky, Noam, *"Democracy Restored"*, *Z Magazine*, November, 1994



threat to the occupying forces themselves, though they have been given ample time to go underground with their weapons and organizational structure intact.

Los hechos de la política exterior norteamericana relatados y analizados por Noam Chomsky coinciden con el mecanismo de biopoder previsto por los autores de imperio, denotando que en efecto se constituye un orden internacional basado en la fuerza como resultado del colapso del sistema jurídico internacional de la modernidad diseñado sobre el formalismo kelseniano, tan neutro axiológicamente, tan independiente de la realidad fáctica, tan efímero e ineficaz en el terreno de la empiria.

En el mismo sentido se expresa el teórico de las ciencias políticas Giovanni Sartori, quien en su libro teoría de la democracia, el debate contemporáneo expone que la historia de la democracia se ha caracterizado por sus continuos retrocesos, especialmente en la actualidad, época en la que existe confusión acerca del significado de la democracia y una discusión acerca de la factibilidad empírica de sus ideales en la postmodernidad<sup>34</sup>:

El título del primer volumen es El debate contemporáneo ¿sobre qué versa ese debate? ¿qué lo convierte en contemporáneo? El que hoy a mi entender, nos enfrentamos especialmente a conflictos entre hechos y valores. La teoría clásica de la democracia no estableció de forma sistemática una diferenciación entre el sistema ideal y la realidad. Lo cual fue debido a que hasta los años cuarenta, no existía división alguna entre la teoría normativa y empírica de la democracia.... El problema crucial es entonces hasta qué punto y de que manera se realizan los valores, y si son realizables...

### *Exclusión*

Significativo resulta el hecho de que tanto los autores de Imperio, como Noam Chomsky y Gustavo Zagrebelsky vinculen el establecimiento de un régimen de fuerza a la reconfiguración del capitalismo a escala mundial mediante la Globalización; es decir que si bien la decadencia de los sistemas jurídicos constituidos en el ámbito universal sobre el formalismo kelseniano se explica por las deficiencias teóricas del pensamiento racionalista, y este hecho explica la configuración de un orden

---

<sup>34</sup> Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, el debate contemporáneo, Tercera reimpresión, Alianza Universidad, España, 2001

de fuerza a nivel mundial, la razón de este nuevo orden altamente excluyente se encuentra en intereses económicos específicos como claramente señala Vivian Forrester<sup>35</sup>:

Sin embargo, en este sistema una pregunta esencial jamás formulada: ¿Es necesario merecer el derecho de vivir? Una ínfima minoría, provista de poderes excepcionales, propiedades y derechos considerados naturales, posee de oficio ese derecho. En cambio el resto de la humanidad, para merecer el derecho de vivir, debe demostrar que es útil para la sociedad, es decir, para aquello que la rige y la domina: la economía confundida más que nunca con los negocios, la economía de mercado. Para ella útil significa casi siempre rentable, es decir que le de ganancias a las ganancias. En una palabra empleable (Explotable sería de mal gusto)

### *La dictadura del aforismo*

En síntesis, la tesis de que las sociedades planteadas en la idea de certeza de la racionalidad absoluta del racionalismo del siglo de las luces correspondiente a la modernidad se encuentran en crisis -como plantea Anthony Giddens- se encuentra fuertemente fundada y es extensiva al sistema jurídico y al derecho como señala Alain Tourain, por su parte Antonio Hardt y Antonio Negri dan la razón a Ulrich Beck al señalar que las sociedades al no ajustarse a la noción de certeza del racionalismo se disimulan mediante ficciones – en este punto Michael Hardt coincide con Gustavo Zagrebelsky al señalar que una de esas grades ficciones es el sistema jurídico., que como detalla Michael Hardt se debe en gran medida a la concepción meramente formalista de Hans Kelsen.

Por su parte, la tesis de Michael Hardt acerca de la instauración de un orden totalitario como consecuencia de la ineficacia del orden jurídico sustentado en el formalismo kelseniano corrobora el cuestionamiento de ineficacia de los ordenes jurídicos en la postmodernidad como se plantea en esta tesis; y además corrobora que dicha ineficacia procede de una concepción epistemológica *ab origen* en la teoría del derecho, en este caso la pureza metodológica de Hans Kelsen en la teoría pura del derecho y su determinación de desvincular la teoría jurídica de la realidad fáctica,

---

<sup>35</sup> Forrester, Vivian, *El Horror económico*, 2ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

corroborando otra hipótesis en esta investigación: que la ineficacia en los sistemas normativos actuales tiene como origen la desvinculación entre teoría y práctica del derecho.

La idea de ciencia construida sobre el racionalismo es inequívoca y objetiva; consecuentemente la ciencia no es objeto de discusión científica ni de ninguna otra especie, son leyes causalmente establecidas de aplicación universal. Señalar un sistema económico como ciencia: la economía, permite sustraer de la discusión pública que caracteriza a las democracias; por eso el neoliberalismo es ejercido por tecnócratas<sup>36</sup>, que sobre pretendidas reglas científicas justifican cualquier decisión en forma autoritaria: la dictadura del aforismo. Es decir esa es la respuesta a la interrogante que planteaba Ulrich Beck acerca de la forma en que se disimulaban los riesgos socialmente creados: se esconden en la intachable objetividad científica.

En este horizonte cabe cuestionar si finalmente la tradicional aspiración de un mundo regido por la razón, y por ende por el derecho se ha colapsado irreversiblemente y, si por consiguiente el futuro de las sociedades humanas en la postmodernidad es la ley de la fuerza bajo el concepto del neoliberalismo o consenso de Washington<sup>37</sup> o, si en su defecto, existen otras alternativas, y en este último caso ¿Cuáles son tales alternativas?

#### 1.4 EL DERECHO EN EL FUTURO: PROSPECTIVA DEL DERECHO

This is the way democracy  
looks like  
Movimiento alter mundista,  
Seattle 1999

“Así es como se ve la democracia” reclamaban airadamente en multitudinarias protestas públicas los detractores de la globalización financiera identificada con

---

<sup>36</sup> Tecnocracia es el término que denota a los ideólogos del neoliberalismo que sustentan sus políticas económicas en conocimiento técnico; es decir obteniendo poder de la idea de ciencia.

<sup>37</sup> Consenso de Washington se refiere a la estandarización de políticas económicas hacia los postulados de la economía de libre mercado a escala global.

intereses económicos comúnmente denominados como neoliberalismo<sup>38</sup>; asimismo conocidos por sus críticos como “globalifóbicos” y por el público en general como alter mundistas. Personajes que no dudan en reclamar la posibilidad, la factibilidad de constituir un nuevo orden mundial que no se sustente en el pensamiento neoliberal al que acusan de ser profundamente antidemocrático e injusto en materia de respeto al medio ambiente y a los demás derechos humanos<sup>39</sup>.

### *Otro mundo es posible*

Otro mundo es posible es su consigna. Es decir otra organización económica, política y social y jurídica, diferente a la del orden de fuerza propuesto por el neoliberalismo descrito en Imperio es factible y viable a escala planetaria.

### *Los ciudadanos del mundo*

Por ejemplo la noción de la nación global. La idea cosmopolita de que exista una ciudadanía universal como resultado de la globalización que redunde en una verdadera nación representativa de la heterogénea riqueza de la cultura y sociedad mundial, tal y como explica Derek Heater en su obra ciudadanía mundial (*World citizenship*)<sup>51</sup>:

---

<sup>38</sup>Ver Friedman, Milton, libertad de elegir. Como fundador de la teoría monetarista, según la cual las fuerzas del libre mercado son más eficientes que la intervención pública a la hora de fomentar un crecimiento económico estable sin tensiones inflacionistas. Es el principal defensor de una política cuyo eje lo representa la actividad del banco central, aumentando la oferta monetaria a un ritmo constante, en vez de desarrollar políticas públicas dirigidas que implican grandes expansiones o contracciones de la oferta monetaria (Por su relación con el pensamiento de la economía clásica de los liberales en el siglo XVIII y las ideas sobre libre mercado del capitalismo proyectado en forma universal, sintetizadas en el apotegma Laissez faire, Laissez passer)

<sup>39</sup> Ver Fukuyama, Francis, en El fin de la historia, donde destaca que la sociedad de libre mercado occidental es la máxima expresión en el desarrollo humano que no es posible superar, razón por la cual a menudo sus críticos denominan al neoliberalismo del consenso de Washington pensamiento único.

“World citizenship is an enigma. It is an allusive, puzzling term with no fixed, universally accepted <sup>40</sup>meaning, nor does it refer to a recognized status. This is tantalizing, because there is surely an essence that can be brought from behind the enigmatic veil into a real and universally accepted existence. How should one proceed in order to achieve this clarification and realization?”

### *Un Nuevo Estado*

Más aun, algunos autores no solo creen que exista la posibilidad de generar una ciudadanía mundial como expone Derek Heater, sino que incluso buscan bases para sustentar un nuevo orden global y, en específico se habla de los fundamentos constitutivos del estado global resultante de lo que el autor denomina globalización como una revolución sin completar; como solución a la dicotomía estado-nación versus globalización planteada por Marcos Kaplan<sup>41</sup>:

“El Estado en la globalización está sometido a sometido a una dialéctica contradictoria. Por una parte, las fuerzas y tendencias a su debilitamiento y decadencia, las profecías sobre su extinción. Por la otra parte, se dan la continuidad y el fortalecimiento del estado soberano e intervencionista, aunque transformado”

En ese escenario descrito por Marcos Kaplan del estado circunscrito en el enfrentamiento dialéctico de fuerzas antagónicas sobre su permanencia o

---

<sup>40</sup> Heater, Derek, *World Citizenship*, Continuum, London, 2002, Pág. 180

<sup>41</sup> Cf. Estado y Globalización en Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, Pág. 411

desaparición; según Martin Shaw de la Universidad de Cambridge tiene lugar la posibilidad de creación de un estado global<sup>42</sup>:

Towards a global state? The fundamental questions posed by my analysis are to do with the relationships between the different types of centers of power. What is the extent of western dominance? How far do the principal non western states pose a limit to this dominance? What sorts of contradictions does the emergence of new state create for the western state and the global layer? Can the synergy of the west and the global layer be said to be leading towards the consolidation a global state? If the process is under way, what contradictions are involved, and how fundamental are they likely to prove?

### *La república*

Si se está gestando una ciudadanía global constitutiva de un estado tentativamente global; ¿que tipo de estado debe ser? A este respecto Esref Aksu y Joseph A. Camilleri académicos de la Trobe University en Melbourne, Australia, en forma por demás clara propugnan por democratizar la gobernabilidad en la globalización – tal y como reclaman los alter mundistas-, partiendo de la consideración de que la democracia posee una prolífica historia, y en este sentido plantean la forma en que la actual ola democratizadora debe conducir a la gobernabilidad global armonizando lo local y global en forma sinérgica<sup>43</sup>:

Global democracy has to move therefore in two different directions simultaneously : It must deepen democratic participation at the lower levels

---

<sup>42</sup> Shaw, Martin, Cambridge University Press, Cambridge United Kingdom, 2000, pág. 251-252

<sup>43</sup> Aksu, Esref y Camilleri A. Joseph, *Democratizing the global governance*, First Edition, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2002, pág. 55

(local, national, regional), while broadening it at the higher level of global decision making. In the process, democracy is hostage to the competing ideological contestations of libertarianism, egalitarianism, communitarianism and authoritarianism. Each ideological school tends to opt for a different axial principle of political organization emphasizing, respectively, the role of freedom, equality, community and order. The challenge is to optimize the mix of these competing but complementary norms, not to maximize any one of them at the expense of the others

### *Justicia*

Crear una ciudadanía y estado global en un entorno democrático es el objetivo de las sociedades postmodernas, los teóricos analizan la viabilidad de este sistema desde distintas disciplinas y perspectivas; empero con el antecedente del derrumbe del paradigma jurídico de la modernidad basado en el espejismo de la certeza, la pregunta inmediata es ¿bajo que orden jurídico? Por cuanto hace al orden normativo los investigadores Ian Shapiro y Lea Brilmayer de la Universidad de Yale en los Estados Unidos de Norteamérica sostienen la necesidad de crear un sistema jurídico supranacional y global que responda a la deuda de la globalización por cuanto hace a justicia como reclaman los alter mundistas<sup>44</sup>:

“Questions about global justice are at least as pressing in the environment as they ever have been. Globalization has done so little, if anything, to promote justice”

---

<sup>44</sup> Shapiro Ian y Brilmayer Lae, *Global Justice*, New York university press, United States of America, 1999.

Hacia finales del año dos mil, los movimientos alter mundistas propios de las sociedades globales y postmodernas detonados en el año de mil novecientos noventa y nueve en la Ciudad estadounidense de Seattle, críticos severos de la globalización protestaban ante la globalización financiera internacional con pancartas que tenían la leyenda "globalicemos la justicia", como se evidenció en párrafos precedentes; la factibilidad de ese reclamo es objeto de estudio en numerosas ciencias sociales, la ciencia jurídica no es la excepción.

### *Un sistema jurídico para el mundo en la postmodernidad*

El reclamo de un orden jurídico global exigido por los alter mundistas, como genuina expresión de las sociedades contemporáneas hace eco en la mente de connotados teóricos jurídicos como Mireille Delmas-Marty, académica de la Universidad de París I en Francia. Autora que expone la necesidad de superar las heterogeneidad de los diversos sistemas jurídicos que componen el orbe actual sin abandonar su diversidad cultural ni permitir un totalitarismo, sustentado en la subordinación de un sistema jurídico sobre otro, o de una cultura sobre otra: un orden democrático; de modo que los derechos fundamentales de la humanidad se garanticen en forma *erga omnes*, i. est. universalmente en todos los confines de la tierra, según esta autora<sup>45</sup>:

A l'échelle planétaire, l'espace normatif n'est encore que très faiblement ordonné.

D'où l'intérêt de combiner conformité et compatibilité pour s'efforcer d'organiser la diversité des systèmes sans imposer l'impossible unité, car la recherche d'un

---

<sup>45</sup> Delmas-Marty, Mirreille, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994. , Pág. 267



ordre planétaire unifié risquerait d'aboutir à un ordre totalitaire, imposant l'hégémonie d'une culture, d'un Etat ou d'une Région sur les autres.

Mireille Delmas-Marty va más lejos al señalar la necesidad de desarrollar un orden jurídico distinto, un sistema que permita conjugar sobre una base común diferentes sistemas jurídicos en un orden supranacional no totalitario que denomina derecho de los derechos; sin unificar los distintos derechos (sistemas normativos), armonizándolos pero no homologándolos. Para este fin es indispensable generar una serie de principios comunes y supranacionales, en otras palabras Mireille Delmas-Marty busca una alternativa de orden jurídico internacional distinta al régimen totalitario propuesto por los partidarios del totalitarismo descrito en imperio por Michael Hardt para dar respuesta a las demandas de las sociedades contemporáneas por cuanto a la constitución de un orden civilizado y democrático de derecho se refiere, en la óptica de la teórica<sup>46</sup>:

A partir des droits de l'homme, il devient possible d'imaginer un "droit des droits" qui permettrait de rapprocher, et non d'unifier, les différents systèmes. Les rapprocher en une harmonie faite tout à la fois de leur subordination à un ordre supranational et de leur coordination selon des principes communs. Comme autant de nuages qui portés par un même souffle s'ordonneraient peu à peu tout en gardant leur propre rythme, leurs propres formes.

La idea de Mireille Delmas-Marty no constituye una mera aspiración utópica, sino que existen nociones evidentes de la necesidad de un sistema supranacional de sistemas jurídicos en el plano de la compleja geopolítica de la globalización en plena postmodernidad; un ejemplo evidente de esta situación es la figura de jurisdicción

---

<sup>46</sup> Ibidem, Pág. 284 . Nota bene. Es preciso tener presente que la propuesta de Mireille Delmas Marty plantea universalizar los derechos humanos en la globalidad.

universal presente en la constitución española, como se evidenció cuando la audiencia nacional española a través del juez Baltasar Garzón, al reclamar la extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad en base a la atribución de jurisdicción universal<sup>47</sup>.

La idea de Delmas-Marty no se encuentra fuera de contexto ni es infactible, el caso de Augusto Pinochet lo sustenta y muestra la apremiante necesidad de un derecho de los derechos -es decir la constitución de un orden jurídico internacional en base a principios supranacionales, democrático y civilizado para el mundo contemporáneo-; empero la cuestión no es sostener o no la necesidad de tal sistema jurídico supranacional evidente *per se*; sino ante el ocaso de la propuesta formalista de los sistemas jurídicos, detallar sobre que bases epistemológicas y metodológicas puede configurarse un sistema jurídico de tales características en forma factible y viable, que sea capaz de trascender los conflictos normativos insalvables desde ciertos postulados axiomáticos, que pueda sentar bases para que la tradición románica o europea continental coexista con el *common law*<sup>48</sup> y con otros sistemas.

### *Una nueva concepción del derecho*

Crear semejante orden jurídico supone subsanar la deficiencias del orden jurídico contemporáneo ahora en crisis, resolver lo que la propuesta kelseniana no logró resolver en su momento: el pensamiento reduccionista dicotómico presente en el racionalismo positivista y en especial la dicotomía norma/hecho. Con la intención de lograr este fin es indispensable determinar en que punto de la historia y por que

---

<sup>47</sup>i.e. La facultad legal entendida como la capacidad de reclamar crímenes cometidos contra la humanidad en cualquier ámbito geográfico y temporal.

<sup>48</sup> La diversidad de sistemas jurídicos es estudiada por el derecho comparado, que divide y agrupa órdenes jurídicos en tradiciones jurídicas, sistema europeo románico occidental, sistema socialista, etc. Entre estas familias o tradiciones jurídicas se encuentra el common law de los sistemas anglófonos basados no en codificaciones sino en precedentes.

motivos los sistemas jurídicos se volvieron ineficaces en términos prácticos e inválidos en términos científicos; o expresado en términos lisos y llanos, para ulteriormente sobre la base de este diagnóstico determinar la naturaleza del fenómeno jurídico, condición sine qua non para generar el nuevo marco epistémico y metodológico que sustente una teoría integral del derecho acorde con los requerimientos de las complejas sociedades postmodernas, en esta lógica es indispensable responder una interrogante ¿Qué es el derecho?, para generar la teoría que vuelva eficaz el orden jurídico en términos de praxis en forma global

Establecer a correcta naturaleza del fenómeno jurídico es el punto de partida si se pretende construir una teoría del derecho científicamente válida que sustente un orden jurídico viable y factible en términos de praxis para la sociedad de la aldea global en la postmodernidad como resultado de que la razón de que fallará la propuesta del kelnesianismo se debe a la insuficiencia epistémico metodológica de su modelo para entender el fenómeno jurídico en su vastedad y complejidad.

## CAPÍTULO 2

### LA CONSOLIDACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO TRADICIONAL

La razón de la crisis del fin teleológico del racionalismo en la postmodernidad: La certeza, debe buscarse en las bases epistemáticas y metodológicas que lo constituyeron. La hipótesis a este respecto es simple: el racionalismo no fue capaz de abordar la cuestión de la complejidad, en particular la del fenómeno jurídico en su justa dimensión, en su lugar creó una serie de abstracciones y modelos irreales: ficciones jurídicas.

El racionalismo subyacente en la metodología positivista tiende a la simplificación del objeto de estudio y a la atomización del conocimiento, como ya se evidenció a partir de la crítica que a este respecto plantea Katrina S. Rogers; la concepción epistemológica del positivismo en lo relativo al derecho fue incapaz de abordar el fenómeno jurídico en forma holística, en su lugar creó concepciones parciales y diversas, con bases epistemológicas y metodológicas propias, inconexas y hasta opuestas.

La epistemología y metodología de estudio planteada por el positivismo respecto del estudio del derecho fragmentó el conocimiento del mismo: Se habla de la ciencia del derecho, de la dogmática jurídica, de la sociología jurídica y por supuesto de la filosofía del derecho en forma atomizada; esto es se aborda el estudio del derecho desde distintas perspectivas como si se tratara de un objeto de estudio diferente. La metodología del positivismo en el estudio del derecho no ha sido capaz de generar una base epistemológica que permita crear una teoría integral del derecho, se plantea pues que:

- I) Desde la epistemología y metodología positivista para el derecho no se ha podido crear una teoría integral del derecho que abarque todos los aspectos del fenómeno derecho en forma congruente y no atomizada.
- II) La ausencia de una teoría integral del derecho ha evitado que se defina con claridad y precisión lo que es el derecho.
- III) La indefinición de la naturaleza del fenómeno jurídico ha dado lugar a una profusa serie de explicaciones, interpretaciones y teorías parciales que concitan enfrentamientos entre los partidarios de distintas posiciones teóricas sobre el derecho.

El presente capítulo tiene por objeto resaltar que aunque el derecho entendido como fenómeno sea una constante en tiempo y espacio, el conocimiento jurídico no lo es, por una parte por que se confunde la ley que es relativa temporalmente con el derecho que es un fenómeno constante; pero por otra parte porque las bases del conocimiento también se transforman en el tiempo aun y cuando el fenómeno jurídico no lo haga. Circunstancia evidente si se parte del concepto de revolución científica de Thomas Kuhn, que da cuenta de la revoluciones en el pensamiento científico mediante la sustitución de un paradigma epistemológico por otro; lo cual fácilmente puede corroborarse si se expone en términos cronológicos y lógicos el desarrollo del pensamiento jurídico.

Esta característica del conocimiento científico actual, su temporalidad, ha sido evidenciada por múltiples epistemólogos, en particular por Anatole Anton, editor de las series de filosofía de la ciencia de la Universidad estatal de San Francisco en California, quien además de señalar con claridad que la división y establecimiento

de las disciplinas científicas es de carácter temporal, aboga por una visión más amplia en el campo epistémico, en términos de tal autor<sup>1</sup>:

"This series is designed to encourage philosophers and social scientists to explore new directions in research, particularly directions that may lead to a reintegration of philosophies with sciences, the art and/or the humanities. The series are guided by three premises:

1. The intellectual division of labor into distinct academic disciplines is a product of changing historical circumstances and conditions (including developments within the disciplines themselves)."

Como claramente señala Anatole Anton en la cita precedente la división del trabajo intelectual en diferentes disciplinas académicas es un producto de circunstancias históricas y condiciones cambiantes, que incluyen los avances registrados la interior de las propias ciencias. Este hecho resulta evidente en el conocimiento jurídico, pues del análisis cronológico del mismo se verifica por una parte que tal y como sostiene Anton la división del trabajo intelectual en el estudio del derecho ha variada de época a época y con ello se sustenta la premisa de que es el conocimiento jurídico el que se transforma a través del tiempo y no necesariamente su objeto de estudio (el fenómeno jurídico en sí mismo).

De igual modo se tiene que el cambio en la conformación de las disciplinas diversas, incluida por supuesto la ciencia del derecho, se debe tanto a condiciones históricas

---

<sup>1</sup> Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century*, San Francisco state University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996

(sociales en sentido amplio) como al avance que se gesta al interior de las disciplinas científicas propiamente dichas lo cual acontece en el derecho y resulta evidente si se analiza cronológicamente la sucesión de planteamientos y teorías del derecho.

En este sentido es importante hacer notar las siguientes circunstancias:

a) Que si bien el derecho como objeto de estudio ha permanecido constante en tiempo y espacio no así el conocimiento jurídico, debido a la existencia de distintos paradigmas gnoseológicos y epistemológicos<sup>2</sup> a partir de los cuales se aborda el fenómeno jurídico, que dan lugar a sistemas conceptuales y teóricos distintos, a los cuales corresponde una determinada metodología;

b) Los cambios en los marcos epistémico-metodológicos y teóricos se deben en ocasiones a avances en las propias disciplinas, pero también pueden ser inducidas por cambios sociales aunque no sean científicos.

En este punto se introduce la hipótesis de que la sucesión de explicaciones teóricas del derecho tienen su origen en la incapacidad epistemológica de la ciencia del derecho erigida sobre el positivismo para generar un enfoque holístico, de conjunto; por lo que generaba solo explicaciones parciales de un mismo fenómeno que no

---

<sup>2</sup> La Gnoseología estudia el conocimiento y sus posibilidades en los distintos niveles de conocimiento en tanto que la epistemología se refiere a un tipo de conocimiento particular, el de tipo científico.

Ver Hesse German, Teoría del conocimiento.

Epistemología (del griego, episteme, 'conocimiento'; logos, 'teoría'), rama de la filosofía que trata de los problemas filosóficos que rodean a la denominada teoría del conocimiento. La epistemología se ocupa de la definición del saber y de los conceptos relacionados, de las fuentes, de los criterios, de los tipos de conocimiento posible y del grado con el que cada uno resulta cierto; así como de la relación exacta entre el que conoce y el objeto conocido.

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

comprendía en su totalidad: el derecho, situación que se explica por la carencia de herramientas metodológicas para estos fines<sup>3</sup>.

## 2.1 CONCEPCIONES GNOSEOLÓGICAS DEL DERECHO A TRAVÉS DEL TIEMPO

El conocimiento como producto de la acción intelectual humana se encuentra en un proceso permanente de actualización, en la actualidad no se le considera más como un producto inmutable y absoluto sino como susceptible de ser perfeccionado sucesivamente con nuevos descubrimientos que paulatinamente conduzcan al mejor conocimiento del ámbito de realidad en estudio. El conocimiento se encuentra en constante transformación y no constituye un producto cognitivo inmutable a través del tiempo, como se ha evidenciado desde los tratados de gnoseología, disciplina encargada del estudio y factibilidad del conocimiento.

El conocimiento de tipo científico estudiado por la epistemología no se sustrae de esta circunstancia. La historia de la ciencia da cuenta de numerosos ejemplos en los que la ortodoxia y rigidez del pensamiento proclamado científico impidió paradójicamente el avance del conocimiento; en tanto el postulado que animaba una determinada concepción gnoseológica o epistemológica se mantenía vigente o por el contrario era sustituida por otra concepción basada en un nuevo postulado fundamental que permitía orientar el pensamiento y la investigación en nuevas direcciones.

Este fenómeno fue denominado por Thomas Kuhn<sup>4</sup> revolución paradigmática<sup>5</sup>, esto es el fenómeno por el cual un paradigma (postulado de un sistema gnoseológico u

---

<sup>3</sup> Ver fundamentos epistemológicos de la investigación, infra pág. 20, metodología transdisciplinaria.

<sup>4</sup> Ver Kuhn Tomas, *Estructura de las revoluciones científicas*, 15ª Edición, FCE, México, 1999

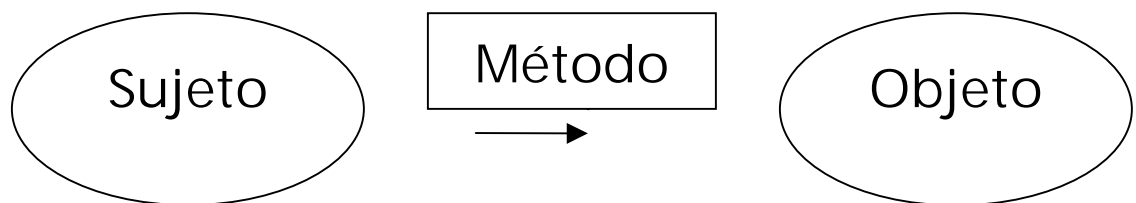
<sup>5</sup> Nota bene. Por paradigma puede entenderse un postulado central que da unidad a una propuesta teórica desde un punto de vista epistemológico Ver. Paradigma, conjunto de formas flexivas que toma una unidad



epistemológico) es sustituido por otro en la medida en que el avance del conocimiento y sus métodos de investigación lo posibilitan; existen pues concepciones vigentes en tanto no se demuestre su falsedad, el conocimiento se compone de variables y constantes que están en función de la vigencia de los conocimientos.

### *Epistemología: Una cuestión de Enfoques*

La epistemología en forma general establece las formas en que se deben dar los acercamientos cognitivos a los distintos objetos de estudio, establece los fundamentos paradigmáticos, metodológicos y un marco teórico referencial *ad hoc* para abordar el estudio de un fenómeno u objeto de interés, es decir mediante un criterio *rationne materiae*, esquemáticamente:



---

léxica o conjunto de unidades léxicas que pueden aparecer y ser intercambiables entre sí en un determinado contexto. Kuhn publicó *La estructura de las revoluciones científicas*, en donde exponía la evolución de las ciencias naturales básicas de un modo que se diferenciaba de forma sustancial de la visión más generalizada entonces. Según Kuhn, las ciencias no progresan siguiendo un proceso uniforme por la aplicación de un hipotético método científico

El derecho como objeto de estudio tampoco se mantiene al margen de esta tendencia y un acercamiento a las distintas explicaciones sobre el derecho desde un ámbito de conocimiento en general (gnoseológico) o un acercamiento más particular de tipo científico (epistemológico) demuestra que las concepciones cognitivas del derecho han cambiado a través del tiempo; la transformación en las concepciones del derecho reflejan la incapacidad para establecer una metodología consistente de estudio para este fenómeno.

Ello se debe a las transformaciones no del objeto de estudio sino de los paradigmas gnoseológicos y epistemológicos con que se aborda, esto es que el derecho como fenómeno social y jurídico ha permanecido en forma constante, siendo los marcos teóricos y conceptuales con los que se aborda su estudio lo que han cambiado. Cada teoría del derecho se construye en base a un cierto paradigma, a determinada concepción epistemológica, por eso puede decirse que la epistemología es una cuestión de enfoques de investigación.

El problema de la epistemología jurídica se debe a dos razones principales:

- a) La Dificultad de establecer el objeto de estudio de la ciencia del derecho, confundiendo el término en distintas acepciones. Este error ha dado lugar a concepciones historicistas y relativistas sobre el derecho, que parten de la noción errónea de que el derecho no es un fenómeno constante en el espacio y el tiempo por que confunden la letra de la ley, producto histórico del derecho, con el derecho mismo.

- b) El carácter excluyente de las posturas teóricas del derecho, en una lógica donde la validez de una implica necesariamente la invalidez de otra.

### *Periodización de la scientia iuris*

Con el objeto de evidenciar esta situación, se propone dividir los prolongados espacios de tiempo a través de los cuales ha cambiado la concepción teórica del derecho en periodos históricos que faciliten el análisis de la transformación en la concepción del derecho; primero en un plano de conocimiento general (gnoseológico) y posteriormente en el plano específico del conocimiento científico o epistemológico; la periodización propuesta es la siguiente:

- I) Antigüedad (siglos II antes de cristo –siglo IV después de Cristo)
- II) Edad media (siglos V-XIV)
- III) Modernidad (siglos XVI-XIX)
- IV) Postmodernidad (siglos XX-XXI)

A cada etapa puede relacionarse una determinada concepción del derecho que coincide, de conformidad con lo planteado por Thomas Kuhn con un cambio paradigmático en la comprensión del conocimiento en este caso de tipo jurídico mediante el cual un sistema gnoseológico y/o epistemológico es sustituido por otro sucesivamente; lo cual naturalmente da lugar a nuevas teorías, situación patente en la

historia de la denominada ciencia del derecho. La resultante de esta dinámica es la generación de diferentes concepciones teóricas sobre el derecho a través del tiempo, susceptibles de situarse en el campo cronológico como revoluciones paradigmáticas en el estudio del derecho.

### *Trinomio paradigma, epistemología y metodología*

Asimismo es de señalar que a una determinada concepción gnoseológica y epistemológica de derecho sustentada en un cierto paradigma corresponde una determinada teoría del derecho y por consecuencia una determinada metodología tanto de investigación como de práctica.

### *Antigüedad y edad media: el derecho natural*

*“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equals, That they are endowed by their creator with certain unalienable rights, That among these are life, liberty and the pursuit of happiness ...*

*The nation dedicated to this proposition has now become, The most powerful and prosperous of the nations of the Earth”*

Declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica

“Sostenemos como verdades en sí mismas, que todos los hombres son creados iguales y dotados por su creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad... La nación dedicada a este propósito está llamada a ser la más poderosa y próspera de las naciones sobre la tierra”

Como señala Leo Strauss, profesor emérito de ciencia política en la Universidad de Chicago al citar el pasaje de la declaración de independencia antes reproducido; el pensamiento jurídico partió durante siglos de la consideración de que la base del derecho era natural, como nitidamente permite entrever el pasaje de la declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica donde se alude a derechos inalienables que son intrínsecos a los ciudadanos, derechos que les corresponden por su calidad de seres humanos -derechos que le son naturales- inherentes a la persona humana por el simple hecho de ser persona, derechos que no le son concedidos sino propios, derechos naturales.

### *Lex naturalis*

La idea de derecho fue concebida durante un prolongado lapso de tiempo a partir del paradigma del derecho natural; esto es la idea de que existen derechos en sí mismos, derechos naturales y por ende no creados, que son absolutos e inmutables en el tiempo. Concepción gnoseológica del derecho que se prolongó *in extenso* prácticamente por más de tres milenios desde la antigüedad clásica y durante la totalidad de la edad media, abarcando toda la historia de la civilización humana hasta el inicio de la edad moderna y el advenimiento del renacimiento<sup>6</sup> y

---

<sup>6</sup> Ver Brom John, Esbozo de historia universal, Grijalbo, México, 1974, Pág. 111

la ilustración<sup>7</sup> con respecto del pensamiento occidental, pues la concepción del derecho natural además de persistir en el propio pensamiento occidental; se mantiene vigente en numerosos sistemas jurídicos del mundo no occidental, en términos de Brom:

“En los siglos XV y XVI se desarrolla un movimiento intelectual y artístico que se inspira en la antigüedad clásica. Sus portadores lo consideran un renacimiento de la cultura grecorromana. Reaparecen efectivamente muchas formas y costumbres de la antigüedad pero mezcladas con elementos aportados por los pueblos germánicos. Nuevamente se coloca en el centro de la atención al hombre mismo y su vida terrenal, en vez de dios y la vida después de la muerte.”

### *La ratio legis en el derecho natural*

El derecho natural es la concepción gnoseológica y epistemológica más ampliamente difundida en diferentes culturas que caracterizó al pensamiento jurídico prácticamente en todas las civilizaciones en forma *urbi et orbe*.

---

<sup>7</sup> Cf. Los precursores de la Ilustración pueden remontarse al siglo XVII e incluso antes. Abarcan las aportaciones de grandes racionalistas como René Descartes y Baruch Spinoza, los filósofos políticos Thomas Hobbes y John Locke y algunos pensadores escépticos galos de la categoría de Pierre Bayle o Jean Antoine Condorcet. No obstante, otra base importante fue la confianza engendrada por los nuevos descubrimientos en ciencia, y asimismo el espíritu de relativismo cultural fomentado por la exploración del mundo no conocido. Sobre las suposiciones y creencias básicas comunes a filósofos pensadores de este periodo, quizá lo más importante fue una fe constante en el poder de la razón humana. La época sufrió el impacto intelectual causado por la exposición de la teoría de la gravitación universal de Isaac Newton. Si la humanidad podía resolver las leyes del Universo, las propias leyes de Dios, el camino estaba abierto para descubrir también las leyes que subyacen al conjunto de la naturaleza y la sociedad. Se llegó a asumir que mediante un uso juicioso de la razón, un progreso ilimitado sería posible —progreso en conocimientos, en logros técnicos y sus consecuencias también en valores morales—. De acuerdo con la filosofía de Locke, los autores del siglo XVIII creían que el conocimiento no es innato, sino que procede sólo de la experiencia y la observación guiadas por la razón. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Concepción que bien puede caracterizarse como la idea de que los derechos devienen de circunstancias naturales y en consecuencia no son ni concebidos, ni creados ni reconocidos sino que existen *per se* y son independientes de los cambios históricos, son pues absolutos, inmutables y justos. En forma sintética puede sostenerse que la concepción gnoseológica del derecho natural concibe al derecho como:

- I) Intrínseco y por ende natural (esto es se opone firmemente a la idea de que el derecho sea creado u concedido)
- II) El derecho natural responde a una concepción teleológica de orden, por ende es inalienable e inmutable en el tiempo, pues al ser natural oponerse al derecho y a su orden sería *contra natura*.
- III) El derecho natural es justo, se basa en la idea de legitimidad y en consecuencia tiende a la justicia como fin teleológico.

### *Concepción moderna del derecho natural*

Más propiamente existe una concepción contemporánea del derecho natural tal y como expone Leo Strauss en su obra "*natural right and history*", ubicar el origen de la idea del derecho natural y de sus postulados posibilita distinguir entre una concepción clásica y antigua del derecho natural y otra más moderna, lo que evidencia el proceso de evolución del concepto de derecho natural. La idea contemporánea del derecho natural se refiere a la indefectible dimensión valorativa del derecho como guía del comportamiento tanto individual y social. Sostiene que si bien los valores pueden ser relativos, la necesidad de contemplarlos es absoluta en todos los sistemas jurídicos.

Retomando la idea de revolución paradigmática de Thomas Kuhn, se percibe la vigencia de esta observación para el caso de la concepción del derecho natural cuyo paradigma sería a la postre criticado y por ende parcialmente abandonado por otro paradigma gnoseológico: el positivismo.

La crítica del derecho natural se sitúa cronológicamente en los albores de la modernidad hacia el renacimiento y la ilustración, eventos que marcaron el contexto de la crítica a la visión del iusnaturalismo. Continuando con la exposición de Strauss al derecho natural se le impugnó en el contexto del renacimiento y su idea antropocéntrica como premisa filosófica y cosmogónica en sustitución de la idea teocéntrica<sup>8</sup> de un orden inmutable creado por alguna divinidad superior al hombre que presidió el pensamiento durante la edad media; asimismo se conceptualizó la creación de un mundo por el hombre en base a la razón. De igual forma es conveniente tener en cuenta que en dicho periodo de transición y transformación histórica acontecían no solo cambios en el terreno filosófico y religioso sino también en el aspecto político y económico, un modo de producción económico el feudal era abandonado en pos de otro el mercantilismo y el capitalismo; en consecuencia la organización social y política de la sociedad cambiaba para adecuarse a los cambios: nacía la concepción liberal tanto en la vertiente económica como en la política y jurídica.

---

<sup>8</sup> La escolástica representada en San Agustín derivaba la ley natural de una presunta ley divina; por ese motivo los positivistas consideraron metafísica y acientífica la idea del derecho natural.

Cf. Escolasticismo, movimiento filosófico y teológico que intentó utilizar la razón natural humana, en particular la filosofía y la ciencia de Aristóteles, para comprender el contenido sobrenatural de la revelación cristiana. Principal corriente en las escuelas y universidades de Europa durante la edad media (especialmente desde mediados del siglo XI hasta mediados del siglo XV), su ideal último fue integrar en un sistema ordenado el saber natural de Grecia y Roma y el saber religioso del cristianismo. El término "escolástica" también se utiliza, en un sentido más amplio, para expresar el espíritu y métodos característicos de ese momento de la historia de la filosofía occidental o cualquier otro espíritu o actitud similar hacia el saber de otras épocas. En su origen "escolástico" designaba a los maestros de las escuelas monásticas o catedrales medievales, de las que surgieron las universidades, pero acabó por aplicarse a cualquiera que enseñara filosofía o teología en dichas escuelas o universidades. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. .



## *La crítica*

En este contexto se impugnó del derecho natural la idea de que era un orden inmutable y absoluto; se impugnó sobre la base de que el derecho natural era una postura subjetiva<sup>9</sup> carente de sustento empírico, un mero sistema axiológico irreductiblemente subjetivo que no podría conducir a la generación de conocimiento cierto y verdadero, que no podría conducir a la generación de conocimiento de corte científico a la luz de la era de la razón. En síntesis se crítico el aspecto axiológico<sup>10</sup> del derecho natural y se objetó su validez como conocimiento bajo el argumento de que era subjetivo y relativo a cuestiones meramente metafísicas.

Por su parte Leo Strauss, defensor de la validez del derecho natural tanto en su acepción moderna como clásica destaca la necesidad de revalorizar la idea del derecho natural y plantea con suma profundidad un aspecto interesante que ya ha sido evidenciado por múltiples autores acerca del origen de la crítica al derecho natural presente en el pensamiento germano de finales del siglo XIX y principios del siglo veinte; corriente de pensamiento que sobre la base de las consideraciones de Von Ihering sostenía la idea del carácter histórico del derecho; concepción que evidentemente se contraponía con la posición absoluta de los planteamientos iusnaturalistas (que por obviedad trascendían en tiempo y espacio).

---

<sup>9</sup> Nota Bene. Es pertinente mencionar como la dimensión axiológica o valorativa del derecho natural fue objetada en términos de objetividad científica, sugiriendo desde una perspectiva reduccionista que lo valorativo era subjetivo, consecuentemente irracional y por tanto no pertenecía a la materia de la ciencia.

<sup>10</sup> Axiología (del griego axios, 'lo que es valioso o estimable', y logos, 'ciencia'), teoría del valor o de lo que se considera valioso. La axiología no sólo trata de los valores positivos, sino también de los valores negativos, analizando los principios que permiten considerar que algo es o no valioso, y considerando los fundamentos de tal juicio. La investigación de una teoría de los valores ha encontrado una aplicación especial en la ética y en la estética, ámbitos donde el concepto de valor posee una relevancia específica. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Un aspecto central de la defensa del iusnaturalismo planteada en forma notable por Strauss es que la concepción historicista del derecho (precursora del positivismo jurídico), que en apariencia planteaba un sistema objetivo y científico para el derecho en realidad no estaba provisto de neutralidad axiológica como propugnaban los críticos del derecho natural e incluso sostenía en realidad una ideología, que evidentemente no es científica ni objetiva, la corriente liberal burguesa. De conformidad con Strauss los liberales decidieron abandonar la idea del derecho natural solo para justificar el individualismo<sup>11</sup> en su máxima expresión; en la terminología de Strauss<sup>12</sup>:

“When liberals became impatient of the absolute limits to diversity or individuality that are imposed even by the most liberal version of natural right, they had to make a choice between natural right and the uninhibited cultivation of individuality. They choose the latter”

Asimismo el autor en cita plantea interesantes consecuencias del rechazo a la idea del derecho natural y su esquema axiológico como producto del apoyo irrestricto a las tesis políticas de la ideología liberal basada en el individualismo absoluto; en el sentido de que la individualidad que propugnaban los liberales conduciría inevitablemente al nihilismo absoluto ante la incapacidad del pensamiento científico y racional para establecer lo que es intrínsecamente bueno de lo que no en el terreno

---

<sup>11</sup> Nota Bene. Cabe precisar que el individualismo como fin social es asimismo un valor y por tanto no está exento de contenido axiológico.

<sup>12</sup> Strauss, Leo, *Natural Right and history*, University of Chicago press, Chicago, United States of America, 7<sup>TH</sup> edition, 1992. pág 5

tanto de la ética como de la política, la religión y por supuesto el derecho en los siguientes términos<sup>13</sup>:

It would seem, then, that the rejection of natural right is bound to lead to disastrous consequences. And it is obvious that consequences which are regarded as disastrous by many men and even by some of the most vocal opponents of natural right do follow from the contemporary rejection of natural right. Our social science may make us very wise or clever regards the means for any objectives we might choose. It admits being unable to help us in discriminating between legitimate and illegitimate, between just and unjust, objectives...

...If our principles have not other support that than our blind preferences, everything a man is willing to dare will be permissible. The contemporary rejection of natural right leads to nihilism, it's identical with nihilism.

La advertencia efectuada por Strauss mantiene vigencia, desde su perspectiva el error de los liberales que desecharon la idea de derecho natural por que obstaculizaba su concepción ideológica de libertad individual ilimitada cobra vital importancia por que para Strauss el abandono del derecho natural conduciría como resultante de la imposición de la agenda liberal indefectiblemente al nihilismo<sup>14</sup> absoluto (ante la ausencia total de un cuadro axiológico de valores que guiaran la conducta humana), ¿acaso es esto lo que observamos en la postmodernidad, época de la globalización del pensamiento neo liberal a escala planetaria?

---

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> *Nihilismo* (del latín nihil, 'nada'), término aplicado a diversas filosofías radicales, y por lo general dotado de carácter peyorativo por sus oponentes, con el propósito de denotar que quienes se adhieren a estas filosofías rechazan los valores positivos y no creen en nada. En el contexto de la investigación de Leo Strauss se refiere a la neutralidad axiológica del derecho que conduciría a un vacío valorativo.

### *La metodología en el iusnaturalismo*

La concepción de que existe una ley natural implica en términos metodológicos la necesidad de descubrir tales leyes o principios; en esta lógica es razonable que la metodología se oriente a delinear métodos para descubrir esas leyes, principios o fundamentos en que se sustentan las leyes naturales; por eso tanto en la antigüedad clásica como en la edad media el método de estudio y práctica del derecho fue la hermenéutica jurídica a través de la argumentación jurídica, que Aristóteles detalla en su obra la retórica, que será objeto de posterior análisis.

### *Edad Moderna: el positivismo jurídico*

El positivismo jurídico es una concepción gnoseológica y propiamente epistemológica del derecho correspondiente a la edad moderna. La tesis del positivismo deviene de la concepción paradigmática racionalista de la epistemología como se evidenciará con posterioridad en el apartado correspondiente y se desarrolló en el ámbito jurídico sobre la crítica del derecho natural, en particular la noción de que el derecho natural era de carácter metafísico, por ende el término positivo en su acepción física puede entenderse como lo positivo, lo físico en contraposición al derecho natural que se suponía desde esta perspectiva como metafísico, según detalla Karl Olivercrona<sup>15</sup>:

“Los antimetafísicos, por el contrario suelen partir del concepto de deber. Lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber

---

<sup>15</sup> Olivercrona, Karl, *Lenguaje Jurídico*, Tercera Edición, Fontamara, México, 1995, pág. 13

## *La distinción norma y hecho*

Si bien la crítica general al derecho natural (iusnaturalismo) parte de la consideración de que sus postulados son metafísicos; en forma particular como señala G.J. Riddall, la objeción concreta del derecho natural por parte del positivismo jurídico se centra en lo que los críticos positivistas, en específico el jurista austriaco Hans Kelsen denomina incongruencia lógica del iusnaturalismo al confundir la norma con el hecho<sup>16</sup>, en la terminología del propio G. J. Riddall<sup>17</sup>:

“Es evidente que existen principios de conducta tan básicos que su aplicación es constante y universal, y es evidente que el hombre puede deducir la forma en que deberá comportarse a partir de lo que es capaz de observar de su condición humana, o ¿alguien opina lo contrario?”

Conocemos a dos personas que no estarían de acuerdo, John Austin y, anteriormente David Hume. Recordemos que su principal objeción a la doctrina del derecho natural se refiere a una inconsistencia lógica: que en medio de la doctrina natural se cambia el es (por ejemplo lo que la naturaleza del hombre es) por el debe ser (como debe comportarse el hombre). Kelsen en un importante artículo en el que critica al derecho natural muestra su acuerdo con

---

<sup>16</sup> Nota bene. El origen de la dicotomía norma/hecho en el pensamiento Kelseniano tiene origen en su crítica al iusnaturalismo.

<sup>17</sup> Riddall, J. G., *Teoría del derecho*, Gedisa, 1ª Edición, Barcelona España, 1999, Pág. 99-101

ellos. El derecho natural dice él, desdibuja la diferencia entre las leyes científicas de la naturaleza, las normas por las que la naturaleza describe sus objetos y las normas éticas o morales”

Como se desprende de la cita de Riddall donde alude a la crítica de Kelsen al iusnaturalismo, toda la crítica de la corriente iuspositivista al derecho natural se circunscribe a la diferencia del binomio norma-hecho; distinción conocida en la teoría jurídica como dicotomía norma/hecho, sobre la cual se volverá en apartados posteriores con mayor profundidad.

### *La metodología en el positivismo jurídico*

El positivismo como propuesta jurídica parte de la noción de objetividad<sup>18</sup>, conforme al principio de legalidad que le dio origen pretende eliminar toda posibilidad de subjetividad en el estudio y práctica del derecho. Por tal motivo, el positivismo parte de la noción de racionalidad absoluta y en consecuencia propone una metodología estrictamente deductiva (es decir que va de lo general a lo particular<sup>19</sup>), propia de un modelo axiomático.

La mecánica del razonamiento jurídico positivista plantea que debe aplicarse la norma (principio general) al caso concreto (caso particular) mediante un razonamiento de tipo

---

<sup>18</sup> Nota bene. Se debe prestar atención a la afinidad entre la idea de certeza del racionalismo y la postura de objetividad en las ciencias construidas en la epistemología del positivismo jurídico.

<sup>19</sup> En la lógica deductiva las conclusiones son categóricas, los casos se deducen de principios generales

lógico de subsunción del caso particular en la hipótesis normativa general mediante un razonamiento conocido en la lógica formal<sup>20</sup> como razonamiento silogístico<sup>21</sup> de la forma:

Todo A es un B;

C es un A

Por lo tanto C es un B

Como puede verse el razonamiento silogístico responde a una concepción causalista del tipo si A entonces B.

### *Edad moderna: el realismo*

De la misma forma que el positivismo surge sobre la base de la crítica al carácter "metafísico" del derecho natural o iusnaturalismo, el realismo jurídico por su parte tanto en su vertiente norteamericana como en su forma europea de realismo escandinavo (Alf Ross); emerge como una crítica al carácter estrictamente formal del positivismo jurídico que consideraba a las codificaciones en su conjunto, esto es a la letra de la ley como el derecho positivo. Esto es que consideran a la codificación jurídica y las hipótesis normativas que contienen como el *corpus iuris*, cuerpo físico (positivo del derecho). Postura con la cual no coinciden los realistas quienes la consideran sumamente abstracta y ajena a la realidad del mundo jurídico real, de ahí la denominación de realismo a su propuesta teórica.

---

<sup>20</sup> Nota bene. La que es conocida como lógica clásica (o tradicional) fue enunciada primeramente por Aristóteles en alusión a las ciencias demostrativas, quien elaboró leyes para un correcto razonamiento silogístico. Un silogismo es una proposición hecha de una de estas cuatro afirmaciones posibles: "Todo A es B" (universal afirmativo), "Nada de A es B" (universal negativo), "Algo de A es B" (particular afirmativo) o "Algo de A no es B" (particular negativo).

<sup>21</sup> Nota bene. Un silogismo bien formulado consta de dos premisas y una conclusión, debiendo tener cada premisa un término en común con la conclusión y un segundo término relacionado con la otra premisa.

La primera aportación de los realistas es comprender al derecho desde una perspectiva fenomenológica<sup>22</sup>, pues de hecho comprenden al derecho como un fenómeno (no un simple objeto); que estudian sea desde el campo de la psicología o de la sociología como un fenómeno probable y no determinista (en contravención con la idea de causalidad impulsada por el iuspositivismo), pues introducen ya la concepción de azar e incertidumbre en el estudio y predicción del comportamiento de los agentes en términos de conductas empíricas de interés desde una perspectiva jurídica.

### *Metodología del realismo*

El realismo es una corriente teórica firmemente sustentada en el pensamiento norteamericano y por tanto pragmático; su metodología se sustenta en el pensamiento objetivo ciertamente empirista; sin embargo no plantea ya la causalidad como ocurre en el positivismo jurídico sino que plantea la plausibilidad<sup>23</sup>, es decir considera que existen varias posibles alternativas de solución a un caso específico; de ahí que su metodología sea inductiva<sup>24</sup> y se sustente en el estudio de caso y de precedentes<sup>25</sup>.

Contrario a la metodología del positivismo y su pensamiento deductivo; la lógica inductiva parte de la noción de que los resultados no son deterministas sino

---

<sup>22</sup> Fenomenología, movimiento filosófico del siglo XX que describe las estructuras de la experiencia tal y como se presentan en la conciencia, sin recurrir a teoría, deducción o suposiciones procedentes de otras disciplinas tales como las ciencias naturales.

<sup>23</sup> La plausibilidad no es categórica, es probable.

<sup>24</sup> El método inductivo, contrario a su correlativo método deductivo parte de lo particular a lo general; es decir que partir de casos infiere principios generales

<sup>25</sup> El realismo plantea una metodología de análisis congruente con el modelo de sistema jurídico difundido en el sistema anglosajón el *common Law*.



probabilísticos, es decir en lugar de sustentar que si A entonces B; plantea que ante A probablemente B si..., en términos de<sup>26</sup>:

La importancia de Olmes (Oliver Wendell Holmes) surge del enfoque por el sugerido para el examen de los fenómenos jurídicos; propone adoptar el punto de vista del *bad man* al meditar sobre las posibles consecuencias probables de una determinada conducta, para el bad man lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva del estado... con la incorporación de los factores sociológicos y psicológicos que gravitan en los jueces, la puerta entreabierta por Holmes ha quedado ahora abierta de par en par. Así inicia la etapa de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico en los Estados Unidos”

El realismo plantea un acercamiento al derecho mediante la metodología propia de las ciencias sociales, esto es comprender que las instituciones jurídicas son un objeto de estudio del derecho más complejo que las simples codificaciones normativas que el positivismo jurídico considera el objeto de la ciencia del derecho.

### *La postmodernidad: paradigma hermenéutico (teorías de la argumentación Jurídica)*

El centro de la propuesta epistemológica de la hermenéutica de la argumentación jurídica parte del cuestionamiento a la objetividad de la ciencia jurídica como sostiene Hans Georg Gadamer al poner en duda la objetividad proclamada en el pensamiento científico como algo prácticamente imposible de alcanzar, en términos del editorial de la revista mundial de prensa<sup>27</sup>:

---

<sup>26</sup> Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, 2º Edición, Fontamara, México, 1993, pág. 9-10  
108 World Press review 49, No. 6 (june 2002) P.47

"Hans-Georg Gadamer, a renowned figure of 20th-century German philosophy, died on March 13, 2002, at the age of 102. Gadamer believed that philosophy was of no use unless it could be understood, and in his writing he eschewed his discipline's reputation for excessive abstruseness. In his magnum opus, *Truth and Method*, which contributed enormously to the field of hermeneutics, he argued that experience, culture, and prior understanding render the scientific ideal of objectivity impossible."

Propiamente el paradigma hermenéutico no corresponde a la postmodernidad sino que más estrictamente ha caracterizado al pensamiento jurídico en forma permanente con excepción del pensamiento positivista. El paradigma de la argumentación –de tipo jurídico- se centra en la noción de tipo dialéctica<sup>28</sup> entra la norma y el caso concreto como detalla Gadamer al decir que todo texto se lee desde un contexto, o dicho en otra forma que mediante la argumentación<sup>29</sup> es posible encontrar la solución más adecuada a un determinado caso jurídico.

### *Hermenéutica de la facticidad*

Como puede inferirse, Hans Georg Gadamer sustenta todo su pensamiento dialéctico en lo que denomina Hermenéutica<sup>30</sup> fenomenológica de Martin Heidegger, donde

---

<sup>28</sup> Nota bene. La posición hermenéutica plantea una relación dialéctica entre el hecho o caso y la norma jurídica contrastando con la metodología positivista que supone una reacción lineal causalista de la norma hacia el hecho.

<sup>29</sup> Es decir la libre discusión de ideas

<sup>30</sup> Hermenéutica, técnica de interpretar textos para fijar su verdadero sentido. En la antigüedad Clásica Aristóteles ya se había referido a la hermenéutica como método de interpretación en la retórica,

cuestiona la pretendida objetividad del pensamiento científico y por ende la neutralidad axiológica de las ciencias, al establecer que no puede distanciarse la teoría de la praxis, es decir no puede disociarse la norma y el hecho, ni privar dicha relación de su contenido valorativo o axiológico<sup>31</sup>:

También Martin Heidegger está determinado en sus comienzos por aquella tendencia común a Dilthey y a York, que uno y otro formularon como «concebir desde la vida», así como por la que se expresa en la vuelta de Husserl, por detrás de la objetividad de la ciencia, al mundo vital. Sin embargo, Heidegger no se ve alcanzado por las implicaciones epistemológicas según las cuales la vuelta a la vida (Dilthey), igual que la reducción trascendental (la autorreflexión radical de Husserl), tienen su fundamento metódico en la forma como están dadas las vivencias por sí mismas. Esto es más bien el objeto de su crítica. Bajo el término clave de una «hermenéutica de la facticidad» Heidegger opone a la fenomenología eidética de Husserl, y a la distinción entre hecho y esencia sobre la que reposa, una exigencia paradójica. La facticidad de estar ahí [Da-sein], la existencia que no es susceptible ni de fundamentación ni deducción, es lo que debe erigirse en base ontológica del planteamiento fenomenológico, y no el puro «cogito» como constitución esencial de una generalidad típica: una idea tan audaz como comprometida.

Esto es que Martin Heidegger rebate la distinción entre hecho y esencia (*da-sein*), pues como lo establece el propio Hans Gadamer, para Martin Heidegger era imposible considerar únicamente la dimensión racional y conceptual sin atender a la

---

posteriormente Chaim Perelman retoma el planteamiento en su obra la *nouvelle rhétorique* aplicada a la argumentación en el campo del derecho.

<sup>31</sup> Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Fundamentos de una hermenéutica filosófica, Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 1988, pág. 318-330.

fenomenología ontológica y disociar ambas era<sup>32</sup>, por decir lo menos, absurdo; por ello sobre su hermenéutica de la facticidad se construye el paradigma epistémico de la hermenéutica que consiste precisamente en la relación dialéctica<sup>33</sup> entre hecho y norma para el caso de la argumentación jurídica propiamente dicha<sup>34</sup>.

### *Paradigma hermenéutico*

No todos los problemas jurídicos son simples ni pueden resolverse desde la sencilla subsunción que propone el positivismo; la propia metodología positivista acepta que la legislación no contiene todas las respuestas aunque sostiene que pueden derivarse de ella<sup>35</sup>, se les conoce como lagunas legales y se resuelven *per analogiam* en el mejor de los casos que muchas veces es insuficiente. Por ende se expone que es menester adoptar una metodología hermenéutica de tipo dialéctica.

Al respecto Rodolfo Luis Vigo, para detallar la diferencia entre la teoría hermenéutica de la argumentación jurídica basada en la interpretación con contenido valorativo y consecuentemente subjetivo en contraposición a la teoría del positivismo basada en codificaciones axiomáticas de aplicación silogística por subsunción estrictamente objetiva<sup>36</sup>:

---

<sup>32</sup> Cf. La hermenéutica de la facticidad de Heidegger con la visión dicotómica del Derecho de Hans Kelsen, en particular la recurrente dicotomía norma-hecho.

<sup>33</sup> Nota bene. El término Dialéctica, en filosofía, método que investiga la naturaleza de la verdad mediante el análisis crítico de conceptos e hipótesis. Empero es preciso atender que el vocablo refiere a la interrelación entre dos fenómenos contrarios, a la interacción entre éstos y al cambio resultante.

<sup>34</sup> Nota Bene. La idea de Martin Heidegger acerca de la hermenéutica de la facticidad señala con claridad que el ser (objeto) y la teoría no pueden desvincularse, fundando así la objeción de Gadamer a la objetividad del positivismo jurídico como imposible, es decir que tanto Martin Heidegger como Gadamer rechazan la objetividad positivista erigida sobre la dicotomía norma hecho.

<sup>35</sup> Nota bene. El hecho de derivar soluciones por analogía ante el silencio de la legislación (omisiones legislativas) denota un carácter axiomático en la metodología positivista.

<sup>36</sup> Vigo, Luis Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Abeledo-perrot, Buenos Aires Argentina, 1993, págs. 20-

La aplicación del derecho –escribe sintéticamente- Castán Tobeñas- ha sido entendida, según las épocas de dos modos distintos: como mera aplicación de una norma abstracta a los casos concretos o como verdadera y propia elaboración y del derecho. La primera concepción tuvo su formulación extrema en la escuela de la exégesis, y entre los abundantes ejemplos que ofrece la historia jurídica... resulta elocuente recordar la opinión de Laurent: “Los intérpretes hacen mal en quejarse, pues si el derecho ha llegado a ser un mar de dudas, ellos son los culpables: ... los códigos no dejan nada al arbitrio del interprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho ya está hecho... Resumiendo en esta concepción al único que se le reconocía capacidad creadora era al legislador, el resto aceptaba dogmáticamente la ley y la repetía y la cumplía. Ni la interpretación ni la aplicación del derecho – identificado con la ley-implicaba un aporte normativo; pues la sentencia judicial nada nuevo creaba sino que volvía a decir mecánicamente la Ley para el caso concreto que debía ser resuelto, para ello el método de aplicación a seguirse era un silogismo deductivo de certeza teórica al modo del que operan los matemáticos.

Esta circunstancia explicitada por Rodolfo Luis Vigo, dio paso a la conformación de sistemas de normas y principios, ante la imposibilidad de que los órdenes normativos se compusieran solo por normas o reglas jurídicas.

### *Sistemas de reglas y principios*

La existencia de omisiones normativas en los sistemas de codificaciones legales ha dado lugar la posición de sistemas de reglas y principios. La regla es una directriz explícita y concreta mientras que los principios son postulados rectores que guían la

determinación legal ante la ausencia de regla o norma específica y aplicable, esta es empero una solución insuficiente por dos motivos:

- a) La existencia de una norma (o regla) no presupone su eficiencia ni su eficacia para la resolución del problema concreto aunque sea considerada válida. Su existencia plantea la imposibilidad de recurrir a los principios que solamente pueden aplicar en los sistemas positivos de derecho por excepción de modo que los sistemas de reglas y principios no son del todo suficientes para evitar las insuficiencias axiomáticas de los sistemas positivos.
  
- b) Recurrir al principio por excepción no resuelve el problema que se pretendía resolver desde una perspectiva axiomática mediante el principio de legalidad en el positivismo, conforme al principio de legalidad se buscaba eliminar la discrecionalidad en la aplicación de la legislación eliminando valoraciones subjetivas del juzgador; empero ante la omisión legislativa, el hecho de que una norma o regla permita recurrir a principios generales del derecho –no siempre previsto explícitamente en las codificaciones- es un ardid axiomático que solo encubre las deficiencias de la concepción axiomática del positivismo. Si bien la existencia de la norma que faculta recurrir al principio general parece mantener la integridad axiomática de la codificación pues resuelve la omisión legislativa a partir de la propia codificación, lo cierto es que recurrir al principio implica reconocer la necesidad de resolver más allá de la legislación y del principio de legalidad: ¿acaso existe desde el positivismo una reglamentación en la aplicación de principios jurídicos? La norma puede facultar recurrir al principio, pero no establece reglas particulares en su aplicación: ¿cómo se evita la subjetividad en la aplicación de los principios ante la omisión de la norma o regla?

Como puede verse los sistemas de normas y principios demuestran por sí mismos las insuficiencias de los planteamientos axiomáticos de las codificaciones desde el positivismo jurídico y su metodología de subsunción objetiva y más aun son aun insuficientes para evitar la ineficacia práctica de las propios sistemas normativos, pues los sistemas axiomáticos solo prevén el principio por omisión de norma o regla aplicable pero no plantean alternativa alguna a la norma ineficiente para la solución del conflicto planteado en términos sociales. El principio de legalidad puede evitar la discrecionalidad o puede bien institucionalizarla a partir de sus propias normas.

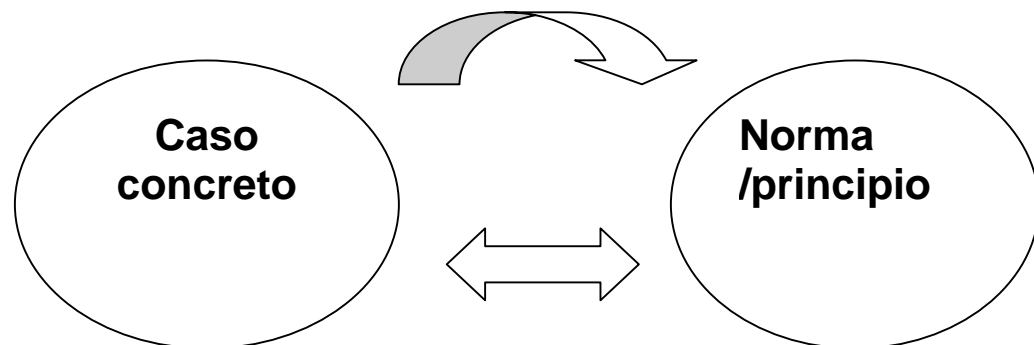
### *Control de legalidad: Conflicto normativo*

Los sistemas normativos como sistemas están planteados en términos de congruencia de sus normas, estas no deben contradecirse, en los sistemas positivos existe una jerarquía normativa; Sin embargo desde una perspectiva axiomatizada de los ordenes normativos subsistirá la norma de acuerdo a su jerarquía de modo que es posible que la norma ineficaz en términos sociales subsista a la norma eficiente si la primera mantiene mayor nivel jerárquico, de este modo se evidencia que los sistemas axiomáticos mantienen insuficiencias insoslayables a partir de sí mismos al menos en lo tocante la eficiencia y eficacia de las normas aun y cuando éstas en términos de codificaciones positivas sean axiomáticas validas o correctas, es decir que respeten la jerarquía y congruencia entre las normas que componen la codificación axiomáticamente valida.

### *Modelo hermenéutico*

De acuerdo con el paradigma de la hermenéutica, el modelo hermenéutico para resolver las limitaciones de los sistemas axiomatizados se caracteriza por la relación dialéctica establecida entre el caso concreto y la norma o principio, de modo que es pertinente partir del caso concreto, recurrir a los principios o normas prescriptivas y volver al caso concreto para hallar en forma heurística la solución concreta.

Esquemáticamente:



### *Metodología hermenéutica: la argumentación*

Tal y como lo detalla la prestigiosa Universidad de Harvard, en su portal digital de publicaciones respecto de la teoría de Ronald Dworkin acerca de la argumentación en la hermenéutica jurídica, el proceso de decisión judicial se define más propiamente como un proceso de interpretación que como un modelo mecánico de aplicación del derecho; particularmente en lo que se conoce en la referida teoría de la



argumentación jurídica como *Hard cases*<sup>37</sup> (casos duros), según la Universidad de Harvard<sup>38</sup>:

With the incisiveness and lucid style for which he is renowned, Ronald Dworkin has written a masterful explanation of how the Anglo-American legal system works and on what principles it is grounded. *Law's Empire* is a full-length presentation of his theory of law that will be studied and debated--by scholars and theorists, by lawyers and judges, by students and political activists--for years to come.

Dworkin begins with the question that is at the heart of the whole legal system: in difficult cases how do (and how should) judges decide what the law is? He shows that judges must decide hard cases by interpreting rather than simply applying past legal decisions, and he produces a general theory of what interpretation is--in literature as well as in law--and of when one interpretation is better than others. Every legal interpretation reflects an underlying theory about the general character of law: Dworkin assesses three such theories. One, which has been very influential, takes the law of a community to be only what the established conventions of that community say it is. Another, currently in vogue, assumes that legal practice is best understood as an instrument of society to achieve its goals. Dworkin argues forcefully and persuasively against both these views: he insists that the most fundamental point of law is not to report consensus or provide efficient means to social goals, but to answer the requirement that a political community act in a coherent and principled manner

---

<sup>37</sup> Por *hard cases* o casos duros se entiende en la argumentación jurídica a todos aquellos casos que no se delimitan con claridad en las hipótesis normativas, o bien que trascienden las mismas o implican el conflicto de varias de ellas.

<sup>38</sup> [www.harvard.edu](http://www.harvard.edu)

toward all its members. He discusses, in the light of that view, cases at common law, cases arising under statutes, and great constitutional cases in the Supreme Court, and he systematically demonstrates that his concept of political and legal integrity is the key to Anglo-American legal theory and practice.

Si como plantea la Universidad de Harvard respecto de la teoría de la argumentación en la obra del Teórico Ronald Dworkin, en el imperio de la justicia, el sustento en la decisión<sup>39</sup> judicial se basa en la interpretación más que en la subsunción deductiva sea de leyes y/o precedentes, en los que una interpretación es mejor que otra y la interpretación depende necesariamente de una concepción del derecho; y se considera que tanto la concepción que entiende al derecho como convención social o como medio de consecución de los fines de la sociedad se descartan para establecer que el derecho responde en realidad a los requerimiento de funcionamiento de una comunidad política en razón de la integridad tanto legal como política del derecho; entonces es necesario establecer una metodología de la interpretación orientada a la mejor justificación, es decir de la argumentación.

### *El argumento prima facie y el concepto de falseability*

Rolando Tamayo y Salmorán establece con claridad el mecanismo de la argumentación jurídica. Si partiendo de la retórica de Aristóteles se acepta que frente a los enunciados demostrativos de la lógica deductiva existen otros que el sabio heleno denominó dialécticos, por que se refieren a las opiniones comúnmente aceptadas, entonces puede entenderse el mecanismo de la argumentación jurídica.

---

<sup>39</sup> Nota Bene. Ronald Dworkin plantea ya la necesidad de crear una teoría de la decisión judicial mediante la argumentación de tipo jurídico, lo cual supone la aplicación de una concepción de interpretación hermenéutica evidentemente dialéctica y sostiene el carácter situacional de la teoría de la decisión.

La opinión comúnmente aceptada reflejada en un principio o norma jurídica es general es aceptada (*prima facie*); salvo que se demuestre su falibilidad (*falseability*) en un caso concreto mediante la argumentación (es decir que se impone el argumento más fuerte o dicho en términos de Ronald Dworkin la mejor justificación).

### *Aneutralidad Axiológica de la argumentación Jurídica: sistemas de reglas y principios*

A diferencia de lo que plantea el positivismo jurídico en cuanto a su principio de objetividad y por ende de neutralidad axiológica, desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, los principios ocupan un lugar destacado y tienen definitivamente una connotación axiológica, es decir que reflejan valores y escalas valorativas, De acuerdo con Jaime Cárdenas Gracia, en su obra el impacto de los principios en la interpretación<sup>40</sup>:

Dworkin, revisando la posición de Hart precisa que el derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establece derechos. Los principios a diferencia de las reglas no son del todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen

---

<sup>40</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Los principios y su impacto en la interpretación*, Pág. 91

## *Fundamentos epistemológicos de la Teoría de la Argumentación*

Para los fines de esta investigación es pertinente hacer una revisión de los fundamentos epistemológicos de la argumentación, pues desde su advenimiento en la época clásica plantea la existencia de dos metodologías de carácter científico, una sustentada en la dialéctica de carácter valorativo o axiológico para ciencias de carácter prescriptivo y otra metodología de tipo silogística para las ciencias demostrativas.

### *Subjetividad y objetividad en las ciencias*

Desde la época de Aristóteles en la Grecia Clásica, se distinguió en la obra de este filósofo entre dos tipos de ciencias de acuerdo al grado de certeza que proveen respecto de los conocimientos que se adquieren en una y otra. Las primeras se regían por la lógica formal (demostrativas) en tanto que las segundas (Ciencias prácticas) se regían por las técnicas que este sabio Helénico denomina la retórica (dialéctica).

*¿Amicus Plato, sed magis amica veritas?* "Soy amigo de Platón, pero también amigo de la verdad", con esta frase que se atribuye por los estudiosos al filósofo griego, Aristóteles plantea su postura sobre el conocimiento en general y sobre el conocimiento científico en particular, es decir su posición epistemológica, misma que reitera en la ética nicomaquea en los siguientes términos<sup>41</sup>:

"Con sernos ambas queridas, es deber reverenciar la verdad de preferencia a la amistad"

---

<sup>41</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2000. pág. 6

Tanto en su obra "metafísica" como en los primeros y segundos analíticos, Aristóteles expone lo que considera conocimiento de tipo científico, que ciertamente es aquel encaminado hacia el descubrimiento de la verdad (la búsqueda del conocimiento verdadero). Para el pensamiento Aristotélico, decididamente no escéptico<sup>42</sup>, es posible conocer y alcanzar el conocimiento verdadero a través de la esencia de las cosas que se desean conocer, pero la esencia no está dada por la materia, sino por la forma; la forma no corresponde a un solo objeto sino que es la característica común a varios objetos, es una abstracción, una representación mental y general del objeto<sup>43</sup>

En dichas obras, se sostiene que un tipo de conocimiento científico es precisamente aquel susceptible de demostración, evidentemente el que sea susceptible de demostración implica una clara vinculación con el mundo fenoménico o fáctico, el cual se supone independiente de las observaciones y/o opiniones de los espectadores, siendo posible efectuar una demostración más allá de meras opiniones.

Tal concepción de la ciencia es sin duda una posición positiva; no obstante no debe pasarse por alto que el conocimiento positivo es un tipo de conocimiento científico, no el único ni necesariamente el más importante dentro de la concepción epistemológica de ciencia, lo cual parece haber sido comprendido por el pensador clásico. En este sentido puede aseverarse que el conocimiento basado en la demostración, el conocimiento positivo que Aristóteles considera científico por la

---

<sup>42</sup>Nota bene. A diferencia de la postura escéptica, Aristóteles no niega la posibilidad de alcanzar la verdad, considérese la siguiente definición sobre el escepticismo filosófico para mayor claridad: **escepticismo**. (De *escéptico* e *-ismo*).

<sup>43</sup> Considérese la siguiente definición enciclopédica para mayor claridad del sentido en que se emplea el término abstracción: abstraer. (Del lat. *abstrahĕre*).tr. Separar por medio de una operación intelectual las cualidades de un objeto para considerarlas aisladamente o para considerar el mismo objeto en su pura esencia o noción. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

certeza que proporciona, no es la única forma de conocimiento científicamente válida en términos filosóficos<sup>44</sup> para este autor.

Existe otro tipo de conocimiento, sustentado en la denominada razón práctica que también es considerado como una ciencia, tal y como expone Aristóteles en los primeros capítulos de su obra *ética nicomaquea*, caracterizadas estas disciplinas, estas ciencias prácticas por una metodología distinta de la propia del conocimiento positivo, que el estagirita precisa en los siguientes términos<sup>45</sup>:

Su contenido lo explicaremos suficientemente bien si hacemos ver con claridad la materia que nos proponemos tratar, según ella lo consiente. No debemos en efecto, buscar la misma precisión en todos los conceptos, como no se busca tampoco en la elaboración de objetos artificiales. Lo bueno y lo justo, de cuya consideración se ocupa la ciencia política, ofrecen tanta diversidad e incertidumbre que ha llegado a pensarse que solo existen por convención y no por naturaleza...

Con la misma disposición que el estudiante de esta ciencia reciba todas y cada una de nuestras proposiciones. Propio es del hombre culto no afanarse por alcanzar otra precisión en cada género de problemas sino la que consiente la naturaleza del asunto. Igualmente absurdo sería aceptar de un matemático razonamientos de probabilidad como exigir de un orador demostraciones concluyentes...

---

<sup>44</sup> El estudio de la ciencia o epistemología también es conocida como parte de la filosofía bajo el nombre de filosofía de las ciencias.

<sup>45</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2000.

La consideración anterior permite introducir la hipótesis de que la posición epistemológica de Aristóteles es de mayor amplitud que la concepción científica exclusivamente positivista y que lo único que buscaba señalar es que la características del objeto de estudio, del campo de estudio define el tipo de conocimiento científico de que se trate y la metodología empleada en cada caso; que existen cuestiones susceptibles de ser demostradas más allá de las opiniones, toda vez que tienen existencia en el mundo fenoménico, por lo cual existe cierta certeza de su objetividad; en tanto que existen otros no susceptibles de demostración empírica, que no por esta circunstancia son conocimientos menos valiosos, ni menos científicos.

Es decir que para Aristóteles el conocimiento científico o ciencia era aquel encaminado al conocimiento verdadero, por ende era tan científico el conocimiento positivo como aquel sustentado en la razón práctica en tanto que ambos se orientaran a la consecución del conocimiento verdadero. Ello significaría que para Aristóteles la ciencia no es otra cosa que la filosofía<sup>46</sup>.

Una vez definidas las cosas era preciso, en este afán del correcto empleo del lenguaje para describir la realidad, identificar el concepto de sujeto y predicado para formular proposiciones, tal y como lo expone en su obra "sobre la interpretación"; para en un tercer momento generar la lógica formal sustentada en el razonamiento deductivo a través del empleo del silogismo como expone en los primeros analíticos y el organon.

Por las razones antes expuestas, puede concluirse que en un primer momento Aristóteles concibe al lenguaje como un medio, un instrumento para el conocimiento

---

<sup>46</sup> Si se atiende a la historia de la ciencia, en efecto se constata que la división entre filosofía y ciencia no corresponde a la antigüedad sino a la era moderna.

de una realidad fáctica sin concebir al lenguaje como un objeto de estudio en sí mismo, en términos del pensador heleno:

Spoken words are the symbols of mental experience and written words are the symbols of spoken words. Just as all men have not the same writings, so all men have not the same speech sounds, but the mental experiences which these directly symbolize, are the same for all, as also are those things of which our experience are the images. This matter has, however, been discussed in my treatise about the soul, for it belongs to an investigation distinct from that which lies before us<sup>47</sup>

En idéntico sentido se expresa la reseña enciclopédica Encarta sobre el pensamiento aristotélico respecto del lenguaje:

Entre sus textos existen tratados de lógica, llamados en conjunto Organon ('instrumento'), ya que proporcionan los medios con los que se ha de alcanzar el conocimiento positivo<sup>48</sup>.

Sin embargo, también es de señalar que la concepción del lenguaje como instrumento descriptivo de la realidad se circunscribía de acuerdo al propio pensamiento

---

<sup>47</sup> Aristotle, *On interpretation*, great books of the western world, the Works of Aristotle, volume I, Chicago University, 1971, pag.25

<sup>48</sup> Microsoft ® Encarta ® Biblioteca de Consulta 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

130 Aristotle, *On interpretation*, great books of the western world, the Works of Aristotle, volume I, Chicago University, 1971 (*analítica posteriora*).



aristotélico a las ciencias demostrativas, tal y como establece en su obra los primeros analíticos<sup>130</sup>:

“We must first state the subject of our inquiry and the faculty to which it belongs: its subject is demonstration and the faculty that carry it out demonstrative sciences”...

Lo antes dicho reviste interés si se considera que para el filósofo estagirita existían ciencias demostrativas y ciencias prácticas (sustentadas en la razón práctica) tales como la ética, la política y por supuesto el derecho, las cuales se desarrollaban en base a la lógica material de la tópica y la retórica, en la cual la función y por consiguiente la concepción del lenguaje era distinta para Aristóteles, en este caso el lenguaje no es un simple instrumento de descripción de la realidad sino un elemento dialéctico. Esta segunda acepción sobre el lenguaje se evidencia instantáneamente en los conceptos de retórica, tópica y dialéctica, en términos del pensador heleno en su obra la retórica:

Our treatise proposes to find a line of inquiry whereby we shall be able to reason from opinion that is generally accepted about every problem propounded to us, and also shall ourselves, when standing as to an argument, avoid saying anything that will obstruct us...

...reasoning on the other hand is dialectical, if it reasons from opinions that are generally accepted...

...reasoning is contentious if it starts from opinion that seem to be generally accepted but that are not really such...

Idéntica posición refiere el pensador heleno, al referirse a la metodología de las ciencias prácticas, este es el caso de la ciencia política contenida en la ética nicomaquea, donde señala<sup>49</sup>:

“Lo bueno y lo justo, de cuya consideración se ocupa la ciencia política, ofrecen tanta diversidad e incertidumbre que ha llegado a pensarse que solo existen por convención y no por naturaleza...”

El papel distinto del lenguaje en las ciencias prácticas – y por lo tanto de la argumentación-se evidencia sobremanera en la obra “política” donde explicita el papel del lenguaje como catalizador de la racionalidad humana y principio constitutivo de las civilizaciones, pues Aristóteles claramente señala que la ética, ciencia práctica que estudia la inclinación de las acciones humanas, racionales al bien solo pueden acontecer en una sociedad, dentro de una organización social, puesto que el hombre es un animal social; pero este animal social no podría efectuar una civilización prescindiendo del lenguaje, pues solo de esta manera puede efectuarse la metodología de las ciencias prácticas, que como se ha dicho en mucho dependen de la convención y de la opinión, que solo puede darse dentro de discusiones dialécticas entre distintos puntos de vista, lo cual precisa del lenguaje y más particularmente del empleo racional del lenguaje, en términos del heleno:

... La naturaleza -según hemos dicho- no hace nada en vano; ahora bien, el hombre es entre los animales el único que tiene palabra. La voz es señal de pena y de placer, y por esto se encuentra en los demás animales (cuya naturaleza ha llegado hasta el punto de tener sensaciones de pena y de placer

---

<sup>49</sup> Ibidem

y comunicarlás entre sí). Pero la palabra está para hacer provechoso lo patente y lo nocivo, lo mismo que lo justo de lo injusto; y lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que solo él tiene la percepción de lo bueno y lo malo, de lo justo y de lo injusto de otras cualidades semejantes, y la participación común en estas percepciones es lo que constituye la familia y el estado...

Al establecer Aristóteles que la percepción común de una comunidad es lo que la aglutina, evidencia que tal percepción solo puede generalizarse a través del empleo del lenguaje, por ende en este sentido puede afirmarse que el lenguaje es un elemento creador y consolidador de civilizaciones. La retórica sustentada en lo que Aristóteles denominada dialéctica se sustentaba en la argumentación, esto es la ciencia que se basa en las opiniones de miembros prominentes de la sociedad. Esta óptica, es retomada por los denominadas hermeneutas que sustentan el estudio del derecho en la interpretación, la ponderación y el estudio casuístico, corriente que retoma la idea original de Aristóteles y es propugnada a mediados del siglo veinte contra la aplicación mecánica de la norma por parte del positivismo jurídico con autores tales como Perelman (*la nouvelle rhétorique*), Toulmin, Jürgen Habermas, y Robert Alexy, quienes propugnan por la interpretación a través de la teoría de la argumentación mediante un sistema procedimentalizado de argumentación jurídica (interpretación del derecho).

*La postmodernidad: paradigma de sistemas.*

Como se detallo originalmente, los acercamientos al estudio del derecho desde la óptica de sistemas ha tenido su mejor representante en Niklas Luhmann; sin embargo

al sustentarse en la noción de autopoiesis, Luhmann no diferencia su propuesta de la de los sistemas axiomáticos del positivismo jurídico<sup>50</sup>.

### *Panorama del desarrollo paradigmático de las teorías del derecho*

Los diferentes paradigmas del derecho se han venido sucediendo en forma progresiva; cada concepción del derecho se ha sustentado en un determinado paradigma que da origen a una formulación epistemológica y metodológica particular evidenciando lo sostenido por Thomas Kuhn en el sentido de que el conocimiento científico se ha construido sobre la base de la sustitución paradigmática de un paradigma por otro en el estudio del derecho. La exposición de las teorías o conceptos puede representarse esquemáticamente:

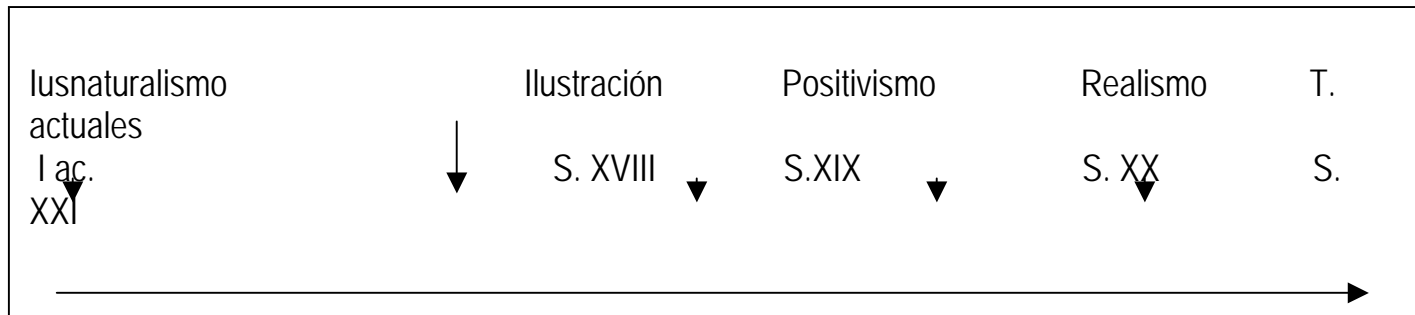
| Corriente                     | Paradigmas   | Autores representativos                     | Exponente       |
|-------------------------------|--|---|-----------------|
| iusnaturalismo                | Fuente natural del derecho   | Cicerón, Hobbes, Hugo Grocio, etc.          | J.J. Rousseau   |
| iuspositivismo                | Identificación de norma y derecho.                                     | Kelsen, Leonard Hart,                       | Hans Kelsen     |
| Realismo Jurídico             | Conocimiento del derecho a través de sus consecuencias.                | Kart Oliverkrona, Olmes, J. Frank           | Alf Ross        |
| Teorías Sistémicas            | El derecho es un subsistema integrado con otros distintos sistemas     | Luhmann, Ost, Van der kerchove, Ernest Grün | François Ost    |
| Teoría discursiva del derecho | Mediación entre facticidad y validez a través de la razón comunicativa | Jurgen Habermas, Robert Alexy, Perelman     | Jurgen Habermas |

---

<sup>50</sup> Infra Pág. 21

En términos de una sucesión cronológica podría evidenciarse como una periodización (de izquierda a derecha):

- i) Iusnaturalismo 1000 a.C. –actualidad
- j) Positivismo siglo XVIII
- k) Realismo Siglo XX



### *La postmodernidad: teorías tridimensionales del derecho*

La exposición de la teoría del derecho ha corroborado la hipótesis planteada al principio del capítulo: cada concepción del derecho abarca solo una fracción del fenómeno jurídico y al estar supuestas en términos de sustitución de paradigmas la adopción de cualesquiera de ellos implica la exclusión de los otros acercamientos teóricos de modo que no se ha conceptualizado al fenómeno derecho en forma integral, como se planteaba originalmente. En el estado que guarda el conocimiento jurídico la sucesión de teorías denota claramente que no se constituyó una teoría integral del derecho.

La teoría del derecho natural se circunscribe en la filosofía del derecho al centrarse en cuestiones de ética: el estudio de la justicia o injusticia en los sistemas normativos y

sus aplicaciones; empero no plantea de ninguna manera explicación alguna que explique la evolución y transformación de los órdenes jurídicos que supone inmutables. Tiene una orientación prescriptiva de la conducta humana pero no es una concepción descriptiva del derecho.

El positivismo se circunscribe en una concepción de la ciencia del derecho, plantea ya la idea de relatividad de los sistemas normativos sobre la noción de identificar al derecho con las codificaciones y mediante el principio de legalidad evitar la arbitrariedad, planteando la objetividad en el estudio y aplicación del derecho estructurado en forma axiomatizada en las codificaciones y aplicada en forma deductiva, causalista y silogística; empero no plantea soluciones a aquellos problemas que van más allá de sus disposiciones axiomatizadas. Es una concepción descriptiva del derecho pero no prescriptiva.

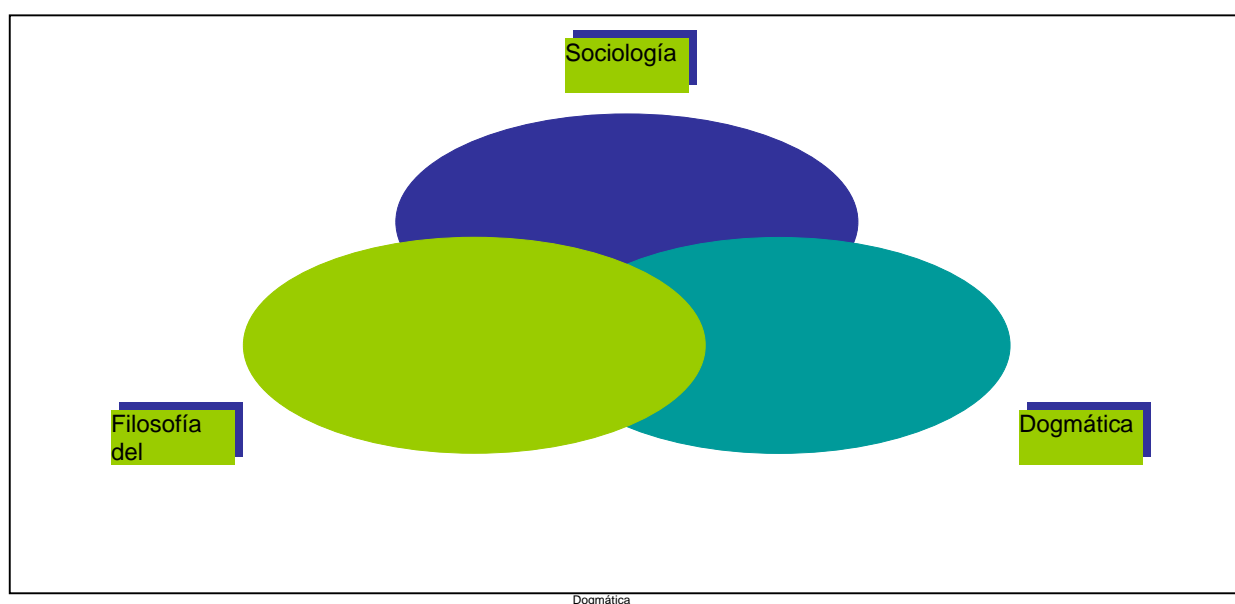
El realismo se circunscribe en la óptica de la ciencia de derecho pero no en la idea deductiva sino inductiva desde la óptica de lo que se conoce como sociología jurídica. Explica la complejidad social más allá de las codificaciones positivistas revinculando teoría y práctica en el derecho, empero no establece nada relativo a impedir la arbitrariedad en la aplicación de la legislación. Constituye una concepción descriptiva del derecho pero no prescriptiva.

La teoría de la argumentación sustentada en la hermenéutica se circunscribe en lo que se conoce como filosofía del derecho, es prescriptiva por que supone un contenido valorativo o axiológico que oriente la conducta social y jurídica; funda la necesidad de ir más allá de las concepciones axiomatizadas de codificaciones normativas y reformula la subjetividad en la teoría y práctica jurídica denotando que existe en la argumentación una forma no axiomatizada de resolver los conflictos

evitando la arbitrariedad empero no posee una base descriptiva considerada metodológicamente científica.

### *Teorías tridimensionales del derecho*

Como se ha venido ejemplificando los distintos paradigmas del derecho o concepciones gnoseológicas del derecho enfatizan un determinado aspecto o dimensión del fenómeno jurídico, siempre en forma parcial. Por este motivo Robert Alexy en su obra "las razones del derecho"<sup>51</sup> sustenta la necesidad de crear una visión holística del derecho que atienda al menos tres dimensiones: la social, la ética y la normativa propiamente dicha concatenadas, proponiendo un modelo tridimensional que en términos gráficos puede representarse como:



<sup>51</sup> Ver. Alexy, Robert, *Las razones del derecho* por referencia en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997

La propuesta tridimensional tiene como primera gran aportación evidenciar que las teorías del derecho son parciales; y que de la complejidad a la que hacen referencia François Ost y Michael Van de Kerchove del fenómeno jurídico se tiene que éste es multidimensional y por tanto debe estudiarse desde diferentes perspectivas; no obstante aun no plantea este modelo un esquema epistémico que considere la tres perspectivas en forma holística, en su conjunto.

Con la propuesta tridimensional se busca considerar los aspectos prescriptivos como descriptivos de la teoría y praxis jurídica particularmente los prescriptivos en esta última, es decir en términos de Robert Alexy las razones en que se funda el derecho: la lógica deóntica que necesariamente presenta un contenido axiológico.

### *Las dimensiones sociales*

La óptica tridimensional tiene sustento en las consideraciones de Reinhold Zippelius, quien en su modelo de comunidad –o bien sociedad- destaca que la colectividad debe entenderse más allá de la lógica simplista del liberalismo y su individualismo; como algo más que la simple suma de sus partes<sup>52</sup> resultantes de las relaciones contractuales de los individuos, al entender la comunidad como totalidad<sup>53</sup>:

El individualismo de la ilustración consideraba que los individuos aislados y las relaciones contractuales o cuasi contractuales que se establecían entre ellos, constituía a las asociaciones humanas. En cambio, las teorías organicistas del romanticismo veían en las asociaciones humanas un “todo viviente”. Tales

---

<sup>52</sup> Cf. El concepto de sinergia en la teoría general de sistemas; es notorio como Zippelius tiende un puente entre las observaciones de la teoría tridimensional del derecho y la teoría general de sistemas. Establecer que la sociedad es algo más que la simple suma de sus partes componentes es remitirse precisamente al concepto sistémico de sinergia.

<sup>53</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la política*, Porrúa, México, 1989, pág. 27 *et seq.*



asociaciones serían totalidades; más que la simple suma de sus partes, serían portadoras de sus propios fines, de tareas morales y valores propios. Esto implica entonces una posición opuesta a una ética individualista que no podía concebir como sujeto de los valores más que a los individuos. El enfoque totalizador se encuentra ya en la teoría del estado de Fichte, quien piensa que en la relación jurídica básica entre el ciudadano y su Estado, aquel es parte de un todo en el cual se entrelaza su aportación

Con la exposición antes descrita se ha evidenciado que en efecto:

- a) las teorías del derecho se suceden a través del tiempo en la medida en que los paradigmas gnoseológicos y epistémicos se transforman; tal y como afirmaba Thomas Kuhn en su obra sobre la estructura de las revoluciones científicas lo que redundaría en concepciones parciales mutuamente excluyentes, en visiones atomizadas y parciales del derecho que no permiten abarcarlo como fenómeno en toda su complejidad y magnitud de forma que no posibilitan siquiera caracterizar su naturaleza.
- b) Lo anterior evidencia que no existe una teoría integral del derecho que considere en forma congruente los aspectos prescriptivos y descriptivos del derecho en una teoría unitaria como propugna la propuesta tridimensional del derecho; sin embargo es de resaltar que esta propuesta si bien funda la necesidad de considerar al derecho en forma holística no expone una metodología para hacerlo, propone simplemente que se consideren ambos aspectos, prescriptivos y descriptivos pero no establece una forma de lograrlo conjuntamente.

- c) Esta situación es producto de una deficiencia epistémico y metodológica concreta, dada por la incapacidad de abordar en forma simultánea al derecho desde todas sus dimensiones ante lo cual se opta por explicaciones parciales. En este sentido es pertinente identificar las razones de la deficiencia epistémico antes señalada y su impacto en la ciencia del derecho y por ende en la teoría del derecho.

## 2.2 EL PARADIGMA RACIONALISTA DE LA CIENCIA

*Cogito ergo sum*  
"pienso luego existo"  
René Descartes

En este apartado se evidencia el momento exacto en la sucesión del pensamiento científico en forma general y jurídico en forma particular tuvo lugar la aparición del paradigma positivista en el entorno del estudio del derecho y la forma en que se constituyó un modelo epistémico-metodológico erróneo –sobre las bases del racionalismo- que produjera en la actualidad la ineficacia del derecho en el plano fáctico y al cuestionamiento de su validez científica en el aspecto teórico como consecuencia de su incapacidad endógena de comprender todas las dimensiones del derecho.

Observando las tesis de Thomas Kuhn y la cronología de las transformaciones del pensamiento científico a título general y de la concepción de la ciencia en el ámbito de las ciencias sociales en forma particular y concretamente de la ciencia del derecho; puede establecerse como ante un cambio de paradigma, el entorno epistemológico y metodológico se transformaba en sustitución de uno previo. En este orden de ideas reviste importancia un cambio paradigmático en el pensamiento científico reflejado en

las ciencias sociales y en la ciencia del derecho durante la transición de la edad media a la era moderna; en forma específica mediante el advenimiento del renacimiento antropocentrista y la llamada era de la razón o ilustración: el racionalismo.

### *La era de la razón: fundamentos del racionalismo*

En ese punto particular de la historia de la ciencia surge un paradigma epistemológico que marca el tránsito de la edad media tardía a la modernidad, sobre las bases de la ilustración del siglo XVIII. El planteamiento básico del iluminismo era la idea de que el hombre -centro del mundo de la posición antropocéntrica del renacimiento- podía conocer la verdad sobre los fenómenos de su entorno por medio de la razón y en este sentido se pretendía alcanzar un modelo de conocimiento cierto y acabado, inmutable en el tiempo.

### *El racionalismo de René Descartes*

El racionalismo como corriente de pensamiento epistemológico puede situarse no solo en tiempo y espacio en los albores de la era moderna hacia el siglo XVIII en un espacio determinado: la Europa continental, sino que puede asimismo ser ubicada a través del pensamiento de autores representativos en particular el del autor que ha sido considerado el padre de la razón, o precursor y pionero del racionalismo el pensador francés René Descartes. La preocupación central de este pensador residía en lograr el conocimiento verdadero, razón por la cual se dio a la tarea de generar una metodología que evitara lo que el denominaba especulaciones, en busca de un método que condujera al conocimiento cierto y verdadero en su celebre obra "el discurso del método" donde plantea cuatro principios en los que se sustentaría el

pensamiento científico de conformidad con el paradigma racionalista, en la terminología del propio René Descartes<sup>54</sup>:

*Discours de la méthode pour bien conduire la raison et chercher la vérité dans les sciences* (Discurso del método para guiar bien la razón y buscar la verdad en las ciencias).

### *El conocimiento verdadero de René Descartes*

Esta metodología en que se sustentaría la búsqueda del conocimiento verdadero se levantaba sobre una acre crítica a los métodos de estudio e investigación de la filosofía escolástica<sup>55</sup>, esto es los métodos argumentativos basados en las opiniones de celebres tratadistas en distintas materias desde una concepción gnoseológica de corte filosófico. A este respecto tras diagnosticar las causas de deficiencias en los métodos de investigación escolásticos y sentenciar su inutilidad para la consecución del conocimiento científico verdadero, Descartes expuso los principios sobre los cuales se levantaría el método del racionalismo, esto es el método que como el

---

<sup>54</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos

<sup>55</sup> Nota bene. La escolástica o Escolasticismo fue un movimiento filosófico y teológico que intentó utilizar la razón natural humana, en particular la filosofía y la ciencia de Aristóteles, para comprender el contenido sobrenatural de la revelación cristiana aplicada por supuesto al derecho, entendido como ley humana derivada de la ley divina.

propio autor sostenía guiaría bien la razón en búsqueda de la verdad en las ciencias, conforme al discurso del método René Descartes sostuvo a este respecto<sup>56</sup>:

Había estudiado un poco, cuando era más joven, de entre las partes de la filosofía, la lógica, y de las matemáticas, el análisis de los geómetras y el álgebra, tres artes o ciencias que al parecer debían contribuir en algo a mi propósito. Pero, al examinarlas atentamente, advertí con relación a la lógica que sus silogismos y la mayor parte de sus preceptos sirven más para explicar a otras cuestiones ya sabidas o incluso, como el arte de Lulio, para hablar sin juicio de las que se ignoran, que para investigar las que desconocemos. Y si bien contiene, en efecto, muchos preceptos que son muy buenos y verdaderos, hay sin embargo, mezclados con ellos, tantos otros perjudiciales o bien superfluos, que es casi tan difícil separarlos como sacar una Diana o una Minerva de un bloque de mármol en el que ni siquiera hay algo esbozado. En lo que concierne, por otra parte, al análisis de los antiguos y al álgebra de los modernos, además de que no se refieren sino a materias muy abstractas, que parecen carecer de todo uso, el primero está siempre tan circunscrito a la consideración de las figuras, que no permite ejercitar el entendimiento sin fatigar excesivamente la imaginación; y en la segunda, hay que sujetarse tanto a ciertas reglas y cifras, que se ha convertido en un arte confuso y oscuro, bueno para enredar el ingenio, en lugar de una ciencia que lo cultive. Tal fue la causa por la que pensé que había que buscar algún otro método que, reuniendo las ventajas de los otros tres, estuviera exento de sus defectos. Y como la multiplicidad de leyes a menudo sirve de excusa para los vicios, de tal forma que un Estado está mucho mejor regido cuando no existen más que

---

<sup>56</sup> Descartes, René. *Discurso del método*. Estudio preliminar, traducción y notas de Eduardo Bello Reguera. Madrid: Editorial Tecnos, 1987

unas pocas, pero muy estrictamente observadas, así también, en lugar del gran número de preceptos de los que la lógica está repleta, estimé que tendría suficiente con los cuatro siguientes, con tal de que tomase la firme y constante resolución de no dejar de observarlos ni una sola vez.

El primero consistía en no admitir jamás cosa alguna como verdadera sin haber conocido con evidencia que así era; es decir, evitar con sumo cuidado la precipitación y la prevención, y no admitir en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no tuviese motivo alguno para ponerlo en duda.

El segundo, en dividir cada una de las dificultades a examinar en tantas partes como fuera posible y necesario para su mejor solución.

El tercero, en conducir con orden mis pensamientos, empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ascender poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más complejos, y suponiendo incluso un orden entre aquéllos que no se preceden naturalmente unos a otros.

Y el último, en hacer en todo enumeraciones tan completas y revisiones tan amplias, que llegase a estar seguro de no haber omitido nada.

### *El método infalible*

En la cita antes transcrita del pensamiento de René Descartes por cuanto hace al método de las ciencias según el racionalismo puede percibirse dos aspectos importantes: El primero de ellos es que es enfático el rechazo de Descartes a los

métodos de investigación previos a su propuesta de racionalismo por que los mismos no conducen a la verdad en las ciencias sino a meras especulaciones sin sustento<sup>57</sup>; el segundo aspecto de interés son los cuatro principios sobre los que funda el método para guiar a la razón en las ciencias (el racionalismo); en los cuales se percibe en un primer momento la duda metódica, posteriormente señala la necesidad de analizar los fenómenos (descomponerlos en sus partes<sup>58</sup>) y en el tercero sostiene partir de lo simple a lo complejo en estricto orden, aspecto que ya evidencia una tendencia al conocimiento de tipo axiomático; lo cual no es de extrañar pues resulta congruente de la propuesta de Descartes de arribar al conocimiento verdadero en las ciencias mediante la razón y simplificar el conocimiento al depurarlo y presentarlo en forma ordenada en el entendido de que dicho conocimiento no iba a cambiar por que era verdadero y desde este punto de vista evidentemente lo verdadero no cambia lo contrario sería *contra naturae*.

### *Reduccionismo y racionalidad absoluta*

Por ende –desde esta óptica- podía reducirse el conocimiento a una serie de enunciados presentados consistentemente en forma axiomática. Es de importancia resaltar la idea descartiana del establecimiento de un solo método infalible en la búsqueda de la verdad de las ciencias, lo cual es ya un rasgo claro de reduccionismo en grado significativo. Además es menester notar la confianza en que la razón no tiene límites de ninguna índole, la clara fuente de la idea de infalibilidad del método<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Nota bene. Al repudiar a la escolástica fundada en la ley divina, a la cual consideró metafísica René Descartes también objeto el método hermenéutico de la argumentación y desdén el carácter valorativo o cualitativo en ciertas ciencias, en particular las ciencias sociales.

<sup>58</sup> Es decir el empleo del método analítico que se critica en el apartado de fundamentos epistemológicos de la investigación, caracterizado por la descomposición del objeto de estudio en sus partes más simples.

<sup>59</sup> La idea de infalibilidad metodológica en la ciencia es refutada por la epistemología moderna, por ejemplo por el Filósofo de la Ciencia Mario Bunge. Ver Bunge Mario, *Ciencia y desarrollo*, Ediciones siglo veinte, buenos Aires Argentina, s/a

## *El mecanicismo del racionalismo*

La idea de un método que condujera mediante la razón a la verdad en las ciencias como proponía Descartes, tuvo particular eco en los planteamientos de Isaac Newton<sup>60</sup>, científico y físico contemporáneo de la era de Descartes, quien planteo las bases del método buscado por el científico, mediante la postulación del principio de causalidad (formulado en términos de relación causa-efecto); el cual a su vez sustentaría una metodología experimental donde era posible establecer en base a las regularidades empíricamente observadas enunciados generales presuntamente de validez universal, esto es la generación de leyes.

Esta idea es conocida como mecanicismo, puesto que parte de la consideración de que si concurre la circunstancia A necesariamente seguirá como consecuencia el resultado B en todos y cada uno de los casos en forma mecánica (como un conjunto de engranes en funcionamiento donde el accionar de uno de ellos activa en forma por demás predecible el funcionamiento del otro). El mecanicismo permitió a su vez sustentar la noción de que los fenómenos podían fácilmente ser explicado en torno a un conjunto de leyes. La idea de que la realidad podía reducirse a un puñado de leyes dio origen a la consideración que el conocimiento científico podía sistematizarse en forma axiomática como ocurre por ejemplo en las ciencias formales como la matemática, en específico siguiendo el ejemplo de la geometría euclidiana<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Isaac Newton como matemático y físico británico, considerado uno de los más grandes científicos de la historia hizo importantes aportaciones en muchos campos de la ciencia. Sus descubrimientos y teorías sirvieron de base a la mayor parte de los avances científicos desarrollados desde su época. Newton planteo la idea del absoluto en física, fundamento de la concepción de leyes nomológicas universales e irreductibles.

<sup>61</sup> Euclides logra en un conjunto de diez axiomas sistematizar los principios de los cuales se desprende todas las propiedades de la geometría plana.



## *Pensamiento axiomático*

La noción de axioma es la idea de que las propiedades de determinado objeto de estudio en cierta área del conocimiento pueden reducirse a un conjunto de enunciados, de los cuales puede deducirse cualquier caso relativo al objeto de estudio<sup>62</sup>:

Las discusiones sobre el valor, significado y alcance ideológico de los diversos sistemas de axiomas en geometría y análisis sobre todo, han oscilado entre y oscilan aun, entre dos posiciones extremas: Una interpretación pragmática o positivista<sup>63</sup> –el convencionalismo puro y simple- y una interpretación idealista”

El procedimiento de construcción en geometría griega, como veremos es tan limitado que reduce su acción a producir las mismas cosas que están dadas a la intuición contemplativa de los objetos... surgió poco a poco la nueva geometría, la de Gauss, no cual crítica a la euclídea, ni tampoco como intentos de demostrar dentro de la geometría euclídea lo que a matemáticos de mente euclídea fundamentalmente les parecía aun no bien demostrado, sino como intento de discutir esa exigencia básica de ser la única geometría posible racionalmente.

---

<sup>62</sup> Euclides, Elementos de Geometría, tomo I-II, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pág. XIV-XV

<sup>63</sup> En esta investigación se considera racionalismo a la idea epistémica de racionalidad absoluta de las ciencias sea en el ámbito formal o en el empírico, pues como se denota del pensamiento de Descartes, el pensador no distingue la esfera de aplicación sino el método por aplicar.

La noción del método axiomático como un conjunto de axiomas del cual se desprende todas las propiedades de un objeto de conocimiento es robustecida por Filloy al comentar la geometría euclidiana en los siguientes términos<sup>64</sup>:

“Resumamos, el método axiomático como se utiliza hoy en día, consiste en asentar ciertas afirmaciones básicas acerca de los conceptos que están bajo estudio; usando términos no definidos. Se usan algunos principios de la lógica, para, a partir del cuerpo de afirmaciones básicas llamadas axiomas (o postulados, siendo hoy en día estas dos palabras sinonimias), deducir todos los demás resultados o proposiciones de la teoría.”

### *Pensamiento axiomático en el Derecho*

Esta noción de sistematización axiomática del conocimiento tuvo efectos amplios sobre el futuro positivismo jurídico como se evidenciará en apartados subsecuentes, dando origen a la idea de codificación y al mito del legislador racional, que ocupa el centro del positivismo jurídico en su vertiente formalista.

En este sentido puede resumirse como características del paradigma racionalista las siguientes:

- I) Noción de método único que conduzca a la verdad de las ciencias
- II) Perspectiva empírica o eidética
- III) Principio de causalidad
- IV) Mecanicismo

---

<sup>64</sup> Filloy Yagüe, Eugenio, *Didáctica e historia de la geometría euclidiana*, Grupo Editorial Ibero América, México, 1998, Pág. 68

## V) Pensamiento axiomático

### *Los pensamientos de Blaise Pascal*

Los rasgos epistémico-metodológicos antes descritos son enfatizados por el propio Blaise Pascal en su obra "pensamientos" (*pensées*) donde detalla con toda claridad como el pensamiento antropocéntrico de la modernidad sustentado en el racionalismo desplazó al pensamiento teocéntrico de la edad media representado por la escolástica; suceso que sitúa en el siglo XVII en la Francia continental y lo denomina con la sugerente frase de "en camino de la diosa razón"<sup>65</sup>

Pocos siglos hay tan sorprendentes como el XVII en la historia del mundo, y en concreto de Francia en el terreno cultural...si citamos los nombres que cronológicamente, forman el rosario que lleva la literatura francesa desde Rabelais y Montaigne, muerto éste último en las postrimerías del siglo anterior (1592) hasta los auténticos difusores del racionalismo: Diderot, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, etcétera, vemos que en la larga lista figuran los padres de parte del pensamiento contemporáneo Descartes, Pascal...

Mauro Armijo en alusión a Blaise Pascal es preciso en señalar la transición del pensamiento teocéntrico al pensamiento antropocéntrico del denominado siglo de las luces, la era de la razón que denomina de la siguiente manera<sup>66</sup>:

---

<sup>65</sup> Pascal, Blaise, *Pensamientos*, 1ª Edición, Valdemar, Madrid, España, 2001, pág. 11

<sup>66</sup> *Ibidem*

“El siglo XIX difumina la controversia: ya no se trata de la razón y Dios, sino de la razón y la ordenación del mundo. El siglo XVIII tiene un carácter más sociológico, mientras que el anterior era más deísta”

Asimismo este autor en referencia a la obra de Blaise Pascal sitúa con toda precisión las ideas del pensamiento racionalista de René Descartes y del físico Isaac Newton condesadas en la obra de Blaise Pascal, que se caracteriza por la influencia de los métodos de la ciencias experimentales, cuyo efecto fue la entronización de la razón sobre el infalible método experimental sustentado en el principio de causalidad, el mecanicismo y el pensamiento axiomático (es decir casi matemático como en la geometría euclidiana que en celebres diez axiomas resume los principios de los que por deducción se deriva toda propiedad de la geometría plana<sup>67</sup>:

Esta etapa de hervor intelectual en el campo del pensamiento va acompañada de la revolución que en las ciencia físicas operan las necesidades de la vida material. Copernico, Kepler, Galileo no hacen sino elaborar teorías – en algunos casos comprobados por los usuarios- conforme a una realidad ya palpable, al enunciar por ejemplo que es el sol y no la tierra el que ocupa el centro del universo; los grandes navegaciones necesitaban de esa constatación intelectual que comprobaban en sus viajes. De ahí a ver, con los anteojos de los navegantes holandeses, la redondez de la tierra, su rotación, no había más que un paso: esas tres personalidades, con los adelantos de la física aplicados a la astronomía, revolucionaron los conceptos verdaderos aprobados por la iglesia, que vigilaba atentamente cada paso de las ciencias físico-matemáticas. Descartes en su discurso del método aludirá concretamente al caso de Galileo, a las amenazas, a la retractación que se vio

---

<sup>67</sup> Op. Cit. Pascal, Blaise, *Pensamientos*, 1ª Edición, Valdemar, Madrid, España, 2001, pág. 20

obligado a efectuar, y decidirá andar por los temas prohibidos con pies de plomo: de nada le sirvió, por que en última instancia tuvo que elegir el exilio

El autor continua para señalar que esta revolución de las ciencias físicas que operaba en la esfera pragmática de la gente continuo influenciando el pensamiento científico cada vez más a favor del método experimental como el método infalible en la búsqueda de la verdad de las ciencias esto es de la certeza absoluta a través de la elaboración de leyes, compiladas en forma axiomática a partir de las cuales como con el caso de la geometría euclidiana puede deducirse la realidad completa en forma deductiva, según Mauro Armíño<sup>68</sup>:

Al mismo tiempo en Inglaterra, Roger Bacon rebelándose abiertamente contra la escolástica, abogaba por el método experimental como base de los conocimientos para el descubrimiento de las ciencias rectoras de los fenómenos que el ser humano tiene ante los ojos; solo conociendo aquellas podrían éstos dominados, y esa dominación era el objetivo principal de una sociedad que salía lentamente de los siglos oscuros. Solo se manda sobre la naturaleza obedeciéndola argumentaba Bacon... Tales son los antecedentes que señalan los caminos de Descartes y Pascal: los precursores de las ciencias experimentales, Bacon, Copérnico, Kepler, y todos los que reflexionan en contacto directo con la realidad y relegan el principio de autoridad a segundo plano, aunque tapadillo y poniendo paños calientes por todas partes. No olvidemos además que antes que filósofos o pensadores de ideas tanto Descartes como Pascal son científicos, mecánicos, matemáticos...

### *La idea del absoluto en Isaac Newton*

---

<sup>68</sup> Idem, Pág. 20.

Situado en la órbita intelectual del racionalismo de René Descartes, Isaac Newton Plantea la idea de absoluto, que en su opinión debe presidir todo conocimiento verdadero como el citado pensador establece en su célebre tratado principios matemáticos de la filosofía natural, donde deja entrever que el origen del pensamiento axiomático, el determinismo causal unívoco y el mecanicismo se origina en el traslape de la mecánica celeste a los principios epistemológicos del racionalismo, en Términos de Albert Einstein en la teoría de la relatividad<sup>69</sup>:

Hasta aquí he establecido la definición de aquellas palabras que son menos conocidas, y he explicado el sentido en que quisiera se entendiesen en el siguiente discurso. No defino tiempo, espacio, lugar ni movimiento, por ser palabras bien conocidas de todos. Únicamente he de hacer notar que la gente común no concibe estas cantidades en otro contexto que el de las relaciones que éstas guardan con los objetos sensibles. Y de aquí nacen ciertos prejuicios, para cuya eliminación será conveniente distinguir entre cantidades absolutas y relativas, verdaderas y aparentes, matemáticas y comunes.

I. El tiempo absoluto, verdadero y matemático, en sí mismo y por su propia naturaleza, fluye de una manera ecuable y sin relación alguna con nada externo, y se conoce también con el nombre de duración; el tiempo relativo, aparente y común es una medida sensible y externa (ya sea exacta o inecuable) de la duración por medio del movimiento, y se utiliza corrientemente en lugar del tiempo verdadero; ejemplos de ello son la hora, el día, el mes, el año.

---

<sup>69</sup> Einstein, Albert et al, *La teoría de la relatividad*, Madrid, Alianza Editorial, 1978

II. El espacio absoluto, por su propia naturaleza y sin relación alguna con nada externo, permanece siempre similar e inmóvil. El espacio relativo es una dimensión o medida móvil de los espacios absolutos, que nuestros sentidos determinan de acuerdo con su posición con respecto a los cuerpos y que por lo común se toma como espacio inmóvil; tal es la dimensión de un espacio subterráneo, aéreo o celeste, determinado a través de su posición con respecto a la tierra. El espacio absoluto y el espacio relativo son iguales en forma y magnitud; pero no siempre coinciden numéricamente. Pues al moverse, por ejemplo, la tierra, un espacio cualquiera de nuestro aire, que relativamente y con respecto a la tierra permanece siempre igual, en un momento dado ocupará una cierta parte del espacio absoluto por el que atraviesa el aire; en otro momento ocupará otra parte distinta del mismo, y así, entendido en sentido absoluto, irá modificándose continuamente.

III. Lugar es la parte del espacio que un cuerpo ocupa, y de acuerdo con el espacio puede ser absoluto o relativo. Obsérvese que he dicho parte del espacio, no la situación ni la superficie externa del cuerpo. Pues los lugares de sólidos iguales son siempre iguales, mientras que sus superficies, por razón de sus disimilares figuras, son a menudo desiguales. En sentido propio, las posiciones no poseen cantidad, ni son tanto los lugares mismos como las propiedades de los lugares. El movimiento del todo y la suma de los movimientos de las partes es todo uno; es decir, la traslación del todo fuera de su lugar y la suma de las traslaciones de las partes fuera de sus lugares es la misma cosa; y, por consiguiente, el lugar del todo es lo mismo que la suma de

los lugares de las partes, y por esta razón es una propiedad interna e inherente al cuerpo como un todo.

Como puede inferirse de los fragmentos reproducidos previamente si el tiempo y el espacio eran absolutos en la concepción de Isaac Newton, entonces los principios o leyes que mecánicamente los presiden también debían serlo y por deducción la razón también sería absoluta y por tanto infalible; como consecuencia de ello era natural pensar que el conocimiento así obtenido también debía ser absoluto e inmutable e imprescriptible en forma temporal, cierto e infalible: perfecto.

### 2.3 INFLUENCIA DEL RACIONALISMO EN LA CIENCIA DEL DERECHO

El racionalismo como paradigma epistémico imperante durante la era moderna repercutió necesariamente en la forma de hacer ciencia en las diversas disciplinas; situación a la que no resultó ajena el derecho. La sentencia del racionalismo en el sentido de instituir un método que llevara a la verdad en las ciencias pronto hizo eco en el mundo del derecho. Era menester que el derecho como disciplina de estudio justificara metodológicamente estar en posibilidades de arribar a la tan pretendida verdad en la ciencia; El éxito en ese periodo de las disciplinas científicas de la naturaleza pronto se convirtió en un patrón metodológico que se adecuaba a la máxima racionalista de conocimiento científico verdadero, y en este contexto el método experimental tan propio de las ciencias naturales fue exportado al ámbito de las ciencias sociales y por supuesto del derecho.

*El modelo metodológico de las ciencias experimentales*



El método de las ciencias naturales, también conocidas como duras o exactas era la experimentación, que permitía mediante regularidades repetir un fenómeno empírico, en el sentido de que cuando se dieran las circunstancias precisas se obtuviera siempre e indefectiblemente en todos los casos un resultado previsible, con lo que se llegaría a la formulación de leyes de validez universal tanto en tiempo como en espacio. Este tipo de conocimiento se consideró verdadero dado que permitía con precisión predecir las consecuencias de un fenómeno determinado en una relación lógica Si A entonces B., relación que se conoce como principio de causalidad<sup>70</sup> (como lo planteaba Isaac Newton).

### *El principio de causalidad*

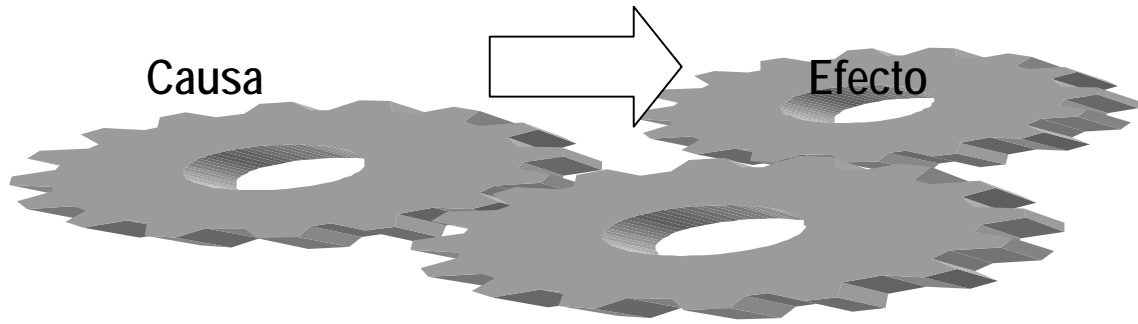
“A toda acción corresponde una reacción... sostenía Isaac Newton. El principio de causalidad alude a una relación de causa-efecto observable en términos empíricos, en donde es posible relacionar dos acontecimientos en forma indefectible pues si se da la concurrencia de uno de los factores el segundo se producirá indefectiblemente. Este principio de causalidad dio lugar a una concepción conocida como determinista, precisamente por que es posible determinar el efecto de un fenómeno siempre y en todo lugar siempre y cuando acontezca la causa de dicho efecto; relación que en términos lógicos<sup>71</sup> ha sido representada como Si A entonces B. Es particularmente importante señalar que bajo este esquema el efecto además de ser predecible es unívoco.

Esta idea puede fácilmente representarse en forma gráfica mediante un diagrama:

---

<sup>70</sup> Nota bene. La noción de Causalidad, en la filosofía occidental y más concretamente en la epistemología designa la relación entre una causa y su efecto.

<sup>71</sup> Nota bene. Lógica desde la perspectiva de la Lógica deductiva o formal



### *El positivismo en las ciencias en general y en las ciencias sociales en particular*

Como claramente se colige de los apartados inmediatos, el método experimental de las ciencias naturales parecía ser en definitiva el método que condujera a la verdad en las ciencias conforme al planteamiento racionalista de René Descartes perfeccionado y puntualizado en términos metodológicos por Isaac Newton; por tal motivo fue trasladado del ámbito de las ciencias duras o exactas al terreno de las ciencias sociales. Dicho postulado epistémico-metodológico fue conocido como positivismo por su pretendida objetividad de lo empírico en contraposición con la subjetividad de lo metafísico<sup>72</sup>; el pionero en la adopción de la metodología de las ciencias naturales a las ciencias sociales fue indiscutiblemente el francés Auguste Comte.

### *El positivismo de Auguste Comte*

Auguste Comte fue un pensador del siglo XIX considerado el padre del positivismo, propuesta epistémico metodológica que consistía particularmente en establecer una metodología científica de base empírica en sustitución de concepciones metafísicas,

---

<sup>72</sup> N. Bene. Nótese bien el pensamiento reduccionista de opuestos, es decir dicotómico: lo objetivo en contraposición con lo subjetivo.

tal y como expone en su obra "*cours de philosophie positive*" (curso de filosofía positiva) en la planteaba su propuesta epistemológica y metodológica inaugurando el positivismo y su traslado a las ciencias sociales, es decir paradigmáticamente empírica.

### *El imperio de la objetividad*

Para dar una respuesta a la revolución científica, política e industrial de su tiempo, Comte apostó por ofrecer una reorganización intelectual, moral y política del orden social. Además, pensó que cualquier reconstrucción sólo era posible tras adoptar una actitud científica. Afirmaba que el estudio empírico de los procesos históricos revela lo que denominó "ley de los tres estadios", que rige el desarrollo de la humanidad. Analizó estos tres estadios en su más importante y voluminosa obra: Curso de filosofía positiva (6 vols., 1830-1842). En ella afirmaba que, dada la naturaleza de la mente humana, cada una de las ciencias o ramas del saber debe pasar por "tres estadios teóricos diferentes: el teológico o estadio ficticio; el metafísico o estadio abstracto; y por último, el científico o positivo, en términos de Comte<sup>73</sup>:

"Esta ley consiste en que cada una de nuestras principales especulaciones, cada rama de nuestros conocimientos pasa, sucesivamente por tres estados teóricos diferentes: el estado teológico o ficticio, el estado metafísico o abstracto y el estado científico o positivo"

### *Evolución progresiva del conocimiento humano: Los tres estadios*

---

<sup>73</sup> Comte, Auguste, Curso de Filosofía Positiva, 1ª Edición, Aguilar, Argentina, 1973, pág. 34

En el estadio teológico los acontecimientos se explican de un modo muy elemental apelando a la voluntad de los dioses o de un dios. En el estadio metafísico los fenómenos se explican invocando categorías filosóficas abstractas. El último estadio de esta evolución, el científico o positivo, supone el triunfo de la racionalidad positiva, en tanto que los hombres no buscan el origen del Universo sino las "leyes efectivas" de los fenómenos. Toda su atención se centra en averiguar cómo se producen éstos con la intención de llegar a generalizaciones sujetas, a su vez, a verificaciones observacionales y comprobables. La obra de Comte es considerada como la expresión clásica de la actitud positivista, es decir, la actitud de quien afirma que tan sólo las ciencias empíricas se erigen en la adecuada fuente de conocimiento. Cada uno de estos estadios, afirmaba Comte, tiene su correlato en determinadas actitudes políticas. El estadio teológico tiene su reflejo en las ideologías que sostienen el derecho divino de los reyes. El estadio metafísico incluye algunos conceptos tales como el contrato social, la igualdad de las personas o la soberanía popular. El estadio positivo se caracteriza por el análisis científico o "sociológico" (término acuñado por Comte) de la organización política.

Bastante crítico con los procedimientos democráticos<sup>74</sup>, anhelaba una sociedad estable gobernada por una minoría de doctos que empleara el método científico para resolver los problemas humanos y para mejorar las nuevas condiciones sociales. Aunque rechazaba la creencia en un ser trascendente, reconocía el valor de la religión, en tanto que creía que ésta contribuía a la estabilidad social. En su obra Sistema de política positiva, propuso como aceptable una religión que estimulara una benéfica conducta social.

---

<sup>74</sup> Cf. Con la idea de la dictadura del aforismo. La idea de absoluto del racionalismo inherente al positivismo implica una mentalidad dicotómica, por tanto excluyente e intolerante no compatible con la idea de democracia, necesariamente sustentada en la noción de diversidad.

## *La materialización de la razón*

Como puede fácilmente inferirse, los racionalistas partían de la idea de la racionalidad absoluta, cierta e infalible; ahora además tangible en términos empíricos

## *La escuela Francesa de la exégesis*

En este orden de ideas y situada en este contexto intelectual de la ilustración, la escuela de la exégesis francesa que domino todo el siglo XVIII y XIX, sentó la estructura de un modelo de sistema jurídico que se sustentara en el modelo del racionalismo, reproduciendo la noción de racionalidad absoluta que caracteriza al racionalismo en el principio de legalidad; que en nombre de la objetividad pretendió convertir a los jueces en meros aplicadores mecánicos del derecho, según Michele Taruffo<sup>75</sup>:

“Tenemos que tomar en cuenta una tradición que se remonta a la mitad del siglo XVIII, hace dos siglos y medio, mas o menos, cuando los juristas iluministas construyeron lo que se conoce como teoría silogística de la decisión judicial, es decir la idea según la cual el juez razona en las formas del silogismo: Una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión...”

La dimensión objetiva aportada por Comte al racionalismo se tradujo en la idea de que las codificaciones eran el derecho; así la letra de la ley se convertía en el *corpus iuris*; dando en el pensamiento racionalista de la exégesis una dimensión empírica al

---

<sup>75</sup> Taruffo, Michel, *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de Derecho procesal*, Tribunal Electoral del poder Judicial de la federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003, Pág. 3.

derecho; condición necesaria para que la ciencia del derecho revistiera objetividad y pudiera denominarse con toda propiedad ciencia.

### *El principio de legalidad*

En la lógica de la ilustración y sus leyes inmutables e infalibles, verificables y objetivas resultaba lógico suponer que las leyes de la organización social podían descubrirse y axiomatizarse en codificaciones como el celebre *code Napoléon*<sup>76</sup>; las cuales por veracidad objetiva e irrefutable, debían simplemente aplicarse por deducción a los casos concretos, es decir mediante razonamiento silogístico, tratando con ello de evitar toda la subjetividad y posible arbitrariedad del juzgador que simplemente aplicaba pero de ninguna manera analizaba, valoraba o ponderaba bajo el apotegma *in claris non fit interpretatio*.

### *Ex post factum*

El principio de legalidad por una parte es un avance en el control de la arbitrariedad judicial; pero por la otra adolece de las deficiencias del pensamiento axiomático: la posibilidad de resolución de conflictos sociales se circunscribía a las posibilidades axiomáticas de las grandes codificaciones, a la derivación por analogía y en última instancia a la reforma legislativa, pero ¿que ocurría con los casos no previsto en la legislación e imposibles de resolver por analogía?

---

<sup>76</sup> Nota Bene. El Código de Napoleón (recientemente festejado por el bicentenario de su publicación 1804-2004), fue elaborado cronológicamente en el iluminismo racionalista y en el ámbito de la escuela de la exégesis francesa con la finalidad de prever lo relativo a las conductas de los ciudadanos. Es un ejemplo claro de codificación positivista axiomáticamente estructurada y aplicada.

La legislación conforma al principio de legalidad era necesariamente previa al caso en que se debía aplicar por la irretroactividad de la norma; ello para evitar leyes especiales o privativas posiblemente arbitrarias y necesariamente subjetivas el ex post facto; empero ¿qué consecuencias generaba limitar completamente las posibilidades del juzgador para desceñir la correcta solución a un caso en la esfera social?

## 2.4 POSITIVISMO JURÍDICO Y DICOTOMÍA NORMA HECHO

El racionalismo sentó las bases para el desarrollo del positivismo al plantear un método único y universal de cientificidad desde una óptica ya reduccionista, que consistió en trasladar el método de las ciencias naturales (empírico-analítico) a las ciencias sociales (como propuso deliberadamente Auguste Comte); obviando cualquier distinción entre la naturaleza de los fenómenos estudiados por las ciencias sociales y las naturales, omitiendo toda consideración respecto de la naturaleza distinta de las ciencias sociales y de sus objetos de estudio.

La transposición de la metodología de las ciencias naturales a las ciencias sociales, esto es la aplicación del método experimental sustentado en el principio determinista de causalidad en el entorno de estudio de las ciencias sociales y definió consecuentemente su aplicación en el área del derecho.

### *El positivismo de la Teoría pura del Derecho*

El estudio del derecho fue objeto también del traslado de los métodos de las ciencias naturales (experimentales, empíricos y consecuentemente positivistas) al concierto de las ciencias sociales, corriente que se conoció como positivismo jurídico y se consideró como ciencia del derecho. Dentro de esta corriente se analiza el

denominado positivismo jurídico en su vertiente formalista (no empírica en términos de conductas humanas), a partir de un autor emblemático; el célebre teórico del derecho Hans Kelsen y su obra la teoría pura del derecho; ejemplo paradigmático del positivismo jurídico en su vertiente formalista.

Con la exposición de la teoría pura del derecho se pretende demostrar como Hans Kelsen se limitó en su teoría a construir un modelo de ciencia del derecho conforme a los lineamientos del racionalismo (método único), y del positivismo (metodológicamente objetivo); tratando de adaptar su teoría a los condicionantes epistémicos del círculo de Viena. Esto es que para que su teoría se considerara "científica" decidió emular artificialmente el principio de causalidad, lo cual evidentemente solo podía hacerse desde una perspectiva formalista que ignorara los hechos y estableciera una dicotomía entre hecho y normas; la tan conocida dicotomía norma /hecho y la consecuente distinción entre el mundo del ser y del deber ser, según el propio Kelsen, distinguiendo entre una ciencia causal o descriptiva y una meramente normativa<sup>77</sup>:

Si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural, necesita descubrir su objeto según un principio que se diferencie del de causalidad. En cuanto objeto de una ciencia tal, diferente de la ciencia natural, la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano. Pero no existe razón suficiente alguna para no concebir al comportamiento humano como un elemento de la naturaleza, es decir, como determinado por el principio de causalidad, para explicarlo como los hechos naturales, por causas y efectos. Que esa explicación -al menos hasta cierto grado- es posible y realizable no puede ser puesto en duda....

---

<sup>77</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, 2ª Edición, UNAM, México, 1995, Pág.-89-90



Pero si, entre tanto, analizamos nuestras enunciaciones sobre el comportamiento humano, resulta que no solo enlazamos actos de conducta humana entre sí y con otros hechos, según el principio de causalidad, sino que lo hacemos también con otro principio que es enteramente diferente del de causalidad... si es posible comprobar que semejante principio se sustenta en nuestro pensamiento y que es utilizado por ciencias que tienen por objeto la interacción humana determinada por normas – es decir las normas que determinan la conducta- estaremos justificados en distinguir a la sociedad como un orden distinto de la naturaleza y a las ciencias que recurren a este principio como esencialmente diferentes de las ciencias naturales.”

#### *Del principio de causalidad al principio de imputación*

El principio distinto del de causalidad que buscaba el teórico austriaco Hans Kelsen era el de imputación<sup>78</sup>:

“En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza otro principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado de imputación (atribución).”

El principio de imputación de Hans Kelsen se caracterizaba por que la vinculación no era fáctica sino deóntica, es decir sobre la idea de lo que debe de ser, la noción del deber<sup>79</sup>:

---

<sup>78</sup> Ibidem, Pág. 90

<sup>79</sup> Ibidem, Pág. 91

“El enunciado jurídico no dice como la ley natural, que si se produce el hecho A entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B le es debido<sup>80</sup> aunque quizás no se produzca en la realidad.”

La base de la teoría pura del derecho es innegablemente el principio de imputabilidad (emulación formal del principio de causalidad en términos si A entonces B), lo cual es una relación evidentemente lineal que trasladada a la dicotomía norma /hecho donde la norma en forma “determina” el hecho, lo cual es evidentemente una concepción epistemológica determinista del fenómeno jurídico, es decir la traslación del principio de causalidad del terreno empírico al formal; sin embargo es de cuestionar si en efecto el fenómeno jurídico participa de esta característica.

Trasladar el mecanismo del principio de causalidad a un plano formal en el de imputación, implicaba necesariamente disociar normas y hechos, lo cual se vería reflejado en la eficacia del sistema normativo. En efecto los hechos difícilmente se comportarían en la forma determinista requerida por el pensamiento científico del positivismo.

### *Modelo Racionalista del derecho en La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*

Desde la perspectiva del positivismo jurídico y sus postulados antes enunciados se consolidó en la teoría del derecho la noción de ciencia del derecho (también denominada como dogmática jurídica<sup>81</sup>), misma que caracterizó el estudio “científico”

---

<sup>80</sup> La idea de deber en el principio de imputación de Kelsen desmiente una vez mas la supuesta neutralidad axiológica del positivismo dado que ¿no lo debido corresponde a un imperativo categórico en Kant, es decir a un valor supremo?

<sup>81</sup> La dogmática jurídica es un área que estudia la aplicación de los sistemas normativos desde el punto de vista práctico que si bien se disocia en el positivismo jurídico de Hans Kelsen de la ciencia del derecho, es

del derecho desde finales del siglo XIX al la mitad del siglo XX, es una concepción que como correctamente apunta la Dra. María del Refugio González -historiadora del derecho- parafraseando al teórico del derecho Santiago Nino, es una concepción positivista formal que predomina en los denominados países de tradición jurídica neorrománica, es decir propensos a la codificación, en este sentido la estudiosa del derecho apunta<sup>82</sup>:

“A juicio de Nino los rasgos característicos de la dogmática jurídica son los siguientes:

\_La adhesión dogmática al derecho positivo. La mayor parte de los dogmáticos hacen decidida profesión de fe iusnaturalista, esto es, postulan que el derecho positivo se sustenta en las categorías del inmutables del derecho natural. La posición dogmática solo recientemente se ha visto enriquecida con la presencia de los positivistas.

\_La admisión de que el derecho ha de inspirarse en principios evidentes por sí mismos para la razón humana, dentro de la cual la razón humana sustituyó a la voluntad de Dios como fuente de inspiración de las normas. Estas ideas dieron origen al movimiento codificador.

\_La adhesión a la legislación y a la creencia de sus cualidades formales, de acuerdo con esto, con el propio derecho positivo se fundamenta la creación de normas que cubran las lagunas del orden jurídico y completen el sistema.

---

evidente que participa de los lineamiento de ésta última a través la teoría del derecho que influencia a los doctrinarios de la dogmática jurídica.

<sup>82</sup> González, María del Refugio, (comp.), *Historiografía y metodología del derecho*, Instituto Mora- Universidad Autónoma Metropolitana, 1ª Edición, México, 1992, pág. 13

\_La aceptación del método dogmático del legislador racional. Conforme a esto se postula que el legislador, con base en la razón diseña el sistema que ha de regular a la sociedad.

\_La creencia de que el sistema debe perfeccionarse conforme a los principios que el mismo establece y admite.

Con esta cita es posible caracterizar el modelo de ciencia del derecho planteado por el positivismo jurídico en su vertiente formalista, particularmente el que subyace en la obra de Hans Kelsen conocida como la teoría pura del derecho, en la cual encuentra sustento teórico. Como puede verse el sistema jurídico planteado sobre la teoría pura del derecho es absoluta y completamente el axiomático propuesto por el racionalismo.

## 2.5 VERDAD LEGAL, FICCIÓN JURÍDICA E INEFICACIA DEL DERECHO.

La apuesta de Hans Kelsen sobre la dicotomía norma hecho planteada como un imperativo en su obra "la teoría pura del derecho" donde expone como punto central una metodología propia del derecho como disciplina, en los términos en que la ha caracterizado Santiago Nino; puede comprenderse en el contexto de su época dominada por el postulado racionalista-positivo tanto en las ciencias naturales como en las ciencias sociales.

*Imperativos científicos del positivismo en el derecho: la Dicotomía norma/hecho*

Postulado paradigmático que en términos epistemológicos suponía la necesidad de un método científico que el jurista austriaco Hans Kelsen sitúa en la dicotomía

norma/hecho. Ya el reconocido círculo de Viena había adaptado el positivismo comtiano al sostener que las proposiciones de valor científico solo debían ser aquellas que pudiera sustentarse en términos empíricos o formales. En este sentido y bajo esta lógica resulta fácil comprender como Hans Kelsen, bajo el influjo teórico metodológico del círculo de Viena pretendiera encontrar un método científico para el estudio del derecho en el positivismo; no obstante para ello solo poseía dos opciones, que sus postulados se verificaran empíricamente o bien que fueran verificables en términos formales<sup>83</sup>:

In the early part of the twentieth century, Moritz Schlick arrived at the University of Vienna from the small town of Kiel in northern Germany and began an informal circle of scholars who, similar to him, wanted to discuss the new positivism. The Vienna circle, as it came to be known, was made up of thinkers from philosophy, mathematics, logic and science. Among these scholars were Otto Neurath, Herbert Feigl and Rudolf Carnap. Soon they published a pamphlet, *wissenschaftliche weltanschauung Der Wiener Kreis*, (scientific worldview-the Vienna circle) which set out the principles of what was to become known as logical positivism or empirical positivism, citing David Hume, Auguste Comte, and John Stuart Mill as intellectual predecessors, the Vienna circle argued that all knowledge could be divided into formal and factual propositions. For the social sciences, the ideas about factual propositions became important. Factual propositions were empirically verifiable, possible to test as true or false. The concern at the time was that philosophy could not

---

<sup>83</sup> Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century*, San Francisco state University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996, pág. 8

contribute to the progress in knowledge unless it divorced itself from metaphysical concerns and problems of the truth, absolutes, and conceptual questions over motives, intentions and normative behavior

Como puede verse el círculo de Viena entendía que eran tan científicas las proposiciones fácticas como las formales, pero como detalla la cita precedente desprovista de todo contenido acerca de los motivos o intenciones de la conducta que se consideraban desde la óptica del círculo como consideraciones subjetivas a científicas, suprimiendo el contenido axiológico de las disciplinas relacionadas con la conducta humana.

En ese mismo sentido se expresa el periódico europeo de derecho internacional respecto de Kelsen al establecer que definitivamente las inclinaciones de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen se deben al pensamiento científico predominante en la Viena de su época y que en particular influenció a Hans Kelsen el círculo de Viena en su asimilación del neopositivismo<sup>84</sup>:

It is clearly not possible in this context to describe the entire network of relations which made up Kelsen's life in Vienna. In one account of the 'Vienna Circle', primarily oriented towards social, rather than intellectual, groupings from the late 1920s the Kelsen Circle is described as overlapping with the neo-positivist 'Vienna Circle', the circle of neo-liberal political economists (Schumpeter, Hayek and Haberler), Rosa Mayreder's 'Women's League for Peace' and the 'Pan European Movement of Count Coudenhove-Kalergi. The author, Edward Timms, who developed a 'theory of the Vienna Circle', found that interactions

---

<sup>84</sup> Diario europeo de derecho internacional (European Journal of international law en <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art9-04.html#TopOfPage>

among creative circles in Vienna, compared to similar phenomena in other large cities, was particularly dynamic. The most striking feature of the Vienna circles was precisely their points of contact. Almost all of these circles overlapped with other neighboring circles which, in their various cultural formations - among which literature, music, architecture, satire, psychoanalysis, Zionism - pursued similarly radical goals.

Ante esta disyuntiva inexorable en términos metodológicos, y ante el indefectible hecho de que la historia evidenciaba que el orden normativo -que en términos de Kelsen equivale a ley escrita- no se comportaba empíricamente en forma determinista en la esfera fáctica y por tanto no podría verificarse empíricamente como proposición fáctica; entonces resulta lógico que optara por la teoría pura del derecho en su vertiente de positivismo formal<sup>85</sup>, pues de esta forma podía efectuarse una teoría axiomática verificable en términos exclusivamente formales. Lo cual se evidencia del hecho de que el propio Hans Kelsen emula el principio de causalidad mediante un denominado principio de imputación y claramente establece la analogía entre el proceder del principio de causalidad en el mundo físico y el símil de su principio de imputabilidad en el plano formal. En términos de Albert Casamiglia<sup>86</sup>:

“Con este criterio formal Kelsen pretende distinguir -con claridad- las ciencias del ser que vienen determinadas por el principio de causalidad y las ciencias del deber ser que vienen determinada por el principio de imputación.”

---

<sup>85</sup> Por que Kelsen estaba influenciado por la crítica de la razón pura de Kant y el idealismo alemán en su conjunto

<sup>86</sup> Casamiglia Albert, *En defensa de Kelsen*, working papers no. 129, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1997

### *Hans Kelsen rechazó el positivismo empírico; no así el formal*

Si bien el diario europeo de derecho internacional manifiesta que aunque parezca natural vincular a Hans Kelsen con el Círculo de Viena; esta es una percepción errónea toda vez que en una carta el propio Kelsen rechaza para su teoría pura del derecho la vinculación con el círculo de Viena, cuya filosofía fue rebatida por el jurista austriaco por ser de carácter metafísico (contenía consideraciones éticas), también es cierto que el propio teórico establece en dicha misiva la influencia del principio de causalidad contenido en los escritos de Phillip Frank, Otto Neurath y Víctor Kraft por parte del citado círculo aun y cuando no pertenece "formalmente al mismo"<sup>87</sup>:

The Vienna Circle, which thrived in the interwar years, actively sought to found philosophy on the basis of Logical Empiricism. Its influence was far-reaching and represents - with its numerous ramifications - an exceptional contribution to Austria's intellectual life in the twentieth century. It seems natural to link the legal positivism of the Pure Theory of Law with the Vienna Circle's neopositivism. But let us first hear what Kelsen had to say on the matter:

In response to your letter of March 31, I would like to inform you that I did not belong to the so-called 'Vienna Circle' in the stricter sense of the word. I had personal contacts with this circle through my acquaintance with Prof. Schlick, Dr. Otto Neurath, Prof. Philipp Frank and Prof. Victor Kraft. What connected me to the philosophy of this circle - without being influenced by it - was its antimetaphysical thrust. From the very beginning I rejected the moral philosophy of this circle - as is formulated in Schlick's 'Issues of Ethics'. However, the writings by Philipp Frank and Hans Reichenbach on causality did influence my view of this issue. The journal 'Erkenntnis' published my essay

---

<sup>87</sup> Op. Cit. Diario Europeo de derecho internacional (european journal of international law) [www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art9-04.html#TopOfPage](http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art9-04.html#TopOfPage)



`Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip' in its 8th volume and an essay titled `Causality and Retribution' in its 9th volume...

Como establece el mismo Hans Kelsen en su misiva, si bien es cierto que rechaza la concepción de filosofía ética<sup>88</sup> presente en el círculo de Viena, empero -como el mismo apunta- su punto de vista se vio influenciado por los escritos de Phillip Frank y Hans Reichenbach sobre el principio de causalidad. Por este motivo la objeción planteada por el diario europeo de derecho internacional no es relevante para los fines de esta investigación. En efecto el hecho de que Hans Kelsen haya rechazado el empirismo se debe a su rechazo a incluir los hechos en su teoría pura del derecho más no a basarse en el principio de causalidad no en un plano empírico sino lógico y formal: el principio de imputación.

El diario europeo de derecho internacional sustenta precisamente la forma en que el círculo de Viena influenció a Hans Kelsen a través no del empirismo sino del principio de causalidad transportado a un plano meramente formal: el famoso principio de Imputación al que se refería Albert Casamiglia líneas antes, según el citado diario europeo<sup>89</sup>:

It should first be noted that there was an unbridgeable rift between neopositivism and the Pure Theory of Law: Kelsen founded legal science as a normativist' science that deals with `objectively' valid law. Here (objective) `validity' is understood as the specific existence of legal norms. According to the Pure Theory there can be no doubt that legal norms - which belong to the realm of `ought' - are not to be found in reality by empirical means. However, a mental operation, the assumption of the `basic norm', makes it possible to describe legal

---

<sup>88</sup> Ver. Kelsen, Hans, teoría pura del derecho. Para Kelsen la dimensión axiológica o valorativa implicaba una subjetividad que era imposible tolerar en la teoría científica del derecho.

<sup>89</sup> Ibidem

norms as special kinds of 'realities'. In connection with law, 'positivism' implies a limitation to a regularly effective system of orders created by humans.

By contrast, neopositivism focuses on the development of a 'unified science' modeled after logical empiricism. In this context, statements on social facts are also permissible, but these are of the nature of predictions that can be verified by observation. According to Neurath, it is important 'that all statements contain definitions with regard to the spatio-temporal order, the order familiar to us from physics'. A sociology that is expressed in such a way becomes, in physicalist language, 'social behaviorism' where one no longer speaks about 'norms *per se*' but only 'about people, things and their correlations'.

Si bien es cierto que el Diario europeo de derecho internacional proclama la existencia de un abismo entre la teoría pura del derecho y la concepción neopositivista, argumentando que la primera se sustentaba en una visión normativa que presupone que las normas pertenecen al mundo de lo que debería ser (*ought to*) y por tanto no pertenecen al ámbito empírico, mientras que el postulado neopositivista por el contrario parte de premisas sobre hechos; lo cierto es que reconoce que Hans Kelsen y su teoría pura del derecho incorporan la dimensión dicotómica al establecer una distinción entre hechos y normas<sup>90</sup>:

One finds numerous references to Kelsen in Neurath's writings. While he always stressed that the Pure Theory of Law followed an anti-'metaphysics' tendency in its studies (cf. later in the text), he rejected Kelsen's idealism, as may be seen in his statement:

When certain legal theoretical problems are no longer dealt with as problems of 'divine law' or of 'natural law' but as problems related to the consistency of certain statements, we are on our way to logical empiricism. But why should we begin such a discussion with speculations on the category of 'being' and 'ought'?

To complete this discussion, I would like to briefly mention Felix Kaufmann, the renowned Austrian legal theoretician and philosopher. In both his life and his work, Kaufmann forms a

---

<sup>90</sup> Ibidem, Diario Europeo de Derecho internacional

sort of 'missing link' between the Vienna School of Legal Theory and the Vienna Circle. Kaufmann sought to avoid the idealist consequences deriving from the assumption of a category of 'ought', while also recognizing that the notion of the unified sciences would lead the social sciences into a dead-end. He thus attempted to develop an all-embracing theory of science using a 'phenomenological' approach.

*El idealismo Kelseniano y la verdad legal: el nacimiento de una ficción*

Pero para lograr este cometido –la cientificidad del derecho conforme al modelo del racionalismo y del positivismo del círculo de Viena- era indispensable desterrar el hecho de la teoría jurídica, pues el hecho no se reduciría en la forma determinista del principio de causalidad; por tal motivo Kelsen declaro fácilmente que los hechos no eran materia de estudio de la teoría del derecho; estableciendo con ello la dicotomía norma/hecho que permitía sustentar su teoría<sup>91</sup> del derecho en base al mito del legislador racional retomado de la escuela de la exégesis francesa. De esta forma se situó al derecho en el plano formal (mundo del deber ser), lo cual posibilito que determinado evento correspondiera con lo planteado en la legislación (verdad legal) aun y cuando no tuviera relación alguna con el mundo material (verdad empírica de los hechos) comúnmente denominada verdad histórica: surge la ficción<sup>92</sup> jurídica que subsana en términos formales las deficiencias materiales de la norma, que se insiste desde la óptica del teórico, austriaco es el derecho.

*Lex non potest facere veritstem Mutare, nisi per fictioni*

---

<sup>91</sup> Ver. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, 2ª Edición, UNAM, México, 1995

Cf. Casamiglia Albert, En defensa de Kelsen. Efectivamente Albert Casamiglia argumenta que la teoría pura del derecho era una teoría meramente descriptiva de lo que entendía por objeto de estudio de la ciencia del derecho: las codificaciones normativas o derecho positivo; lo que según reconoce el propio Casamiglia hace que la teoría pura del derecho revista solo una dimensión descriptiva mas no prescriptiva del derecho.

<sup>92</sup> Ficción, es decir no real, aparente

La ficción jurídica como detalla Daniel Mendonça es ampliamente difundida en el mundo jurídico como un instrumento para transformar la realidad<sup>93</sup>:

El empleo en el derecho de ficciones este tipo es conocido desde la antigüedad. El procedimiento de la ficción jurídica es considerado, desde entonces una potente herramienta para transformar la realidad. El procedimiento, tal como se le empleaba consiste en alterar los hechos, en declararlos otros de los que realmente eran, y en sacar de esa alteración las consecuencias del derecho como si le hubieran sido adjuntadas a la verdad así disimulada, como si hubiera sido la verdad... En lo que sigue centraré mi atención en las ficciones legales, ficciones introducidas al derecho como resultado de la actividad legislativa. No ignoro, sin embargo que las ficciones son también empleadas con frecuencia en la dogmática jurídica y la teoría general del derecho

Esta decisión metodológica permitía a Hans Kelsen responder a todos los planteamientos científicos tanto racionalistas como propiamente positivistas de tipo formal al crear una teoría pura del "derecho" con un método infalible que produciría leyes formales susceptibles de sistematizarse en forma axiomática conforme al mito del legislador racional de la exégesis francesa; pero con el inconveniente de que se sustentaba en un pensamiento por completo dicotómico y reduccionista, desvinculado de la realidad fáctica y sustentado en ficciones jurídicas tanto en la ciencia del derecho como en la dogmática jurídica.

### *Hacia la tautología jurídica*

---

<sup>93</sup> Kelsen, Hans y Fuller Lon, Ficciones jurídicas, comp. (Ernesto Garzón Valdés de la universidad de Maguncia, Alemania y Rodolfo Vázquez por el Instituto tecnológico de México, México), Fontamara, México, 2003, Págs. 8-9

Con la mecánica del principio de causalidad (imputación<sup>94</sup>) y con la dicotomía norma/hecho se respondía a las supuestas cualidades formales del positivismo que ya ha destacado en esta investigación Nino como patrones de cierta cientificidad; pero por una parte se conseguía justificar los postulados del liberalismo de la época y por otra disimularlos en su carácter axiológico y político como científicos, y de esta forma encubrir la subjetividad en que se sustentaban como objetividad científica. Fue posible apuntalar como objetiva y científica una ideología liberal <sup>95</sup>con la teoría pura del derecho de Hans Kelsen<sup>96</sup>.

En efecto, la *Grunnorm* de cuya validez se deriva la de todas las otras normas, puede tener cualquier contenido ideológico que el sistema axiológicamente neutro de Kelsen Hans reproduciría por validez, de modo que su sistema era una verdadera tautología ideológica; pues procuro –inconscientemente- un orden normativo tan neutro y formal que justifica cualquier ideología que presida la grunnorm o norma fundante. El propio Kelsen establece que los hechos que conllevan a la instauración de dicha norma fundante no competen al derecho.

---

<sup>94</sup> Si bien Kelsen establece la distinción entre el principio de causalidad y el de imputación; esta diferencia se refiere a la esfera de operación: el plano empírico y formal respectivamente; mas no diferencia de ninguna manera la mecánica determinista y dicotómica presente en ambos como un error epistemológico congénito.

<sup>95</sup> Cf. La filosofía de Kelsen se basa en la concepción de cada ley como una norma, esto es, como un 'deber ser' en el sentido de la lógica deóntica. Cada ley puede derivarse de otra que otorga validez a aquélla, hasta llegar al principio de validez final, la Grundnorm o norma fundamental. Una ley aplicada por un tribunal es válida en virtud de la legislación que guía la actuación de ese tribunal y le concede el poder de hacer la ley. El poder recibido por una asamblea legislativa emana generalmente de una constitución, cuya fuerza normativa procede de la Grundnorm. De este modo, el ordenamiento jurídico se estructura de forma jerárquica: la norma inferior extrae validez de la superior. El problema implícito en el pensamiento de Kelsen consiste en la falta de justificación de la Grundnorm y de su propio criterio de validez. Esta cuestión le llevó a admitir en sus últimos trabajos que la norma fundamental podría considerarse como una ficción. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>96</sup> Hans Kelsen creó un sistema que sobre la presunta objetividad científica que fue empleada para justificar planteamientos ideológicos.

Si como apunta Daniel Mendonça la ficción es un mecanismo para transformar la realidad en el derecho, es evidente que se requiere un presupuesto axiológico o valorativo que guíe esa transformación, que determine en que sentido debe modificarse la realidad. Empero Hans Kelsen al referirse a las ficciones jurídicas tanto en la teoría como la práctica del derecho mantiene su posición de desvinculación del derecho respecto de la ética y la moral (teoría pura del derecho), es decir mantiene su rechazo a la razón práctica y deja sin referente axiológico el empleo de las ficciones jurídicas como se desprende del sumario del artículo de Hans Kelsen denominado "reflexiones en torno de la teoría las ficciones jurídicas"<sup>97</sup>:

I El concepto de ficción y el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica. La contradicción con la realidad. La realidad de la naturaleza y la realidad del derecho. La ampliación del concepto de ficciones de Vaihinger. Verdaderas ficciones de la teoría del derecho. El sujeto de derecho.

II Las llamadas ficciones de la práctica jurídica. Las pseudoficciones del legislador. Su diferencia de principio frente a las ficciones de la teoría del conocimiento; ausencia de objetivo de conocimiento y de contradicción con respecto a la realidad, tanto de la naturaleza como del derecho. El Art. 347 del código de comercio alemán. La praesumptio iuris. Las ficciones pretorianas.

III Las ficciones de la aplicación del derecho. La analogía. Su contradicción incorregible con la realidad del derecho y su inadmisibilidad jurídica. La analogía exigida por el derecho.

IV Teoría del derecho y práctica del derecho. La ficción moral de la libertad. Su carácter superfluo si se suprime el sincretismo erróneo de la consideración a

---

<sup>97</sup> Kelsen, Hans y Fuller Lon, *Ficciones jurídicas*, comp. (Ernesto Garzón Valdés de la Universidad de Maguncia, Alemania y Rodolfo Vázquez por el Instituto tecnológico de México, México), Fontamara, México, 2003, Págs. 23-25. extraído de *analen der philosophie*, ed. Por Hans Vaihinger y Raymund Schmidt, Feliiz Meiner, Leipzig, 1919. versión castellana de Jean Hennequin.

nivel de ser y a nivel del deber. La ficción del contrato del estado. Su carácter superfluo desde el punto de vista del positivismo jurídico.

V La soberanía del orden jurídico. La independencia del derecho con respecto a la moral. El carácter supuestamente ficticio de esta separación. Las ficciones prácticas de Vaihinger. La norma jurídica y la obligación jurídica no son ficciones.

Como el propio Hans Kelsen expresa, la ficción jurídica tiene carácter superfluo si se suprime el sincretismo erróneo de la consideración a nivel ser y a nivel deber en la teoría y práctica del derecho y sentencia que el derecho es independiente de la moral reiterando desde la perspectiva del positivismo jurídico el carácter superfluo de la teoría del contrato social; es decir que si bien acepta que existen las ficciones jurídicas reitera que las mismas no tienen un referente axiológico o valorativo; empero con esta determinación Hans Kelsen pervierte el empleo de las ficciones e insiste en la dicotomía norma/hecho. ¿cómo se determina la transformación social mediante las ficciones sin un referente axiológico que desde la razón práctica –desdeñada por Hans Kelsen- lo guíe?, ¿de esta forma se logra la objetividad científica? ¿Cómo se puede hablar del deber ser desde la propia dicotomía norma/hecho de Kelsen conforme a la lógica deóntica en ausencia de contenido axiológico?

### *La teoría pura de la ideología*

En su obra *the pure theory of ideology*, Kenneth Minogue, profesor de ciencias políticas de la *London school of economics and political science* revela en un estudio acerca de la ideología empleada para la dominación, cuya génesis encuentra en el siglo XVIII, concluyendo que la lógica de la ideología reclama que se le considere superior a otras formas de comprensión del mundo y que del ideal que la sustenta: la

comunidad perfecta es tan destructora de la democracia como conceptualmente coherente. Lo que Kenneth expresa es que la ideología se caracteriza por el camino único, el pensamiento único y excluyente: lo que puede fácilmente encontrarse en el razonamiento dicotómico del racionalismo subyacente en el positivismo formalista de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen; demostrando la necesidad de analizar axiológicamente los fenómenos sociales; según Kenneth<sup>98</sup>:

Aunque la ideología debe tomar las riendas políticas para transformar el mundo, su carácter real es enteramente antiético a la práctica de los políticos. La ideología es a la realidad, sugiero como (en opinión de Tolstoi), lo que los relatos de las batallas son a la experiencia concreta de los individuos sobre el terreno. En modos ideológicos, pensamos que vemos en la vida social y política estas claras líneas de los libros de historia pintando el orden de batalla de los antagonistas como masas impresionantes. Ellos tienen nombres claros y pulcros, como burgués y proletario, opresor y oprimido. La realidad verdadera sin embargo es desaliñada, las cosas cambian permanentemente, y se hace imposible conservar cualquier identidad clara y distinta.

Como puede verse el mecanismo de la ideología es construir un relato coherente que distraiga la atención de la realidad; exactamente lo que hizo Hans Kelsen mediante la dicotomía norma/hecho en su teoría pura del derecho; distanciar la realidad y la teoría, alejar las escalas valorativas con las cuales se puede descubrir la ideología. En este mismo sentido se pronuncia Michel Foucault en sus conferencias denominadas La verdad y las formas jurídicas donde detalla cómo se estableció una auténtica genealogía del poder cuando el estado moderno se apropió de la función judicial

---

<sup>98</sup> Minogue Kenneth, *La teoría pura de la ideología*, Colección temas, Grupo Editorial Latinoamericano, Argentina, 1988, Pág. 20



como el mecanismo de que obscura y eficazmente ha modelado las relaciones sociales<sup>99</sup>:

Hace dos o tres siglos la filosofía occidental postulaba explícita o implícitamente, al sujeto como fundamento, como objeto central de todo conocimiento, como aquello en que no solo se revelaba la libertad sino que podía hacer eclosión la verdad. Ahora bien creo que el psicoanálisis pone enfáticamente en cuestión esta posición absoluta del sujeto. Pero a pesar de que esto es cierto con respecto al psicoanálisis, en comprensión, en el dominio de lo que podríamos llamar teoría del conocimiento, o en el de la epistemología, la historia de la ciencia o incluso en el de la historia de las ideas, creo que la teoría del sujeto siguió siendo muy todavía muy filosófica, muy cartesiana o Kantiana... Actualmente cuando se hace historia –historia de las ideas, del conocimiento o simplemente historia- nos atenemos a ese sujeto de conocimiento y de la representación, como punto de origen a partir del cual es posible el conocimiento y la verdad aparece. Sería interesante que intentáramos ver como se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino de un sujeto que se constituye en el interior mismo de esta y que a cada instante es fundado y vuelto a fundar por ella... Retomando mi punto de partida: podemos ver cómo cierta tradición universitaria o académica de marxismo, concepción tradicional del sujeto es el punto de vista filosófico, aún continúa. Esto es, en mi opinión, lo que debe llevarse a cabo: la constitución histórica de un sujeto de conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales.

---

<sup>99</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Cuarta Edición, Gedisa, España, 1995, págs. 16-17

Hasta este Punto Michel Foucault detalla como se estableció un sujeto de conocimiento en la epistemología abstracto y en apariencia independiente de la historia, independiente de los hechos y por tanto ficticio, y luego formula el efecto de dicha concepción ahistórica de los sujetos de conocimiento para el derecho<sup>100</sup>:

Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes. La hipótesis que me gustaría formular es que en realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de teoría interna de la verdad que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior de la verdad. Las prácticas judiciales – las formas en que los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades...- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.

Esta es pues la visión general del tema que me propongo desarrollar: las formas jurídicas y, por consiguiente, su evolución en el campo del derecho penal como lugar de origen de un determinado número de formas de verdad.

---

<sup>100</sup> Op. Cit.

Michel Foucault es claro en señalar que al derecho puede estudiársele desde dos historias: una interna y axiomática como propone Hans Kelsen y otra externa fundada en la complejidad social y su estudio caracterizada por una cantidad de relaciones intersubjetivas. Ocultar la subjetividad de las formas jurídicas supuestamente axiológicamente neutras es un ardid, nuevamente en términos de Michel Foucault<sup>101</sup>:

Presentaré algunos esbozos de esta historia a partir de las prácticas judiciales que dieron nacimiento a los modelos de verdad que todavía están vigentes en nuestra sociedad, aun se imponen a ella y valen no solo en el dominio de la política, en el dominio del comportamiento cotidiano sino también en el orden de la ciencia. Aun en la ciencia encontramos modelos de verdad cuya formación es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento sino que son, ellas mismas constitutivas de éste.

Si se atiende a Michel Foucault en particular a su señalamiento respecto a dos formas paralelas de establecer la verdad en la práctica judicial, y particularmente a su argumento de que son formas políticas de dominio las que en realidad se establecen no desde fuera de los sistemas jurídicos –como suponía Hans Kelsen y pretendía evitar distanciándose con ficciones de los hechos sino a partir de los propios postulados científicos, entonces ¿Cuándo se iba a descubrir la ideología de los sistemas jurídicos con la metodología de la teoría pura que excluía a los hechos y consideraba todas las valoraciones subjetivas arbitrarias y anticientíficas?

*Cuando la realidad nos alcance*

---

<sup>101</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Cuarta Edición, Gedisa, España, 1995, págs. 32-33

La teoría de Hans Kelsen fue empero víctima de su propio reduccionismo en forma paradójica. Al desterrar los hechos del estudio del derecho, El jurista austriaco Hans Kelsen no previó que la realidad superaría al derecho formalmente concebido; que es exactamente lo que expone Michael Hardt y Antonio Negri en imperio y probablemente lo que se está atestiguando sobre la ineficacia material de la Organización de Naciones Unidas en el plano de la geopolítica de la globalización; armada de un derecho internacional formalmente válido e ineficaz.

En este sentido el también teórico germano Carl Schmitt, ya había advertido desde la época de Hans Kelsen la imposibilidad de excluir el factor político del estudio del derecho, coincidiendo con Michel Foucault en el sentido de que la verdad axiomática no puede sustituir a la verdad histórica, y que ésta sustentada en los hechos no puede reducirse desde sistemas axiomatizados ni en forma científico causal ni prescriptiva según refiere Rafael Agapito al comentar la obra de Carl Schmitt<sup>102</sup>:

En términos actuales la posición de Schmitt podría formularse como sigue: La historia no se deja reducir desde una perspectiva u objetivos analíticos; es algo inabarcable, y su desarrollo va poniendo una y otra vez de manifiesto la relatividad de cualquier pauta o criterio ordenador de realidad histórica, ya sea teórico o práctico, ya tienda a una explicación científico causal o a una ordenación prescriptiva, es decir jurídica o moral de esa realidad. Sobre esta base Schmitt entiende que la pregunta por la posibilidad de una política constituyente debe plantearse del modo más radical. Para él no cabe aplicar derecho alguno a un caos. Es necesario que la realidad a la que se aplica la norma esté configurada de algún modo

---

<sup>102</sup> Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Editorial Alianza, México, 1999, pág. 19

Como se desprende de la cita, Carl Schmitt tenía claro que los principios analíticos y reduccionistas del positivismo jurídico de corte racionalista a lo que se refería Katrina S. Rogers, no podían fundar ni una ciencia descriptiva con enfoque causal ni una disciplina prescriptiva; dado que la realidad histórica –los hechos- no pueden reducirse ni simplificarse de esta forma. En el caso del derecho, Carl Schmitt es claro en señalar que no puede haber distanciamiento de los hechos ni exclusión de los factores axiológicos o valorativos al ejemplificar que no se podría aplicar el derecho a una realidad que no mantenga ninguna estructura política que la sustente, tal y como critican los autores de Imperio a Hans Kelsen, pues esta desvinculación acarrearía la ineficacia del orden jurídico, como sostienen Michael Hardt y Antonio Negri en imperio en alusión a la concepción del derecho internacional de Hans Kelsen, denotando lo que se persigue probar en esta investigación: la dicotomía norma/hecho explica la invalidez científica de la teoría del derecho desde la posición positivista y conlleva la ineficacia de los ordenes jurídicos.

### *Eficacia formal absoluta: absoluta ineficacia material*

Sin embargo al omitir de la teoría jurídica el estudio de los hechos se afecta sustancialmente los fines del derecho y la administración de justicia pues el derecho (legislación) podía en todo caso alejarse de la realidad empírica y por tanto carecer de eficacia en el fin del derecho: la prevención y resolución de conflictos sociales como se expondrá puntualmente en lo sucesivo.

### *La Lógica deductiva y el pensamiento axiomatizado en La concepción Jurídica de Hans Kelsen*

Esta situación de reducir el orden jurídico a un sistema axiomático basado en la *grunnorm* planteaba dos problemas:

- I) La congruencia sistémica del ordenamiento jurídico, es decir la presencia de conflictos normativos
- II) La distinción entre eficacia y validez del orden jurídico

Respecto de la primera, la congruencia de conjuntos normativos, Kelsen recurre a la lógica deductiva para mantener la unidad del sistema, esto es a los consabidos principios de no contradicción propios del racionalismo y su óptica deductiva de racionalidad absoluta y axiomática<sup>103</sup>:

“De ahí que los principios lógicos en general y por ende el de contradicción, en particular, pueden aplicarse a los enunciados que describen normas jurídicas e indirectamente a las normas jurídicas”

Hans Kelsen sostenía que no podía aplicarse directamente el principio de contradicción a las normas por que estas no eran verdaderas o falsas –pues no había un referente empírico al respecto- sino validas o inválidas; pero en todo caso Hans Kelsen acepta la posición dicotómica del racionalismo en el principio de no contradicción, es decir que si una de las dos normas en conflicto era válida la otra evidentemente no podía serlo; lo cual en términos de temporalidad se resolvía simplemente derogando el enunciado normativo más antiguo conforme al principio *lex posterior derogat priori*. Esto es que el pensamiento de Kelsen se circunscribe en la dicotomía de la ilustración y su inclinación al reduccionismo que condicionó en Kelsen

---

<sup>103</sup> Kelsen, Hans, Teoría Pura del derecho, 2ª Edición, UNAM, México, Pág. 214

el aspecto de la eficacia. Por cuanto hace a la eficacia, Kelsen ostenta su pensamiento dicotómico, sostiene que debe elegir entre la tesis de que entre la validez y la eficacia no hay relación alguna o bien aceptar que son lo mismo validez y eficacia, buscando una tercera opción<sup>104</sup>. De este modo Hans Kelsen plantea<sup>105</sup>:

“la solución que la teoría pura del derecho propone al problema es: así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden normativo, como un todo, y una norma aislada son, junto con el acto de instauración normativa son, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido jurídico como un todo...”

### *Validez y eficacia del derecho*

Es decir -de Hans Kelsen- que la validez es condición tanto de la norma aislada como del sistema jurídico como un todo de modo que de la ineficacia de una norma aislada no se desprende la del todo, es decir la eficacia es condición solo del todo y no así de cada norma individual; con esta posición el jurista austriaco Hans Kelsen pretende subsanar la evidente contradicción a la que lo redujo tanto su reduccionismo dicotómico en general como la dicotomía norma hecho en particular; esto evidencia la fragilidad del pensamiento dicotómico en sí y en la concepción jurídica de Hans Kelsen, toda vez que puede fácilmente demostrársele que existe una norma aislada, que al ser ineficaz acarrea la ineficacia de todo el sistema: la *grundnorm*.

---

<sup>104</sup> Es decir Hans Kelsen empieza a ver las limitaciones de un pensamiento dicotómico en que necesariamente la verdad de una tesis implica la falsedad de la otra, pero al ser incapaz de abandonar este postulado opta por invalidar ambas y generar otra opción, digamos mixta conforme a la dialéctica hegeliana.

<sup>105</sup> Op. Cit.

La respuesta de Hans Kelsen es entonces la revolución, es decir la destrucción del sistema normativo y la instauración de otro; que es exactamente lo que plantea Niklas Luhmann respecto de los sistemas autopoiéticos que no son capaces de responder a una irritación externa<sup>106</sup>: Lo curioso es que la teoría de sistemas ya había advertido que los sistemas cerrados, rígidos e inflexibles tienden a su desintegración: es decir el común denominador en los teóricos Hans Kelsen y Niklas Luhmann es el pensamiento axiomático que es irreducible formalmente, pero inviable en el mundo jurídico. El pensamiento dicotómico subyacente en el sistema axiomático presente por igual en Kelsen y Luhmann no es capaz de entender que dos premisas no necesariamente son excluyentes<sup>107</sup> al ser una verdadera y la otra falsa (o en términos de Kelsen válida o inválida) sino que pueden ser ambas verdaderas en términos situacionales; una lógica más elaborada que la lógica formal deductiva del enfoque racionalista axiomático de positivismo.

### *Los efectos materiales del positivismo jurídico*

Si bien en el plano teórico los postulados axiomáticos de la teoría pura del derecho se verificaban formalmente, de ello no deviene que se verificaran en la realidad fáctica ni era parte del estudio jurídico-; por ende ¿Qué ocurría con la función del derecho confundido con la legislación Los efectos de la verdad legal como ficción jurídica pronto restaron eficacia a un derecho concebido lejos de la problemática social en un plano formal tan artificial como por tanto y paradójicamente metafísico<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Es decir a un estímulo del medio circunvecino, en este caso a un cambio social. Ver. Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 1ª Edición en español, Universidad Iberoamericana, México, 2002

<sup>107</sup> La relación dicotómica válido/inválido de Kelsen encuentra su correlato análogo en Luhmann en forma también dicotómica en la relación jurídico/no jurídico en que se sustenta la autopoiesis y la autorreferencialidad de los sistemas jurídicos en Luhmann.

<sup>108</sup> Nota bene. Metafísico en el sentido de estar ampliamente alejado de la realidad empírica o física.



La eficacia es una cuestión apenas planteada en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen que identifica órdenes sociales en los lineamientos normativos; a este respecto Reinhold Zippelius demuestra como la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en realidad simplemente omite el aspecto de la eficacia en la teoría pura del derecho<sup>109</sup>:

“...así pues, el Estado es, en esencia, un orden normativo y posee como tal una realidad espiritual, ideal (Kelsen 1930, 11)... Sin embargo, la poderosa existencia de un estado no puede remitirse exclusivamente a una conexión lógico-normativa de fundamentación, así como tampoco puede obtenerse de algún contenido significativo de las normas. No se trata de una cuestión relativa al contenido de significación y justificación, sino de la eficacia de las normas.”

Pero si el sistema axiomático falla en el ámbito jurídico por causas endógenas ¿qué efectos producía la aplicación mecánica de sus principios conforme al apotegma *dura lex sed lex sin un referente axiológico?*

---

<sup>109</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado*, Ciencia de la política, Porrúa, México, 1989, pág. 33



### CAPÍTULO 3 LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

"Me siento absolutamente convencido padre benignísimo –le respondí- , de que es altamente injusto el castigo de quitar la vida a un hombre por haber robado dinero. No creo que todos los bienes de este mundo se puedan comparar con la pérdida de una vida humana. Y a quien me diga que la pena viene de la violación de la ley y no del dinero perdido, le responderé que por que razón se considera derecho supremo al que engendra la injusticia suprema: *summum ius, summa injuria*."

La anterior es una reproducción de un fragmento de la discusión sostenida entre dos personajes de la obra de Thomas Moore<sup>1</sup>, *utopy*<sup>2</sup> (utopía), donde debaten los efectos de la severidad de la ley en la Inglaterra del siglo XVI en la impartición de justicia, destacando en breves párrafos interesantes aspectos:

- I) La ley no es necesariamente producto de la razón sino representante de intereses hegemónicos, ley, derecho y justicia no necesariamente comparten identidad ni fines comunes;
- II) La objetividad no necesariamente conduce a la justicia.
- III) La aplicación mecánica de la ley literalmente, *Ad peddem litterae* no es garantía de que se alcancen los fines del derecho, esto es que la aplicación irreflexiva de la norma jurídica no implica necesariamente conforme al aforismo jurídico *dura lex sed lex que se alcancen los fines teleológicos del derecho*.

Es decir que para efectos del estudio del derecho se cuestiona la tesis del positivismo jurídico de Hans Kelsen en base a su dicotomía norma/hecho, así como al positivismo decimonónico y su predecesora la escuela de la exégesis francesa al cuestionar que la ley o más específicamente la letra de la ley responda a la más diáfana expresión de la razón, cuestionando su supuesta neutralidad axiológica y su

---

<sup>1</sup> Nota bene. Thomas Moore no es un simple literato sino un jurista con amplios conocimientos sobre el derecho de su época que tuvo a su cargo el ministerio de relaciones exteriores de gran Bretaña.

<sup>2</sup> Moore, Thomas, *Utopía*, 3ª Edición, Grupo Editorial Tomo, México, 2003



pretendida objetividad científica al destacar que es un producto histórico derivado de intereses tremendamente subjetivos –incluso arbitrarios- y que la letra de la ley y el derecho no son sinónimos.

En este sentido es notoria la crítica a la concepción positivista en el plano teórico como reseñan con precisión José Juan Moreso y Pablo E. Navarro al sostener que la postura extrema del positivismo – que denominan paleopositivismo- resulta anacrónica precisamente por la ausencia de un referente axiológico como ocurre en la moderna concepción del estado constitucional de derecho<sup>3</sup>:

“...Crítica [Luigi Ferrajoli] a quienes (i.e. los paleopositivistas) se niegan a admitir los cambios que ha representado el modelo de constitucional de estado de derecho, sino que advierte sobre la necesidad de una ciencia jurídica militante en la defensa de la libertad, la igualdad y la justicia. En los modernos estados de derecho, la autoridad normativa ha subordinado la validez de las normas a su adecuación a contenidos sustantivos expresados mediante principios constitucionales”

El positivismo jurídico sentó bases desde la deficiencia teórica para la ineficacia material de los sistemas jurídicos concebido en torno a la idea de codificaciones y más aun arriesga la sustentabilidad de tales sistemas jurídicos - en ausencia de referente axiológico- el principio de legalidad puede no siempre prevenir o sancionar la arbitrariedad; paradójicamente suprimir el análisis de la subjetividad en la ciencia, en la ciencia del derecho y la teoría del derecho conduce a la arbitrariedad en la práctica del derecho. La evidencia de los límites del pensamiento axiomático en el derecho supone la revalorización del contenido axiológico a partir de la teoría de la argumentación lo que es un claro rasgo de crisis en el positivismo jurídico.

#### *Una teoría Jurídica axiomatizada*

No debe dudarse de la presencia del pensamiento axiomatizado y su método reduccionista en la teoría jurídica contemporánea, considérese una obra tan reciente como la epistemología jurídica y el garantismo donde Luigi Ferrajoli apela al método axiomático como fundamento metodológico de una teoría axiomatizada del derecho en los siguientes términos<sup>4</sup>:

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y garantismo*, 1ª Edición, Fontamara, México, 2004, pág. 13

<sup>4</sup> Idem, pág 141-142



Desarrollaré un fragmento de una teoría del derecho elaborada con el método axiomático, o sea, a través de la estipulación de un número limitado de términos primitivos y postulados, la utilización como otros términos de la teoría solo de los términos definidos por medio de los primitivos o de términos anteriormente definidos, la aceptación en fin como otros, de tesis de la teoría, solo de las que consisten en definiciones o en teoremas derivados de los postulados, o de las definiciones, o de otros teoremas sobre la base de reglas de transformación previamente establecidas.

La presencia del pensamiento dicotómico y su característico reduccionismo se delinearán prístinamente en la teoría axiomatizada del Derecho de Luigi Ferrajoli denotando dos aspectos, la clara tendencia a reducir la realidad a axiomas o sus derivados, la clara exclusión de cualquier elemento exógeno ajeno al sistema axiomatizado.

*Derecho y literatura: nuevas formas de investigación científica conforme a la argumentación jurídica*

Las limitaciones tanto teóricas como prácticas del positivismo condujeron a que se cuestionará sus bases epistémicas y metodológicas, y particularmente sus resultados materiales en la esfera social, planteando la reformulación axiológica de la teoría del derecho.

En el entendido de la necesaria reunificación de la filosofía y las ciencias a la que convoca Katrina S. Rogers desde la Universidad de California en San Francisco; se une el filósofo galo Paul Ricoeur y una personalidad del ámbito de la investigación epistemológica de la ciencia del derecho François Ost de la Universidad Belga de Saint Louis. En esta línea de pensamiento Katrina Rogers plantea<sup>5</sup>:

“There is a pressing need to reintegrate the metaphysical and evaluative concerns of philosophy with current work in the sciences and their associated technologies the humanities and the arts”

A este respecto Paul Ricoeur establece el diálogo entre un autor – François Ost- y un lector –él mismo- donde se debate el postulado del académico belga respecto de la idea de encontrar fuentes de investigación serias del derecho en las obras de la literatura universal –como expone en su obra contar el derecho (*raconter la loi*),- de ordinario desdeñadas por el pensamiento científico a pesar de su valor

---

<sup>5</sup> Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world*, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century, San Francisco state University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996



contextual. El teórico belga François Ost en concordancia con la epistemóloga Katrina S. Rogers no solo plantea bases de la interpretación y argumentación jurídica a través de la literatura; sino que pretende reintegrar la dimensión axiológica y valorativa al estudio del derecho sin por ello alterar sus bases científicas como se expone en el semanario cultural francés auditorio<sup>6</sup>:

“Qu’est-ce que les grands myths et les grands archetypes de la littérature universelle nous enseignent sur l’origine et le destin du droit ? Raconter la loi c’est un ouvrage de François Ost , dont la intention est de replonger le droit dans la fiction littéraire pour lui permettre de renouer avec ses racines »

En esta tesitura, se consideró correcto en términos de investigación científica plantear algunos postulados jurídicos debatidos en la literatura universal; en este caso la obra de Thomas Moore, personaje con una sólida trayectoria y formación jurídica que más que fantasear realiza una acre y razonada crítica de los sistemas jurídicos. Con esta postura se persigue evidenciar los límites del pensamiento jurídico positivista y particularmente sus efectos sobre la eficacia de los ordenes jurídicos y efectos de los mismos en la esfera social, es decir transparentar la ineficacia de los sistemas jurídicos sustentados en el positivismo.

#### *Los alcances de la ratio Legis*

¿Qué tan largo es en verdad el brazo de la ley? Al estar cuestionada la racionalidad automática e intrínseca de la letra de la ley, surge la cuestión sobre si ¿debe aplicarse en forma mecánica la legislación como sugiere el positivismo jurídico, al menos el decimonónico, mediante la mera subsunción (aplicación mecánica al caso concreto), sin atender más que la literalidad de la ley conforme al principio de legalidad originalmente sustentado en la necesidad histórica de detener la arbitrariedad de las autoridades?

El propio Theodor Vieweg, autor entre otras obras de *Topik und jurisprudnz* evidencia lo limitado de la concepción científica del derecho desde los postulados racionalistas-positivistas en sí mismos

---

<sup>6</sup> Le philosophe Paul Ricoeur, lecteur de raconter la loi par François Ost, Auditoire,, jeudi 6 de mai 2004, revue scientifique et culturelle éditée par Olivier Abbel, professeur de philosophie et d’Éthique à la faculté libre de théologie protestante á Paris



reduccionistas tanto para su estudio en un nivel teórico como para la práctica en forma social, de la siguiente manera<sup>7</sup>:

La insuficiencia de una ciencia del derecho reducida se les presenta con gran claridad especialmente –aunque no exclusivamente- a los juristas que trabajan a nivel legislativo, razón por la cual tiene aquí que ser mencionado brevemente. Justamente a ellos se les presenta como una necesidad urgente una adecuada relación de recíproca entre dogmático-jurídica e investigación jurídica. Aquí es, pues especialmente notorio el efecto reduccionista de la actitud juspositivista descrita. Como lo conocemos, nos preocupamos justamente en la actualidad por iniciar nuevos contactos con disciplinas de investigación de nuevo tipo, tales como la sociología, la criminología, la politicología. Esto responde manifiestamente, a los rasgos de nuestro tiempo y es ciertamente una nueva vía. Para el interés de este breve ensayo surge aquí una situación nada irrelevante: al evitar el descrito positivismo jurídico, caemos frecuentemente en el positivismo filosófico que frecuentemente se encuentra detrás de las mencionadas disciplinas.

¿A qué se refiere Theodor Viehweg cuando alerta en la necesidad de no caer del positivismo jurídico al positivismo filosófico de las ciencias? Theodor Viehweg se alude al riesgo de mantener la atomización del conocimiento jurídico, es decir recaer en el positivismo ya no formal sino empírico pero finalmente mantenerse en la posición reduccionista del pensamiento axiomatizado.

El pensamiento axiomatizado es inviable para el análisis de fenómenos complejos como el jurídico, pues no es posible a partir de un sistema axiomatizado mantener una lógica deductiva autoreferencial, pues la lógica deductiva en que se sustenta no es absoluta como la consideraron los racionalistas, como se evidenciará en lo sucesivo.

### 3.1 DISOCIACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA

“La verdad os hará libres”  
Jesucristo de Nazareth

La relación entre la teoría y la praxis jurídica prácticamente se vio reducida a nada con el advenimiento de las ciencias nomológicas y su impacto en las ciencias sociales<sup>8</sup>, pues como magistralmente reseña

<sup>7</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª Edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997, Pág. 65

<sup>8</sup> Nota Bene. Resulta conveniente tener presente que el positivismo como propuesta metodológica proponía la instauración de metodología experimental en las ciencias sociales.



Jurgen Habermas en teoría y praxis; las ciencias empírico-analíticas proporcionan soluciones en el mejor de los casos técnicas que en nada orientan sobre el curso de las acciones de la vida cotidiana precisamente por su neutralidad axiológica o ausencia de dimensión valorativa, según el autor en cita<sup>9</sup>:

Dogmatismo, razón y decisión. En la tradición de la gran filosofía, la relación entre teoría y praxis hacía siempre referencia a lo bueno y lo justo, a la vida y convivencia verdaderas de los individuos como ciudadanos. En el siglo XVIII esta dimensión de una praxis dirigida por la teoría se vio ampliada en el plano de la filosofía de la historia... la experiencia de emancipación a través de la inteligencia de las relaciones de dominio, cuya objetividad se debe tan solo al hecho de que permanecen inexploradas. La razón crítica logra un poder analítico sobre la constricción dogmática.

Como expone Jurgen Habermas existía en los modelos epistémicos del siglo XVIII una intrínseca relación entre teoría y práctica que fungía como referente de la acción individual y colectiva; que permitía un cierto grado de emancipación, de conciencia que a su vez posibilitaba -en cierta medida- cuestionar el *status quo* que en forma dogmática se instauraba.

#### *Hacia el dogma de la razón: la dictadura del aforismo*

Empero hacia mediados del siglo XVIII, tuvo lugar una revolución paradigmática del pensamiento científico que repercutió como consecuencia en la disgregación entre teoría y práctica; relacionada con el advenimiento de las ciencias que Jürgen Habermas señala como empírico-analíticas<sup>10</sup> y nomológicas<sup>11</sup>, en los términos del precitado autor germano<sup>12</sup>:

La razón en pugna con el dogmatismo ha acogido en sí este interés, no deja fuera de sí el momento de decisión. Pero esta constelación de dogmatismo, razón y decisión se transformó profundamente desde el siglo XVIII y lo ha hecho en la misma medida en que las ciencias positivas se han convertido en fuerzas productivas del desarrollo social. Pues la dimensión en que en otro tiempo, la teoría se orientaba a la praxis se ha visto estrangulada en nuestra civilización. .. En él [mundo actual], la relación entre teoría y praxis no conserva otra validez que

---

<sup>9</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis*, 1ª Edición, Rei, México, 1993

<sup>10</sup> La expresión ciencias empírico-analíticas se refiere a las ciencias que estudian un fenómeno fáctico, descomponiéndolo en sus partes para explicar en forma mecánica su funcionamiento.

<sup>11</sup> Ver. Habermas Jürgen, *On the logic of the social sciences*. Para Habermas las ciencias se denominan nomológicas si tienden a la instauración de leyes de pretendida validez universal

<sup>12</sup> Op. Cit.



la utilización instrumental de técnicas garantizada por la ciencia empírica. La potencia social de las ciencias queda reducida al poder de disposición técnica, ya no son tenidas en cuenta en su potencialidad de acción ilustrada. Las ciencias empírico-analíticas generan recomendaciones técnicas, no dan respuesta a nuestras prácticas.

La razón por la cual las ciencias empírico-analíticas no dan respuesta a las prácticas cotidianas es producto de su extrema objetividad; de haber ignorado la dimensión axiológica o valorativa de la especie humana, en la toma de decisiones sobre la vida individual y social cotidiana. Esta es la razón de que la modernidad esté en crisis: la certeza es imposible no solo por la diversidad de posibles cursos de acción, sino por que no existe un parámetro para optar entre ellos sin la dimensión axiológica, en especial en la ciencia del derecho, su teoría y consecuentemente su práctica.

#### *La disociación Teoría y práctica en la ciencia del derecho*

La ciencia jurídica no escapa de esta circunstancia, que como se mostró es patente en Hans Kelsen y su dicotomía norma/hecho; siguiendo esta orientación de la disociación entre teoría y praxis, Jürgen Habermas incursiona en el mundo jurídico primero en su obra *norms and facts*, obra precursora de facticidad y validez; donde se expone claramente la existencia de una tensión entre el mundo normativo y el del ser, en función de la dicotomía norma hecho, según Jürgen Habermas<sup>13</sup>:

En teoría del derecho disputan entre sí sociólogos, juristas y filósofos acerca de la adecuada articulación entre facticidad y validez... la teoría de la acción comunicativa empieza asumiendo en sus propios conceptos básicos la tensión entre facticidad y validez. Con esta arriesgada decisión, mantiene la conexión con la concepción clásica de una relación interna, aunque siempre también muy mediatizada entre sociedad y razón, es decir entre las restricciones y coerciones bajo las que se efectúa la auto reproducción de la vida social

Asimismo, Habermas detalla claramente cual es el motivo de tensión entre facticidad y validez o como en términos de la investigación entre sistemas normativos y hechos: la neutralidad axiológica al confrontar la visión formalista del Derecho de toda la tradición alemana del siglo XIX, en particular el binomio formalismo racionalidad de Weber, muy similar a la concepción de Hans Kelsen<sup>14</sup>:

---

<sup>13</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trota, España, 2002, Pág. 69-70

<sup>14</sup> Op. Cit. Pág. 535-540





Lo que Max Weber describió como materialización del derecho formal burgués es lo que hoy conocemos como el proceso de juridificación característico del estado social... con el despertar de los modernos problemas de clase empiezan a plantearse al derecho exigencias de tipo material por los destinatarios de él... Aquí entra en juego la pareja de conceptos formal-material con la que Weber sigue determinando hasta hoy las discusiones correspondientes, encauzándolas, según creo en una falsa dirección: conforme a su percepción las exigencias de justicia material penetran en medio del derecho y destruyen la racionalidad formal de éste... las cualidades formales del derecho tan subrayadas en esta tradición Weber las explica en general como resultado del trabajo realizado en dogmática jurídica...

El teórico germano de la escuela de Francfort Jurgen Habermas precisa la forma en que desde la concepción formalista del derecho racionalidad y cualidades formales del derecho únicamente son validas: en un entorno axiológicamente neutro que no resulto ser tal<sup>15</sup>:

Los expertos en derecho velan por el formalismo del derecho en al menos tres aspectos. La configuración de un corpus de proposiciones jurídicas claramente analizado en el conjunto de las normas... segundo la forma de la ley abstracta y general, ni coartada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios y tercero, la vinculación de la justicia y la administración garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atendida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes. Las desviaciones de este modelo liberal pueden entenderse como mermas de las cualidades formales del derecho... en las cualidades del derecho Weber veía también fundada la racionalidad del derecho... Pero esta concatenación de ideas solo puede ser de recibo si las cualidades formales del derecho, tal como las toma Weber de la comprensión formalista del derecho, pueden interpretarse racionales en un sentido moralmente neutro"... frente a la argumentación funcionalista de Weber resulta que la forma de leyes abstractas y generales solo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral...

Interesante resulta el hallazgo de Jurgen Habermas en el sentido de que las cualidades formales del derecho solo son comprensibles consideradas desde un contexto valorativo o axiológico de carácter subjetivo. Esta condición implica a su vez replantear la objetividad y más propiamente el papel de la subjetividad en el estudio y práctica del derecho.

---

<sup>15</sup> Ibidem.



### *Unidimensionalidad: la pobreza de la objetividad*

En este entendido, la ausencia de la dimensión axiológica del derecho explica que La postmodernidad sea presidida por el nihilismo que vaticinaba Leo Strauss, pues la neutralidad axiológica no provee alternativas de orientación conductual<sup>16</sup>no permite la razón práctica ni el libre albedrío, lo cual está presente en el hombre unidimensional de Herbert Marcuse<sup>17</sup>:

“En la postmodernidad se transita a un hombre de una sola dimensión dictada por la lógica de los mercados sin valores ni destino definido...”

### *¿Error involuntario?*

No es necesario [que el pueblo] perciba la verdad de la usurpación, introducida en otro tiempo sin razón, se ha vuelto razonable; conviene mostrarla como auténtica, eterna y ocultar su comienzo si no se quiere que llegue rápidamente a su fin, comentaba Blaise Pascal en su obra pensamientos (*Pensées*)

Es de pensarse si la citada deficiencia epistémico- metodológica del positivismo racional y su racionalidad formalista fue un error paradigmático o un sistema deliberado que permitió a Hans Kelsen generar una teoría pura del derecho ideológicamente tautológica, cuando el propio Blaise Pascal advierte la forma en la que la razón debía regir la vida de los ciudadanos sin que estos tuvieran conciencia de este evento. Es decir plantea emplear a la razón como medio de dominación, al respecto Jurgen Habermas, Gustavo Zagrebelsky así como Michael Hardt y Antonio Negri coinciden en señalar que existe una evidente necesidad de valorar axiológicamente al sistema jurídico en apariencia

---

<sup>16</sup> Nota bene. Es decir que no contempla la razón práctica aristotélica que vinculaba acción y teoría en sistemas axiológicos basados en el Libre albedrío, poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

<sup>17</sup> Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1984.



meramente formal que en realidad responde a un sistema de poder económico: el capitalismo y en especial a su expansión: la globalización.

*Objetividad: El doble mito genial de la neutralidad axiológica*

La neutralidad axiológica de las ciencias sociales –incluido el derecho- ha resultado ser una doble falacia; Noam Chomsky explica el verdadero carácter subjetivo de los intereses en el orden económico, político y social del neoliberalismo, que evidentemente se proyectan en el orden normativo a nivel internacional en la globalidad<sup>18</sup>:

“Se supone que las premisas del capitalismo es que la inversión esté tan exenta de riesgo como sea posible. Ninguna empresa quiere libre mercado... lo que quieren es poder, vivimos en una sociedad de mercachifles cuyo valor primordial es el engaño”

Esto es, que se trata de un doble engaño la neutralidad axiológica en las ciencias sociales<sup>19</sup>, como en capítulos previos sugería Ulrich Beck en la sociedad del riesgo, por que en primer lugar el sistema normativo formalista ni es axiológicamente neutro ni pretende la objetividad sino que tiene por objeto disimular la evidente base ideológica del capitalismo basado en un valor central, de suyo subjetivo y hasta arbitrario: el engaño ejecutado a través de la intachable objetividad científica si así es necesario. En este sentido resulta evidente como la teoría pura del derecho de Hans Kelsen deviene una teoría pura de la ideología como explicaba previamente Kenneth Minogue.

*Dictadura del aforismo: la tecnocracia*

En esta lógica, la forma más adecuada de engaño consiste en presentar como objetivo lo que en realidad es subjetivo –incluso arbitrario y discrecional- y además negar la validez de la subjetividad; de modo que los intereses sistémicos se presentan como verdades científicas, que en su calidad de

---

<sup>18</sup> Chomsky, Noam, *El bien común*, 1ª Edición en español, Siglo XXI, México, 2001

<sup>19</sup> Nótese la correspondencia entre el pensamiento de Chomsky y el de Ulrich Beck que en ambos casos aluden a una sociedad sustentada en la simulación.



verdades de la ciencia no se someten a la discusión pública que preside la democracia: son la dictadura del aforismo sustentada en la validez meramente técnica, la tecnocracia.

Esto por que la consecuencia natural de la dicotomía norma/hecho es la disociación entre la teoría (formal) y la práctica o praxis del derecho como claramente establece Robert Alexy en su obra el concepto y la validez del derecho al situar la importancia de la polémica sobre el derecho positivo para la práctica jurídica en los siguientes términos<sup>20</sup>:

“La polémica acerca del concepto del derecho es una polémica acerca de que es el derecho. Todo jurista tiene al respecto una idea más o menos clara, que se expresa en su praxis. El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto del derecho. Otra es la situación en los casos insólitos”

Si como señala Robert Alexy en su obra El concepto y la validez del derecho, el positivismo siempre en aras de una supuesta objetividad científica ha propuesto la neutralidad axiológica<sup>21</sup>, es decir la ausencia de valores; esta circunstancia es desmentida en forma categórica por Jürgen Habermas que en facticidad y validez plantea que el sistema formal de derecho no es en modo alguno exento de contenido valorativo, señalando que las supuestas cualidades formales del derecho son en realidad valores<sup>22</sup>:

“Max Weber se orientó todavía por una comprensión formalista del derecho que mientras tanto ha sido puesta en cuestión por la investigación histórica”

Por su parte el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky en el derecho dúctil plantea<sup>23</sup>:

La concepción del derecho propia del estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley de que hemos hablado era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta... En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí misma las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía

<sup>20</sup> Alexy, Robert, el concepto y la validez del derecho, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997, Pág. 14-15

<sup>21</sup> Ver. Alexy Robert, The argument of injustice.

<sup>22</sup> Habermas, Jürgen, Facticidad y Validez, Trotta, España, 2002, Pág. 545

<sup>23</sup> Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, 3ª Edición, Trotta, España, 1999.



asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*.

Coincide con el planteamiento de aneutralidad axiológica del derecho y en especial del iuspositivismo Niklas Luhmann al señalar que existe de hecho una cierta ideología, de suyo subjetiva en el positivismo jurídico al denotar que la validez normativa depende no tanto de verdades absolutas exentas del cambio sino en la forma en que se toman las decisiones encaminadas a hacerlas valer o como propone este autor, la ley positiva como objeto de reflexión por los miembros de la sociedad está referida a consideraciones sociales incluso ideológicas<sup>24</sup>:

Positive law is made valid by decisions: a law of any content whatsoever can gain legitimate legal validity; and the same decision that makes the law a valid one can also withdraw its validity." The foundation of law, then, instead of resting on an objective unchanging truth, rests instead on an assumption of contingency. In other words positive law, being a subject of reflection by the members of the society must relate to the assumptions, including ideological assumptions, of the society where those assumptions are commonly held. "The stability and validity of the law," Luhmann explained, "no longer rests upon a higher and more stable order, but instead upon a principle of variation.

Si como dice Niklas Luhmann la validación de los sistemas positivos puede encontrarse en un momento dado en la ideología, entonces es evidente la forma en que la teoría pura del derecho de Hans Kelsen deviene una tautología ideológica. Lo cual a su vez sustenta la crítica a la neutralidad axiológica del estudio científico del derecho y con mayor razón a la práctica jurídica axiológicamente estéril.

### *Objetivamente arbitrario*

Ante la necesidad de superar el pensamiento dicotómico norma/hecho Jürgen Habermas establece la necesidad de transitar de una teoría exclusivamente descriptiva a otra de carácter tanto descriptivo como prescriptivo, precisamente para que no pueda ser empleada la perspectiva formalista para justificar cualquier ideología en ausencia de parámetros de validación axiológica; es decir la superación del pensamiento, axiomático en la ciencia del derecho y en la práctica del mismo conforme a la dogmática jurídica en especial el binomio dicotómico norma/hecho.

---

<sup>24</sup> Luhmann, Niklas, *Positive law and ideology*, Cambridge press, United States of America, 2000



### 3.2 ¿EFECTOS MATERIALES: SUMMUM IUS, SUMMA INJURIA?

Ignorar la dimensión fáctica del derecho no obsta para que ésta produzca secuelas en la realidad social. El efecto material de la aplicación de un sistema normativo axiomatizado supuestamente neutro pero en realidad ideológicamente definido conlleva a la obstaculización de los fines del derecho como sistema en la sociedad. La suposición de racionalidad absoluta en la norma jurídica puede producir la arbitrariedad absoluta o como acusaba el iusnaturalismo; la injusticia tanto individual como social en la aplicación de la ley al respecto Zacco sostenía: *I might have lived out my life talking at street corners to scorning men. I might, unmarked, unknown, a failure. Now we are not a failure. This is our career and our triumph. Never in our full life could we hope to do such work for tolerance, for justice, for man's understanding of man as now we do by accident. Our words--our lives--our pains--nothing! The taking of our lives--lives of a good shoemaker and a poor fish-peddler--all! That last moment belongs to us--which agony is our triumph*<sup>25</sup>. : (pude haber muerto desconocido como una falla; pero ahora no soy una falla más del sistema, decía Zacco a los periodistas sobre su condena, enfatizando que su caso atestiguaría el juicio de la historia sobre los errores o arbitrariedades de la impartición de justicia.

*Sócrates, Zacco, la mujer... dura lex sed lex.*

Los ejemplos son prácticamente ilimitados: Sócrates, Cristo, Zacco y Vansetti e innumerables inocentes anónimos son el testimonio de que, la ley, el Derecho y la justicia no son una y la misma cosa; de que no coinciden necesaria y forzosamente, y en última instancia que la aplicación de la Ley no conduce necesariamente y automáticamente a la justicia como fin último del derecho; por que –a diferencia de la visión positivista- ley y derecho no son sinónimos. Las víctimas del positivismo jurídico y la pretendida racionalidad absoluta configurada en la objetividad absoluta en ausencia axiológica.

---

<sup>25</sup> [Statement attributed to Bartolomeo Vanzetti by Philip D. Stong, a reporter for the North American Newspaper Alliance who visited Vanzetti in prison in May of 1927 shortly before he and Sacco were executed.]



Una ley que obligue como ocurre en África a la mutilación genital de la mujer, es válida por el simple hecho de haber sido creada conforme al proceso legislativo y la autoridad competente, existe objetivamente en la legislación; pero no puede ser calificada de buena o mala ¿verdad señor Hans Kelsen? Las miles de jovencitas mutiladas y a veces asesinadas no refieren nada para la teoría del derecho y su objetividad científica, preocuparse por su bienestar es solo un sentimiento subjetivo, como lo son entonces sus derechos humanos.

### *Los derechos humanos*

Los seis millones de judíos asesinados en Europa durante el fascismo alemán, fueron legalmente ejecutados, el positivismo jurídico puede fácilmente desconocer derechos o crear crímenes *ad hoc*, no tiene un lugar seguro para los derechos humanos. No todos compartimos esa visión.

### *La justicia y el positivismo jurídico*

En su obra inmortal, los miserables, Víctor Hugo no solo retrata el pensamiento positivista en forma descarnada sino que lo muestra en su verdadera dimensión *in procedendo*, como un auténtico acto de irracionalidad encarnada en la fanática actuación del Inspector Javert; quien en nombre de la ley (sobre una errónea interpretación del principio de legalidad) se circunscribe en un dilema paradójico entre la ley y sus fines, que es la consecuencia del reduccionismo del positivismo jurídico y evidencia de la falacia de la racionalidad absoluta que pretendía para sus normas.

En efecto la trama de la obra se circunscribe en el enfrentamiento dicotómico entre ley y justicia: el dilema es paradójico violar la ley para conseguir sus objetivos, con ello no solo se reafirma la aneutralidad axiológica del positivismo y las nefastas consecuencias de dicho mito sino que confronta en términos sociales las limitaciones axiomáticas del derecho codificado el fin justifica los medios pero no a la inversa, el proceso axiomático no garantiza el fin del derecho por que no es el medio más adecuado.

*Jeanvaljean*, personaje de la obra es encarcelado por robar pan para mitigar la mendicidad de sus sobrinos en la precariedad; es encarcelado y éste ante lo que considera una injusticia escapa una y otra vez acumulando sentencias por evasión al intentar vez tras vez escapar de lo que considera un castigo injusto... finalmente aun y cuando se reintegra a la sociedad en forma honesta y útil para sí y la comunidad... es perseguido sistemática e implacablemente por el inspector *Javert* quien lo reconoce



como presidiario evadido y en su fanatismo por aplicar la ley; finalmente sucumbe<sup>26</sup> al tener que violar la ley en nombre de la justicia al liberar a Valjean, en gratitud del hombre que salva su vida en los tumultos revolucionarios del París decimonónico<sup>27</sup>:

Ante sí veía dos sendas igualmente rectas; pero eran dos y eso le asustaba, pues en toda su vida no había conocido sino una línea recta. Y para colmo de angustia aquellas eran contrarias y se excluían mutuamente ¿Cuál sería la verdadera?... ¿No era horrible que Javert y Jean Valjean, el hombre hecho para servir y el hombre hecho para sufrir se pusieran ambos fuera de la ley? Jean Valjean lo desconcertaba. Los axiomas que habían sido los puntos de toda su vida caían por tierra... El código no era más que un papel mojado en sus manos... Era para su alma un mundo nuevo, el beneficio aceptado y devuelto, la abnegación, la misericordia, la indulgencia; no más sentencias definitivas, no más condenas, la posibilidad de una lágrima en los ojos de la ley... Divisaba en las tinieblas la imponente salida de un sol moral desconocido

En esa tesitura Víctor Hugo plantea un asunto importante en términos no meramente literarios y filosóficos sino jurídicos –como sugería François Ost en contar la ley-, los efectos materiales de la dicotomía norma/hecho y precisa el conflicto irresuelto entre norma y hecho al que se refiere siempre en términos teóricos el jurista alemán Jürgen Habermas en facticidad y validez la tensión entre el hecho y el derecho, así como al complejo problema que plantea su resolución<sup>28</sup>:

“La revolución de julio es el triunfo del derecho que derroca al hecho. El derecho que triunfa sin necesidad de violencia. El derecho que es justo y verdadero. Esta lucha entre hecho y derecho dura desde los orígenes de las sociedades. Terminar este duelo, amalgamar la idea pura con la realidad humana, hacer penetrar pacíficamente el derecho en el hecho y el hecho en el derecho, es el trabajo de los genios”

La cita de Víctor Hugo en los miserables es elocuente: reseña el conflicto al que conduce el positivismo jurídico axiomatizado, enfatizando el distanciamiento y hasta oposición entre la realidad y el derecho, de igual modo sintetiza en forma muy precisa como la lógica absoluta –considerada infalible- conduce de

---

<sup>26</sup> Cuando Javert envuelto en el dilema de obedecer la letra de la ley o la valoración axiológica de sus actos decide suicidarse, puede decirse que se comportó como sistema axiomático, dicotómico y cerrado; en términos de Luhmann se podría decir que no superó la irritación con una clausura operativa y como sistema cerrado finalmente se desintegró. Esta situación irónica es la evidencia de los efectos de soslayar los límites de la racionalidad.

<sup>27</sup> Víctor Hugo, *Los Miserables*, Grupo Editorial Tomo, 1ª Edición, 2004 Pág. 485-490

<sup>28</sup> Op. Cit. Pág. 510





llevarse al extremo al absurdo jurídico, al juicio salomónico de la sinrazón, a la ineficacia del derecho y a la injusticia en términos sociales, crítica que es posible solo por el contenido axiológico en este autor, según Carolina Barroso Casas<sup>29</sup>:

Se busca demostrar el compromiso social del autor, al denunciar la violación a los derechos humanos en todos los estratos de la sociedad. Asimismo Víctor Hugo se convierte en visionario del desarrollo del pueblo, a quien le transmite el respeto de sí mismo, la fuerza y la determinación para acabar con la injusticia y la crueldad, la ignorancia y la miseria a través de la toma de conciencia de algunas facultades o prerrogativas de que se debe ser sujeto, encontrar un lugar digno en la sociedad.

### *La dimensión axiológica del Derecho*

En base a la posición teórica de disociación derecho y moral que según plantea Robert Alexy permea el pensamiento del iuspositivismo, se transforma la práctica jurídica en un posible vehículo de injusticia –que reproduce en el plano material las limitaciones de su propia racionalidad, su límites axiomáticos- como se evidencia, en el postulado central que se denomina el argumento de la injusticia en lo que Robert Alexy define como injusticia legal, en los siguientes términos<sup>30</sup>:

En la primera decisión, el fallo sobre ciudadanía de 1968, se trata del problema de la injusticia legal... la ordenanza sobre la ley de ciudadanía del reich del 25 de noviembre de 1941, privo por razones racistas a los judíos emigrados de ciudadanía. El tribunal debía decidir si un abogado deportado en Ámsterdam en 1942. Era de suponer que había desaparecido la posibilidad de recuperar la ciudadanía alemana.... El Tribunal llega a la conclusión de que el abogado no había perdido nunca la ciudadanía alemana por que la ordenanza del Reich había sido nula ab initio. Su fundamentación reza "el derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado hace tiempo en la ciencia y la praxis jurídica...

---

<sup>29</sup> Barroso Casas, Carolina, *Los miserables y la conciencia social*, tesis dirigida por la lic. Socorro Lozano Moreno, facultad de filosofía y letras, Letras francesas, Universidad Autónoma de México, 2006, pág. 7

<sup>30</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2º edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997



### *Los juicios de Nuremberg*

Esta circunstancia fue patente al finalizar la segunda guerra mundial, particularmente en los juicios de Nuremberg<sup>31</sup> el 18 de octubre de 1945, como claramente establece Robert Alexy en el argumento de la injusticia. Al comenzar el juicio por crímenes de guerra en el mes de noviembre de 1945, la discusión se centro en el principio de irretroactividad (principio de legalidad); en efecto la defensa de los acusados reclamaba que no era posible juzgar a los enjuiciados por presuntos delitos contra el derecho internacional que no se encontraban tipificados como tales. Esta defensa deja entrever la idea del principio de legalidad y la concepción positivista que la preside; se planteaba el problema del *ex post factum*.

La sentencia del tribunal militar –condenatoria por supuesto- rebatió el argumento de la defensa, que Robert Alexy identifica con el argumento de la justicia; precisamente mediante la razón practica, al desestimar la obediencia debida a ordenamientos superiores alegada por la defensa sobre el libre albedrío( es decir la capacidad de valorar lo correcto o incorrecto), esto es la capacidad de decidir si actuar o no conforme al ordenamiento. Pero ¿Cómo se decide a actuar o no conforme a un ordenamiento sin un referente axiológico?

Como puede verse, la neutralidad axiológica de los sistemas jurídicos positivos no necesariamente evita la arbitrariedad por dos motivos principales:

- a) La ausencia de un referente axiológico nulifica la capacidad de discernir el seguir o no un ordenamiento normativo.

---

<sup>31</sup> Los procesos más importantes tuvieron lugar en Nuremberg (Alemania). Quedaron revestidos de autoridad por dos instrumentos: el Acuerdo de Londres (firmado el 8 de agosto de 1945 por los representantes de Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Unión Soviética) y la llamada Ley número 10 (promulgada por el Consejo Aliado en Berlín, el 20 de diciembre de 1945). El Acuerdo de Londres preveía el establecimiento de un Tribunal Internacional Militar, compuesto por un juez y otro sustituto de cada uno de los estados signatarios, para enjuiciar los crímenes de guerra. Estos fueron clasificados en tres bloques: crímenes contra la paz (consistentes en la planificación, inicio y desarrollo de la guerra), crímenes de guerra (violaciones de las leyes de la guerra, contenidas en la Convención de Viena y reconocidas por los ejércitos de las naciones civilizadas) y crímenes contra la humanidad (tales como el exterminio de grupos étnicos o religiosos, así como otras atrocidades cometidas contra la población civil).



b) los sistemas positivos necesariamente axiomáticos se basan en una idea artificial de infalibilidad de la racionalidad, que conduce no solo a arbitrariedades sino a absurdos *per se* en su aplicación deductiva; para no recordar su ostensible desvinculación con la realidad y su cercana relación con la mecánica del *modus operandi* de la ideología.

### 3.3 EL CUESTIONAMIENTO DE LA EFICACIA DEL DERECHO

La cuestión de la eficacia del derecho no ha sido debidamente estudiada en el ámbito jurídico; como claramente señala la Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo, al señalar en su disertación doctoral que el problema de la eficacia del derecho no ha sido abordado en forma integral debido a que -como objeto de estudio- se le aborda desde distintas disciplinas, metodologías y perspectivas; por ejemplo la filosofía del derecho, la sociología jurídica y la teoría general del derecho<sup>32</sup>:

A continuación se estimo oportuno abordar el problema de la determinación de la disciplina que nos serviría de auxilio. Esto es importante en virtud de que el problema de la eficacia puede ser abordado a la luz de diversas disciplinas entre las que se encuentran la Teoría General del Derecho, la sociología Jurídica y la Filosofía del derecho. Cada una exige enfoques distintos y posee métodos de verificación diferentes. En este trabajo se pretende mostrar que aspectos del problema interesan en cada una ellas; así como la forma en que cada una verifica sus resultados

En la óptica de esta investigación esa es precisamente la razón por la cual no se abordó el problema de la eficacia del derecho: por que no existían fundamentos epistémicos ni metodológicos con los cuales estudiar en forma integral el complejo problema de la eficacia; pues no se contaba con una metodología transdisciplinaria que permitiera una teoría tanto descriptiva como prescriptiva del derecho (una teoría integral); situación que desencadenó en Hans Kelsen teorías o meramente descriptivas o exclusivamente prescriptivas como consecuencia de la dicotomía norma/hecho; con las cuales era infactible el análisis de la ineficacia del derecho.

#### *La ineficacia del derecho*

---

<sup>32</sup> Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia del derecho*, 1ª Edición, Porrúa, México, 1993, pág. XVIII



Asimismo la dicotomía norma/hecho en conjunción con la pretendida pureza metodológica de la teoría pura del derecho y su objetividad sustentada en la ausencia valorativa contribuyeron a aumentar la distancia entre teoría y praxis; en las ciencias en general; en la ciencia del derecho en particular y concretamente en la praxis de derecho; al no conceder alternativas de referentes conductuales, o como decía Leo Strauss a un nihilismo existencial; signo inequívoco de la debacle de la modernidad basada en la certeza y sello distintivo de la postmodernidad.

Los sistemas jurídicos –al distanciarse de la problemática social- dejaron de responder a los imperativos de la sociedad en parte por sus propias limitaciones axiomáticas y en gran medida por su desvinculación con la realidad fáctica: se tornaron en este sentido rígidos e ineficaces por las propias limitaciones que les imponía el racionalismo sobre el que se erigían, por el reduccionismo del pensamiento dicotómico, es decir que presentan un error de concepción *ab initio*: el derecho dejó de tener soluciones que ofrecer a los integrantes de la sociedad para sus cada vez mas complejos problemas; el derecho –por decirlo metafóricamente- enmudeció y la sociedad comenzó a dudar de su capacidad y a buscar lo que éste le denegó, alternativas de solución... Justicia.

#### *La ineficacia del liberalismo*

Para contextualizar correctamente el cuestionamiento a la eficacia del derecho en las sociedades contemporáneas debe prestarse atención a la crisis del liberalismo clásico; puesto que no solo entró en crisis la modernidad sustentada en la certeza del racionalismo, sino la ideología política que la presidía, transportando esta problemática a los sistemas jurídicos constituidos sobre estas bases<sup>33</sup>:

Las transformaciones del estado contemporáneo han producido una crisis de legitimación. Los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas son ahora insuficientes. Por esta razón el problema de la justicia ha pasado a ser uno de los principales de la reflexión actual... el modelo de equilibrio entre utilidad social y derechos individuales, vigente durante decenios ha entrado en crisis. Las demandas sociales de mayor bienestar parecen estar en colisión en ocasiones –con la producción de riqueza y en algunos casos- con el disfrute de ciertos derechos individuales. Los neoliberales proclaman, con agresividad dialéctica, la recuperación del estado mínimo y el desmantelamiento del estado de bienestar

---

<sup>33</sup>Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, 1ª Edición, Fontamara, México, 1993, pág. 29



Comparte este punto de vista Hans Peter Martin, doctor en derecho y Harold Shumerm en su tesis la trampa de la globalización (*die globalisierrefalle*); al destacar un programa excluyente, totalitario y antidemocrático por parte del capitalismo global como evidencia del fracaso del liberalismo clásico<sup>34</sup>:

En septiembre de mil novecientos noventa y cinco quinientos expertos se reunieron en San Francisco para estudiar el panorama del siglo XXI. Sus predicciones fueron aterradoras: en el futuro 80% de la humanidad tendrá que vivir a expensas del otro 20% restante. No habrá puestos de trabajo para más. El número de desempleados crece en el mundo entero. Nadie está seguro en su empleo; en todas partes se oye el mismo argumento: China, India y los países del este de Europa, con su bajo nivel salarial son los nuevos competidores del mercado mundial. Hay que seguir sus pautas. La globalización tiende a unir el mundo, pero al mismo tiempo lo disgrega. Quienes toman las decisiones en los multimillonarios fondos y las grandes multinacionales dan jaque mate a los estados-nación...

Los políticos actúan como si solo pensarán en dar carta blanca a las fuerzas económicas más brutales; renunciando a toda regulación, la consigna es reducir gastos y aligerar la máximo los costos de personal. Vamos hacia un mundo de guetos para ricos y enormes ciudades para pobres Pero la amenaza a la democracia y el bienestar no tiene por que ser el resultado del creciente progreso técnico y económico. Hay alternativas realistas y la vida en paz social sigue siendo posible"

Como puede dilucidarse, la ineficacia del derecho es efecto de la dicotomía norma/hecho desde un planteamiento teórico y su neutralidad axiológica dio a su vez lugar a la debacle del liberalismo clásico; de modo que la eficacia del derecho se cuestiona en las sociedades postmodernas y globalizadas; entre otras razones por las que expone Hans Peter- Martin; la ineficacia de los sistemas jurídicos han evidenciado su incapacidad para defender los derechos humanos más elementales en el ámbito de la neutralidad axiológica aprovechada por las fuerzas económicas capitalistas.

Las sociedades fueron empujadas a buscar fuentes alternativas de organización, que mantengan la consistencia del tejido social: el reto que plantea la postmodernidad es como rediseñar la configuración social en forma global. Este reclamo en el campo jurídico implica concebir un sistema jurídico versátil y eficaz, que sustente una nueva organización social en base a la diversidad.

---

<sup>34</sup> Peter Martin, Hans et Al., *La trampa de la globalización*, Taurus, México, 1998



### 3.4 EL CUESTIONAMIENTO DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO (CIENCIA DEL DERECHO)

En el capítulo primero se abordaban en forma genérica las circunstancias que habían conducido al cuestionamiento de la cientificidad del derecho (más propiamente a la cientificidad de la ciencia del derecho o *scientia iuris*), en las deficiencias que en el plano epistemológico, metodológico y en la práctica jurídica tuvo la pretensión de racionalidad absoluta del racionalismo como paradigma científico, pretensión que fue heredada por el positivismo tanto empírico como formal.

Se cuestiona la cientificidad del derecho -entre otras múltiples razones compartidas con las demás ciencias sociales- por las siguientes; siendo las principales y las que de algún modo resumen el alud de críticas a la cientificidad de la denominada ciencia del derecho:

- A) Su falta de capacidad para generar leyes universales
- B) La dificultad que entraña la experimentación en el ámbito jurídico
- C) La dificultad de predictibilidad

#### *Paradigmas de la ciencia Jurídica*

Antes de continuar el análisis y estudio de dichas objeciones a la cientificidad del derecho es pertinente reflexionar acerca de lo que significa la palabra ciencia<sup>35</sup>, pues si no se determina que es la ciencia, menos aun que es científico puesto que si no se establece el género difícil es pronunciarse sobre la especie. En este orden de ideas resalta la circunstancia de que no existe un acuerdo sobre lo que se entiende por ciencia, coexistiendo distintos paradigmas que sustentan diversidad de ideas sobre la ciencia, lo cual resulta aplicable asimismo para la ciencia del derecho.

---

<sup>35</sup> Ciencia (en latín *scientia*, de *scire*, 'conocer'), Es un término que en su sentido más amplio se emplea para referirse al conocimiento sistematizado en cualquier campo, pero que suele aplicarse sobre todo a la organización de la experiencia sensorial objetivamente verificable (i.e. experimental). La búsqueda de conocimiento en ese contexto se conoce como 'ciencia pura', para distinguirla de la 'ciencia aplicada' —la búsqueda de usos prácticos del conocimiento científico— y de la tecnología, a través de la cual se llevan a cabo las aplicaciones.



### *La concepción de la ciencia*

Definir si un determinado conocimiento es científico depende necesariamente de la concepción de ciencia sobre la cual se parte; Ahora bien, es indicativo de la versatilidad de la realidad que el propio concepto de ciencia cambie, se transforma en la medida en que progresan los descubrimientos científicos o las estructuras sociales; en razón de que la ciencia es un concepto cambiante y no debe pasarse por alto la advertencia de Hugh Grayson-Smith, académico emérito de la Universidad de Alberta en Canadá acerca de que la ciencia una disciplina viviente, es decir sujeta a una naturaleza también dialéctica del *mutatis mutandi*<sup>36</sup>:

“Science is a living discipline. It's continually developing and expanding, new discoveries are made every day...”

La ciencia como concepto, como sistema tampoco es unívoco e inmutable, es como todo sistema humano falible; pero perfectible.

### *De la crisis de la idea de ciencia del racionalismo no se infiere la infactibilidad de la ciencia jurídica*

Las objeciones antes transcritas y frecuentemente invocadas en contra de la incipiente ciencia jurídica se circunscriben al paradigma del racionalismo, al empirismo basado en la idea del principio de causalidad, del mecanicismo, y el reduccionismo (la idea de que la realidad se puede reducir a sistemas de axiomas que contengan las leyes generales que gobiernan dicha realidad a partir de las cuales se deduzcan las propiedades de cualquier fenómeno de la realidad) y por ende se pueda predecir completamente el funcionamiento futuro de un fenómeno en términos indefectibles e infalibles. Sobre esta concepción de ciencia se cuestionan los alcances científicos del derecho.

### *La ciencia en tela de juicio*

No obstante, la idea de que existen reglas absolutas, base del racionalismo se encuentran cuestionadas incluso en las ciencias exactas, en términos de Carl Sagan en su obra *el cerebro de Broca*<sup>37</sup>:

<sup>36</sup> Grayson-Smith, Hugo, *The changing concept of science*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1967

<sup>37</sup> Sagan, Carl, *El cerebro de Broca*, 2ª Edición, Crítica, Barcelona, España, pág. 38



Antes de Einstein, los físicos sostenían la generalizada creencia de que existían marcos de referencia privilegiados, cosas tales como un espacio y un tiempo absolutos. El punto de partida de las meditaciones de Einstein fue que desde cualquier marco de referencia las leyes fundamentales de la naturaleza debían contemplarse de manera idéntica. .. En este sentido, la idea de relativismo se ha convertido en un lugar común antropológico, y los científicos sociales han hecho suya la idea de un relativismo cultural. Existen diversos contextos sociales distintos y diferentes interpretaciones del mundo y de los preceptos éticos y religiosos. Por lo demás, las diferentes sociedades humanas son prácticamente comparables en cuanto a validez”

Volviendo a la idea de revolución científica de Thomas Kuhn, y de cambio o sustitución de un paradigma por otro, y ante la circunstancia especial que el paradigma racionalista propio de la modernidad, previsto para un mundo relativamente simple y predecible ha demostrado su incapacidad de resolver las cuestiones que se originan en el contexto de la complejidad y su correlativa incertidumbre; y ante la evidencia de que el fenómeno jurídico es un fenómeno indiscutiblemente complejo, entonces ¿tiene algún sentido atender a las objeciones que se formulan respecto de un paradigma incapaz de enfrentar la complejidad ante una ciencia dedicada al estudio de fenómenos complejos como es el caso del derecho como objeto de estudio y la *scientia iuris*?

#### *Nuevos horizontes en la scientia iuris*

Los planteamientos del racionalismo están diseñados para un entorno dominado por el determinismo y se vuelven inválidos en el contexto de los fenómenos estocásticos<sup>38</sup>, complejos y circunscritos en la complejidad. En este sentido esas objeciones a título particular y toda la crítica de la científicidad de la *scientia iuris* es simplemente anacrónica por insuficiencia en la postmodernidad. No debe olvidarse la advertencia de Carl Sagan respecto de la errónea aunque involuntaria práctica equívoca de la ciencia<sup>39</sup>:

“Podría afirmarse que se abraza la pseudo ciencia en la misma proporción en que se comprende mal la ciencia real...”

---

<sup>38</sup> Proceso estocástico, proceso en el que un sistema cambia de forma aleatoria entre diferentes estados, a intervalos regulares o irregulares. Se caracterizan por que no puede predecir deterministamente la resultante del fenómeno.

<sup>39</sup> Sagan, Carl, *El mundo y sus demonios: la ciencia como una luz en la oscuridad*, 11ª Edición, Planeta, México, 2001, pág.32





Es claramente perceptible que dichas críticas, parten de una concepción epistemológica determinista que si bien no es inútil *ipso facto* si se encuentra rebasada en ciertos ámbitos como lo son las conductas humanas y por supuesto su regulación (derecho), un nuevo paradigma de ciencia está surgiendo ante el declive parcial del determinismo racionalista, (operado también en términos formales en forma determinista y lineal).

La superación del paradigma positivista (determinista e inflexible) es una realidad en los fenómenos complejos, la interrogante es cual es el nuevo paradigma de la ciencia en general y por lo tanto de la ciencia del derecho en forma particular; que responda la crisis de la idea de ciencia de la modernidad que Ulrich Beck detalla subrayando el declive de las posiciones científicas en base al determinismo de las ciencias causales nomológicas<sup>40</sup>:

The second book, which pops up here and there in the text and receives one full chapter entitled "Science beyond Truth and Enlightenment?" will have a more restricted appeal. The question-mark is well placed and indicative of the tentative nature of Beck's conclusions. For the sake of continuity in his chief thread of argument Beck in fact is required to contend that natural science also becomes "reflexive," as it is "dethroned" because its "monopoly" on truth is challenged. Here the lack of detail and example begins to tell. If the concern here is to attack (again) the philosophy of "scientism," which I understand to be the unsupportable claim made by some advocates of the natural sciences, to the effect that these provide the only solid basis for true knowledge in all domains, then fine, I and others can accept this. And if the concern is to undermine the practical effect of scientism in society, which is the claim that the practitioners of science ought to occupy a privileged position with respect to political decisions about the management of risks and other things (the contemporary variant of the old technocracy), then fine, I and others can accept this too. Yet in Beck's book, as in others in the same tradition (Habermas, too, wrestled with this before giving up), there always seems to be more to the questioning of science -- and, in the end, the reader is hard-pressed to know what it is. Beck ends by calling for a new "pedagogy of scientific rationality," but it is impossible to tell what this would accomplish or even why we need it.

---

<sup>40</sup> Ver Ulrich, Beck, *the risk society*



### *La ciencia absolutista a juicio en la postmodernidad*

Ulrich Beck cuestiona que las ciencias naturales reclamen para sí el monopolio de las verdades absolutas. Debe quedar claro que lo que está en tela de juicio no es la ciencia, ni siquiera el racionalismo sino la idea de certeza basada en la idea de racionalidad ilimitada, que ya Jon Elster definió como irracionalidad.

Como nítidamente expone el sociólogo Ulrich Beck, se está cuestionando al paradigma racionalista de la ciencia en su conjunto y no solo a la ciencia del derecho en la postmodernidad como resultado de su incapacidad para explicar los efectos que producen sus adelantos y la incapacidad de denotar pautas de conducta a la sociedad y sus miembros; lo que debería ser tomado en cuenta para la toma de decisiones; en especial en el ámbito político y así evitar la tecnocracia en la administración de riesgos; por lo que Beck convoca a una nueva pedagogía de la racionalidad científica; es decir un nuevo paradigma científico. Se debe responder fundando la *nueva scientia iuris*.

### *Metodología: De la crisis de la ciencia a la crisis del método*

La falta de un paradigma epistémico capaz de sustentar el estudio del derecho entendido como fenómeno complejo y multidimensional que se ha objetivizado en el racionalismo<sup>41</sup>, ha conducido a la carencia de instrumentos para conocer el derecho como objeto de estudio; lo cual evidentemente ha conducido a la generación de una teoría del derecho en el mejor de los casos solo parcial; esta situación como puede suponerse condujo a su vez a la creación de una confusión metodológica. Ante la incapacidad de producir una posición omnicomprendensiva del derecho han debido coexistir diversos paradigmas de derecho y metodologías distintas, como producto de la confusión teórica y epistémica del eclecticismo metodológico que ha caracterizado al estudio del derecho, a su enseñanza y a su práctica, en términos de Witker<sup>42</sup>:

Puede decirse que en el campo del conocimiento jurídico existen fundamentalmente tres grandes paradigmas en el sentido de Kuhn, Ellos se entienden en términos generales como estructuras conceptuales y valorativas que sirven de guía fundamental; el primero es el

---

<sup>41</sup> Antes del advenimiento de la teoría general de sistemas

<sup>42</sup> Witker, Jorge et Al, *Metodología Jurídica*, 2ª Edición, McGraw-Hill, México, 2002, pág. 165



iusnaturalismo, los otros dos se ubican en el iuspositivismo que en el sentido lato comprende el paradigma que destaca el fenómeno normativo y el que subraya el fenómeno sociológico.

A diferencia de otros campos científicos en el conocimiento del derecho coexisten diferentes paradigmas algunos radicalmente incompatibles entre sí, que han dado origen a distintas metodologías...

Retomando la cuestión de la ciencia jurídica derivada de la dicotomía norma/hecho y que no ha existido previamente un fundamento paradigmático, es importante aclarar que no ha habido un paradigma que sustente una epistemología jurídica que sostenga una metodología transdisciplinaria para un enfoque prescriptivo-descriptivo en la ciencia del derecho de una teoría integral del derecho. Se requiere pues un fundamento epistémico que permita una ciencia tanto descriptiva como prescriptiva en el derecho, una metodología transdisciplinaria que permita integrar la teoría del derecho tanto en términos descriptivos como prescriptivos.

#### *Metodologías mixtas*

En este sentido de generar bases metodológicas para la instauración de una teoría descriptiva y prescriptiva del derecho Teddlie Charles y Tashakkori Abbas señalan que durante prácticamente todo el siglo XX, las ciencias sociales y las conductuales se rigieron por una metodología cuantitativa, paradigmática y epistemológicamente fundada en el positivismo, en síntesis en una teoría sustentada en el valor de la objetividad<sup>43</sup>:

"The methodology of social and behavioral research has undergone several dramatic changes over the past 30 years... During most of the 20th century, social and behavioral research was dominated by quantitative methods with positivism (and variants thereof such as positivism) as its dominant worldview. Value neutrality was widely expected of researchers, and methods of studying behaviors and social interactions relied heavily on objective measures.

During the last two decades, qualitative methodology emerged with a worldview associated with variants of constructivism... Despite their obvious merits, each of the two basic approaches has been criticized by proponents from the other orientation... The field of mixed methodology, that

---

<sup>43</sup> Tashakkori, Abbas y Teddlie Charles, *Handbook of mixed methods in social and behavioral research*, Sage publications, United States of America, 2003, pág. IX



we call the third methodological movement, has evolved as a result of these discussions and controversies and as pragmatic way of using the strengths of both approaches”

An examination of recent social and behavioral research reveals that mixed methods are being used extensively to solve practical research problems.”

Como detalla Tassakori Abbas, el enfoque cuantitativo del positivismo que se aplicó a las ciencias sociales y de la conducta fue insuficiente en el ámbito de las ciencias sociales; por lo que desde los años setenta comenzó a emerger un enfoque cualitativo que se basaba en el constructivismo-es decir sobre una escala valorativa-. Como detalla el autor la pugna entre uno y otro enfoque ha sido la constante en los últimos años por lo que es necesario superar esta nueva dicotomía metodológica y transitar a una metodología mixta que aproveche al máximo las potencialidades de ambos enfoques: es decir la dimensión cuantitativa y cualitativa en forma simultánea.

#### *Metodologías mixtas y ciencia del derecho*

La factibilidad de una metodología mixta cuantitativa-cualitativa permitiría sustentar metodológicamente una teoría del derecho tanto descriptiva como prescriptiva del derecho, tal y como estipula Ronald Dworkin en su obra tomando los derechos en serio (*taking rights seriously*); es decir resolver en el aspecto metodológico la dicotomía norma/hecho<sup>44</sup>:

“A general theory of law must be normative as well as conceptual...”

Empero para fundar epistemológicamente la metodología mixta es menester superar el pensamiento dicotómico; es decir encontrar un paradigma científico que subsane las limitaciones del racionalista y sus limitantes en el positivismo jurídico, situación que se ha evidenciado no solo en la metodología sino en la práctica jurídica.

#### *Formación y práctica jurídica*

Las deficiencias tanto epistémicas como metodológicas de la ciencia en general y de la ciencia del derecho en forma particular han generado una teoría del derecho parcial e insuficiente; que explica

---

<sup>44</sup> Dworking, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978, pág. 2



claramente por que motivo la práctica jurídica del derecho se ha tornado crecientemente ineficaz por esta circunstancia:(no permite el enfoque descriptivo y prescriptivo simultáneamente en la ciencias jurídicas) toda vez que la formación académica del abogado en base a este entorno epistémico, metodológico y teórico deficiente conduce necesariamente a una ineficaz práctica del derecho como resultado de una óptica incapaz de comprender la naturaleza del fenómeno jurídico y su fin teleológico de resolución de conflictos, en términos de la doctora Kerpel Magaloní del CIDE<sup>45</sup>:

La tarea de educar abogados, de formar capital humano, debe ser siempre un ejercicio prospectivo, esto es debe proyectar cuales son los retos que los egresados deberán enfrentar cuando se incorporen al mercado laboral.... Nuestro diagnóstico es que en México existe una falta de adecuación entre el modo como se enseña y concibe al derecho y los desafíos contemporáneos del quehacer real de la abogacía. La formación jurídica hasta ahora se ha concentrado fundamentalmente en el estudio teórico y conceptual de las normas en abstracto, y los métodos de enseñanza han enfatizado la memoria sobre cualquiera otra habilidad del estudiante, dicho en pocas palabras, el estudiante de derecho dedica la mayor parte de su formación a conocer el conjunto de normas que conforman el sistema, a descifrar su posible significado en abstracto y a organizar material normativo en un sistema coherente, completo, lógico y sin contradicciones. Todo ello es importante más no suficiente. El conocer las normas y la doctrina no basta para ser un verdadero y eficaz solucionador de problemas...

El mundo de los conflictos sociales y problemas jurídicos a los que se enfrenta un abogado es mucho más amplio que el mundo de las normas. El abogado no solo debe ser un conocedor de las normas para ser un verdadero conciliador o pacificador. Debe, además, conocer la realidad social en la que se gestan los conflictos, evaluar los valores e intereses en contradicción, debe contar con herramientas analíticas para construir y argumentar soluciones jurídicas justas, eficientes y eficaces, debe tener claro cual es el costo social de las soluciones propuestas, y, sin lugar a dudas debe estar consciente siempre del servicio que presta a la sociedad, del valor social de la abogacía

Coincide con la doctora Ana Laura Magaloni Kerpel; la doctora Leticia Bonifaz Alfonso del postgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien precisa las deficiencias

---

<sup>45</sup> Kerpel Magaloní, Ana Laura, *Los grandes desafíos de la educación legal en México: El programa de derecho del Cide*, Centro de Investigación y Docencia Económica, USMEX 2003-04 workin paper series, originally presented at the conference "Reforming the administration of Justice in Mexico" at the center for U. S.- mexican studies, may 15-17, 2003, University of California at Berkely, Pág. 1-5



epistémicas y metodológicas de la formación del jurista; en particular una que puede atribuirse a las bases racionalistas del pensamiento jurídico del positivismo como corriente teórica hegemónica, que se traduce en una pedagogía reduccionista y dicotómica del abogado que evita la transdisciplinariedad<sup>46</sup>:

“Esto puede ser mas evidente en otras facultades por que en derecho estamos muy acostumbrados a repetir lo ya dicho, y a estar tratando de encontrar cosas nuevas en lo ya establecido mas que intentar ser creativos y romper paradigmas... En relación con la multidisciplinaria, a mi me toco cuando se planteo el tema en el consejo técnico de la facultad de derecho y quedé verdaderamente asombrada de la resistencia a trabajar con otros profesionistas. Creo que los abogados estamos muy rezagados en la disposición a trabajar con otras disciplinas y tenemos que hacer algo urgente al respecto.

Desde este punto de vista son notorias las deficiencias epistémicas del iuspositivismo sobre la ciencia jurídica, la teoría del derecho, la formación profesional y en última instancia para la práctica y la eficacia del derecho en una enseñanza no transdisciplinaria y alejada de la realidad en términos del doctor Agustín Pérez Carrillo de la Universidad Autónoma Metropolitana<sup>47</sup>:

La licenciatura en derecho requiere de un cambio sustancial en el ámbito teórico que induzca la práctica jurídica hacia campos sociales que han sido ahora de poco interés para la disciplina, pero de trascendencia en la realidad actual de México. Más allá de recurrir en forma estricta a la norma jurídica, una decisión legal o una determinación política que se relacione con el pueblo, el bien común, el interés colectivo y los derechos humanos deben apelar a disciplinas como la sociología y la psicología, la medicina y la pedagogía... es necesario debatir un nuevo modelo formativo para la licenciatura de derecho que perfile una nueva visión teórica acorde con las realidades del siglo XXI... los planes y programas de estudio de las instituciones de educación superior debe haber una convergencia disciplinaria que proporcione al estudiante una formación integral y mayores conocimientos para resolver problemas jurídicos que, aun cuando son entre particulares trascienden al ámbito social

---

<sup>46</sup> Derecho y cultura, Num 14-15, mayo –diciembre de dos mil cuatro, pág. 169-187. Entrevista a la Doctora Leticia Bonifaz Alfonzo

<sup>47</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *Requiere la licenciatura en derecho nuevo modelo acorde con la realidad*, Primer Congreso sobre formación Jurídica, Semanario de la UAM, órgano informativo de la Universidad Autónoma Metropolitana, Vol. XII, Número 35, dos de mayo, México, distrito federal, 2006, pág. 9



### 3.5 LA REACCIÓN CONTRA POSITIVISTA

“A toda acción corresponde una reacción de la misma magnitud  
pero en sentido contrario”  
Isaac Newton

Norberto Bobbio expresa como rebelión la reacción que se generó en contra del positivismo jurídico desde la segunda mitad del siglo XX, al discutir el problema del positivismo jurídico<sup>48</sup>:

“La rebelión contra el formalismo de la que se ha hablado en el capítulo anterior, se ha desarrollado en años recientes paralelamente con la crítica al positivismo jurídico, tanto que a menudo es difícil distinguir la una de la otra. El formalismo jurídico, en casi todas las acepciones examinadas anteriormente, es a menudo considerado como uno de los motivos de acusación y de condena al positivismo jurídico.

#### *La definición del positivismo jurídico*

Establecer que se entiende por positivismo jurídico ha sido objeto de controversias –como lo es el propio término derecho- en el ámbito de la teoría del derecho, pues no existe acuerdo respecto de lo que debe comprenderse por positivismo; al respecto, por cuanto hace al positivismo Norberto Bobbio establece<sup>49</sup>:

Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el estado es el supremo portador de los valores del bien y el mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores –para cuya realización parece especialmente idóneo el ordenamiento jurídico- tales como la legalidad, del orden, de la certeza lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los

<sup>48</sup> Norberto, *El problema del positivismo Jurídico*, 3ª Edición, fontamara. México, 1994, pág. 37

<sup>48</sup> Hoester, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, España, 2000, pág.

<sup>49</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo Jurídico*, 3ª Edición, fontamara. México, 1994, pág. 63



únicos, y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y por consiguiente hay que considerarlos como reactivos y no ver en ellos valores absolutos

### *Partidarios del ius positivismo*

Como se ha venido evidenciando aun en el contexto de la crítica generalizada al iuspositivismo, el racionalismo heredado al positivismo algunos defensores que en forma genérica tratan la defensa del formalismo jurídico positivista en las técnicas de la lógica deductiva, pese a sus limitaciones<sup>50</sup>:

“Hace por lo menos cincuenta años en la filosofía jurídica alemana es casi de buen tono rechazar y hasta condenar al positivismo jurídico. En lo que sigue quisiera intentar mostrar que, con categorías racionales, este rechazo al positivismo es incomprensible y que más bien se basa primordialmente en malentendidos y prejuicios... este punto de la independencia lógica de las diferentes tesis atribuidas a los positivistas...”

### *La Crítica del positivismo Jurídico*

Por su parte el conocido investigador de la Universidad de Bruselas; Chaim Perelman, en su obra *Derecho, moral y Filosofía*, critica precisamente la mentalidad de la lógica deductiva que subyace en el positivismo jurídico y expone respecto de la metodología del positivismo jurídico, dos presupuestos fundamentales<sup>51</sup>:

Je retiendrais pour ma part de ses analyses deux enseignements fondamentaux :

- a) Le droit n'est pas une science certaine, quoique nos théoriciens modernes, fascinés depuis le XVII<sup>e</sup> siècle par les modèles des mathématiques, eussent voulu nous en faire accroire. Les doctrines rationalistes, spécialement l'école dite du droit naturel moderne avaient affecté de déduire le droit d'axiomes rationnels ; le positivisme juridique, l'école dite exégétique, l'école pandectiste allemande de la jurisprudence conceptuelle ; avaient travaillé sur le dogme des solutions judiciaires dussent être déduites par subsomption de règles positives expresses. Leibnitz avait loué les juristes romains d'être les émules d'Euclide. Et la plupart des spécialistes

<sup>50</sup> Hoester, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, España, 2000, pág. 1

<sup>51</sup> Perelman, Chaim, *Droit, Moral et Philosophie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968





de la méthode judiciaire cherchaient à plaquer sur le droit une logique formelle inspirée de l'exemple des mathématiques. On prétendait mettre le droit en systèmes axiomatiques... Les meilleurs juristes n'ont cessé de tenir pour vaine cette tentative de plier la science du droit à des modèles de raisonnement qui ne pouvaient lui convenir.

- b) Il ne s'ensuit le moins du monde que la solution judiciaire livrée soit irrationnel, au sentiment, à l'intuition comme d'autres théoriciens modernes, tombant de Charybde en scylla avaient cru devoir s'y résoudre. La Méthode Dialectique (qui a beaucoup d'éléments communs avec la procédure) offre un réseau de protection contre l'arbitrarité...

### *El derecho no es matemático*

Como puede inferirse de las citas antes reproducidas; Chaim Perelman critica del positivismo jurídico y su formalismo la idea de que la *scientia iuris* es una ciencia exacta susceptible de aplicación deductiva por subsunción de reglas positivas expresas, ordenadas en sistemas axiomáticos como la geometría euclidiana; gobernada por la lógica formal del ejemplo matemático; en síntesis dice Chaim Perelman, se intentaba poner el derecho en sistemas axiomáticos; concluyendo que los juristas destacados no han cesado de evitar que la ciencia del derecho se pliegue a razonamientos de esta índole que no les corresponden.

### *La razón del derecho*

Por otra parte Chaim Perelman no acepta que la metodología dialéctica de la argumentación que proponen en oposición al iuspositivismo y su metodología sea arbitraria o irracional; fundando una reacción a la concepción positivista que no comprendía la esfera valorativa; ni la justicia o in justicia de las normas jurídicas. Este evento marca la reacción contra los excesos judiciales basados en el positivismo jurídico y la búsqueda de metodologías que lo eviten.

En este orden de ideas y recapitulando hasta el momento se tornan obvia las limitantes del positivismo jurídico; así como también las reacciones que han provocado en los distintos, ámbitos del espectro jurídico; de la teoría a la práctica; es por obviedad la incapacidad de este planteamiento para denotar al fenómeno jurídico lo que ha dado lugar a su declive; pero entonces ¿cuál es la naturaleza del fenómeno jurídico?



## CAPITULO 4 DERECHO Y SOCIEDAD

En forma introductoria puede adelantarse que el presente capítulo se orienta a la identificación de la naturaleza del fenómeno jurídico (es decir responder la pregunta sobre que es el derecho); para de este modo sustentar paradigmática, epistemológica, metodológicamente una ciencia del derecho capaz de generar una teoría integral; que sirva a su vez de base para una eficaz praxis del derecho en el mundo coetáneo. Se trata de evidenciar la relación que existe entre la sociedad y el derecho; el papel que desempeña éste en la constitución, desarrollo y continuidad de las sociedades, y por ende la función que desempeña el derecho entendido como fenómeno en la conformación y preservación de las civilizaciones; relación que se sostiene ha permanecido constante en tiempo y espacio.

### *Universalidad y relatividad del fenómeno jurídico*

En numerosas ocasiones se he debatido sobre la relatividad del fenómeno jurídico, particularmente en la corriente historicista del derecho de la escuela alemana<sup>1</sup>; a este respecto se sostiene que esta concepción relativista es producto de una errónea caracterización del fenómeno del derecho, que confunde el derecho entendido como la tendencia universal a establecer normas obligatorias constitutivas de la organización en toda sociedad con el producto histórico del derecho: la legislación (letra de la ley).

A partir de la teoría de sistemas y conceptualizando a la sociedad como un sistema abierto, se explica como la tendencia de la sociedad a autorregularse como sistema frente a la dinámica tanto de sus elementos internos como frente a la transformación y acción de agentes externos es el origen del fenómeno jurídico. Circunstancia que se repite en toda latitud y longitud de la geografía humana, así como en cualquier estadio temporal. El contenido de la legislación puede variar de lugar a lugar y de un periodo de tiempo al otro; sin embargo la necesidad sistémica de la sociedad de organizarse en función de normas, el derecho propiamente, permanece constante. De ahí que en este sentido resulte lógico sostener que el derecho es una constante como fenómeno aun y cuando en su interacción con el entorno social produzca resultados históricos diferentes: es la legislación la que cambia en las dimensiones de tiempo y espacio más no así el derecho.

---

<sup>1</sup> Ver Rudolf Von Ihering, *Espíritu del derecho romano en las diversas etapas de desarrollo*, T. III pág.51



### *Derecho y organización social*

La sociedad en tanto que sistema no podría subsistir si no existiera organización social<sup>2</sup>; y la organización entendida como tal desde la perspectiva de la moderna teoría de la organización no podría tener lugar en ausencia de normas de distintos tipos y en particular de normas de carácter jurídico, esto es obligatorias. Esta circunstancia ya se había señalado desde la antigüedad por Aristóteles y encuentra sustento no solo en la teoría de Max Weber sobre la autoridad, sino en particular sobre la obra de Jon Elster; quien ha detallado con singularidad que son las normas las que constituyen el cemento de la sociedad, esto es el elemento que la mantiene cohesionada y unida. Asimismo, Jon Elster agrega que el establecimiento de normas es producto de un acto de racionalidad, de modo que la racionalidad se convierte en la base sobre la cual se generan las normas que permiten la integración social.

### *El origen del contractualismo*

Con tales antecedentes resulta absolutamente comprensibles y fundadas en términos científicos las explicaciones iusnaturalistas contractualistas de la conformación de las sociedades que ofrecen autores tan conocidos en el ámbito del estudio del derecho como lo son Hobbes (el leviatán), John Lock (el espíritu de las leyes) y Jean Jacobo Rousseau en el contrato social<sup>3</sup>. Jon Elster otorga una base científica a la consideración de que las sociedades se constituyen mediante acuerdos (contratos como plantean los contractualistas), partiendo para ello en la consideración de la racionalidad limitada y la teoría de los juegos como se analizará más a detalle en capítulos venideros.

Como puede verse, el objeto del capítulo es acreditar la noción de que el derecho como fenómeno consistente en el establecimiento de normas de conducta que regulan el comportamiento social se encuentra sumamente vinculado al aspecto de la racionalidad en un trinomio racionalidad/derecho/organización social.

---

<sup>2</sup> Ver Principios organizativos del análisis de sistemas, infra Fundamentos metodológicos de la investigación. Es necesario tener presente que en la óptica de la teoría general de sistemas y en particular en la cibernética y el análisis de sistemas; la organización es la piedra angular de toda constitución sistémica; de ello se desprende que la sociedad como sistema abierto no puede existir en ausencia de organización social

<sup>3</sup> Nota bene. Téngase en cuenta que Hans Kelsen precisamente cuestionaba como ficticia la convención social como origen del sistema jurídico.



Esquemáticamente:



#### 4.1 EMPIRICIDAD Y UNIVERSALIDAD DEL DERECHO

En su obra *elementos para una teoría general del derecho*, Rolando Tamayo y Salmorán manifiesta con claridad el punto de partida en el estudio del derecho: el problema que ha originado en términos epistemológicos determinar si existe un objeto de estudio denominado derecho, en la terminología del autor en cita<sup>4</sup>:

“Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta insistencia y contestadas de formas tan diversas, extrañas e incluso paradójicas como la cuestión ¿qué es el derecho? Tal interrogante ha generado variedad de respuestas: se ha hablado de naturaleza, del origen y el fin del derecho. Esto ha producido un arsenal enorme de naturalezas, múltiples orígenes y diferentes fines y distintas y, en ocasiones contradictorias características”

Como lo detalla Rolando Tamayo y Salmorán el objeto derecho es frecuentemente designado en múltiples culturas a lo largo y ancho del orbe en distintas épocas; lo que hace presumir que el citado objeto existe y además se presenta en forma constante en las diferentes sociedades humanas; sin responder en forma precisa cual es la naturaleza de dicho fenómeno.

<sup>4</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho* (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), Themis, México, 2002. Pág. 21



## *¿Ibi Hommo, Ubi Ius?*

*Ibi hommo, ubi ius*, "donde haya hombres habrá derecho" sentencia la tópica latina. Esta afirmación ha sido ampliamente debatida entre los estudiosos del derecho desde los distintos campos en que se aborda el derecho, pero desde una perspectiva atomizada del conocimiento<sup>5</sup> (dogmática jurídica, filosofía del derecho, ciencia del derecho, etc.). La naturaleza misma del fenómeno jurídico ha sido objeto de un intenso debate sostenido en el eclecticismo epistémico y metodológico que ha caracterizado al conocimiento jurídico en su dilatado proceso de evolución.

El objeto de este apartado se sitúa en el contexto de la discusión sobre la naturaleza del fenómeno jurídico y tiene como finalidad evidenciar que la máxima latina previamente establecida es del todo verídica, pues en efecto se plantea que el derecho es un fenómeno universal tanto en tiempo como en espacio propio de las sociedades humanas y su dinámica evolutiva, visualizadas como sistemas del tipo abierto.

El término derecho ha sido y es objeto de acalorados debates tanto entre académicos como entre legos en la materia. Este hecho puede explicarse por una parte dada la complejidad que encierra la propia amplitud tanto del vocablo como del fenómeno que denota; pero por otra parte también puede explicarse si se considera que el derecho ha sido concebido y explicado desde distintas perspectivas cognitivas y epistemológicas a través del tiempo como sugiere Rolando Tamayo y Salmorán. La dificultad de definir al derecho radica en gran medida en la consideración de que es un concepto abstracto como claramente señala G. Riddall, destacado docente e investigador del derecho por la Universidad de California, quien en este sentido plantea de *motu proprio*:

Dado que la teoría del derecho es el estudio de la naturaleza del derecho, puede pensarse que una de las primeras preguntas que hizo el hombre fue ¿Qué es el derecho? Pero sin embargo hasta tiempos relativamente recientes a esta pregunta no se le prestó mucha atención. ¿Qué respuesta daría el lector a esta pregunta? La posible respuesta es que nunca consideró dicha pregunta. El derecho es el derecho. Existe. La pregunta no requiere más atención que la pregunta ¿Qué es el tiempo?, ¿Qué es la rueda? Pero la pregunta ¿Qué es el derecho? Se

---

<sup>5</sup> Ver fundamentos epistemológicos y metodológicos de la investigación. Supra Pág. 18. En cuanto al enfoque metodológico se sostiene la necesidad de sustituir la noción atomizada del conocimiento propia de la concepción analítica (dividir el todo en partes) por una concepción holística de visión de conjunto.

<sup>6</sup> Riddall, J. G., *Teoría del derecho*, Gedisa, 1ª Edición, Barcelona España, 1999, Pág. 33



diferencia de las otras dos por que al intentar definir la naturaleza del derecho intentamos definir algo abstracto

### *Complejidad del fenómeno jurídico*

Como señala G. Riddall con toda precisión, la definición del derecho deviene necesariamente de la naturaleza del fenómeno jurídico estudiado a partir de la teoría del derecho (*legal science* en el mundo anglosajón); sin embargo la dificultad en su definición no estriba como menciona el autor en que sea un concepto derivado de un ente abstracto sino en la complejidad del fenómeno jurídico, que dicho sea de paso, es un fenómeno de suyo empírico.

Abstracto<sup>7</sup> no es el fenómeno jurídico sino su concepto, de la misma forma que no puede decirse que el pensamiento como fenómeno sea abstracto –aunque su producto, las ideas si lo sean-; el derecho es un fenómeno racional, empírico, que existe y vincula la realidad fáctica con el mundo eidético; de ahí que más bien sea complejo que abstracto.

A este respecto existen dos hipótesis centrales en este apartado; la primera de ellas sostiene que el derecho es un fenómeno susceptible de estudio científico; la segunda hipótesis es que además de ser un fenómeno cognoscible, el derecho es un fenómeno universal, empírico y constante en las dimensiones de tiempo y espacio, recurrente a lo largo y ancho de la geografía humana en forma *urbi et orbe*; puede agregarse una tercera hipótesis que plantea por su parte que no es el derecho el que cambia a través del tiempo sino que lo que cambia es la ley y las interpretaciones teóricas de un fenómeno en realidad constante. Circunstancia que ha producido las confusiones en cuanto al significado del término derecho.

Este evento no fue vislumbrado con anterioridad en razón de que se carecía de las herramientas epistemológicas y metodológicas que permitieran comprender la naturaleza del derecho -como fenómeno ciertamente complejo que abarca varios planos sistémicos y por tanto se presenta como

---

<sup>7</sup> Nota bene. Abstracción (del latín, *abstrahere*, 'destacar', 'sustraer' o 'abstraer'), concepto filosófico que implica la realización de una operación intelectual que lleva a aislar un determinado elemento, excluyendo otros que puedan encontrarse relacionados con él; es decir, destacar un elemento 'haciendo abstracción' de otros. Desde Aristóteles, el término adquirió un significado filosófico preciso, que implica separar con la mente alguna cosa de otra y destacarla adecuadamente. El concepto de abstracción posee una gran importancia en la historia de la filosofía y ha sido muy debatido en la teoría del conocimiento, para la que es posible abstraer una serie de cualidades o rasgos de los objetos y considerarlos en forma independiente. Considerar al derecho abstracto es parte del problema.



multidimensional -antes del advenimiento de la teoría de sistemas desde una óptica propiamente científica ante la ausencia de una metodología transdisciplinaria.

Partiendo de la consideración de que es posible conocer los fenómenos a través de su estudio y por consiguiente descartando el acercamiento gnoseológico del escepticismo<sup>8</sup> y su posición agnóstica respecto del conocimiento, se plantea la posibilidad de conocer los fenómenos, circunstancia de la cual no se sustrae el derecho como objeto de estudio, como fenómeno jurídico. En este entendido es de particular importancia sustentar que debe entenderse por fenómeno jurídico con la finalidad de coadyuvar a simplificar el debate sobre la naturaleza del fenómeno y por tanto del significado preciso del término que lo denota; más de un autor ha sostenido que por derecho se denota tanto al objeto de estudio, que algunos identifican con leyes y sistemas normativos de orden jurídico, como a la ciencia que lo estudia, esto es a la ciencia del derecho con la subsecuente ambigüedad del término.

### *El fenómeno jurídico*

Desde la óptica de esta investigación el derecho no es la legislación (letra de la ley)<sup>9</sup>, sino un fenómeno social que se sostiene es en primer lugar empírico y en segundo lugar de carácter sociológico y universal en el sentido *urbi et orbe*; fenómeno que constituye el objeto de estudio de múltiples disciplinas, particularmente el objeto de estudio de la denominada ciencia del derecho. En este orden de ideas es preciso situar una serie de particularidades de este fenómeno social que *in fine* consiste en la tendencia natural de los seres humanos a organizarse en sociedades mediante normas convencionales, fenómeno que es preciso explicar desde la óptica de la teoría general de sistemas, esto es considerando a la sociedad como un sistema -de tipo abierto-para entender esta tendencia mediante una metodología Inter. y transdisciplinaria.

---

<sup>8</sup> Escepticismo (en griego, *skeptesthai*, "examinar"), en la filosofía occidental, doctrina que niega la posibilidad de alcanzar el conocimiento de la realidad, como es en sí misma, fuera de la percepción humana. Por extensión gradual de su significado, la palabra escepticismo significa también duda de lo que es generalmente aceptado como verdad. Todo el escepticismo filosófico, al final, tiene que ver con la epistemología; es decir, que está basado en las ideas sobre el ámbito y la validez del conocimiento humano.

Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>9</sup> Derecho y ley no son lo mismo exactamente como el pensamiento entendido como el acto de pensar y las ideas no son lo mismo.



### *La humanidad en sociedad*

El ser humano como especie muestra una tendencia constante hacia la agrupación social como estrategia evolutiva y de supervivencia. El establecimiento de una sociedad no es posible sin alguna forma de organización o estructura social; ahora bien la organización social no es factible en un entorno donde no existan normas sean éstas obedecidas o no) tal y como expone W. G. Runciman, destacado sociólogo británico respecto de la forma en que se establecen las sociedades humanas mediante una estructura sustentada en torno a instituciones, que a su vez encuentran sus fundamentos en el establecimientos de normas sociales; en términos de este autor<sup>10</sup>:

Hace ya más de dos mil años, Aristóteles dijo que un ser humano capaz de vivir fuera de la sociedad era una bestia salvaje o un dios. ¿Pero qué quiere decir con esto? ¿Qué clase de animal social somos? Usted como yo o como cualquier otro ser humano en el mundo somos simultáneamente tres cosas. En primer lugar somos un organismo, es decir, una criatura viva nacida (cosa que no ocurre con todos los organismos) de un progenitor masculino y uno femenino de los cuales hemos heredado nuestros genes: En segundo lugar, somos un organismo con cerebro y, por tanto con mente; y aunque otras especies también tienen mentes, la nuestra es sumamente más compleja y sofisticada que la de nuestros parientes genéticos más próximos los chimpancés. En tercer lugar somos un organismo con una mente compleja que vive en contacto regular con otros organismos con mentes complejas, y por consiguiente, tenemos una vida social que en la que tenemos relaciones con otras personas, relaciones a las que nosotros y esas otras personas dotan de significado.

La sociología es el estudio científico del comportamiento humano en la tercera de estas circunstancias. Tiene debidamente en cuenta aquellos aspectos de la conducta humana estudiados por biólogos y psicólogos. Pero los sociólogos están interesados específicamente en los grupos, comunidades, instituciones y sociedades en las que los seres humanos desarrollan sus relaciones mutuas de acuerdo con las reglas que les hacen ser lo que son. (No todos sus miembros siguen sus reglas; por supuesto que no. Pero para que los no conformistas rompan las reglas tiene que haber reglas que romper)...

---

<sup>10</sup> Runciman, W. G., *El animal social*, Taurus, España 1999, Pág. 9.





En este punto preciso, W. G. Runciman hace un señalamiento trascendental, la naturaleza del ser humano es social y forma sociedades en base a instituciones diversas, instituciones que se sustentan necesariamente en reglas; dicho en otros términos el establecimiento de relaciones entre entidades complejas como lo son los seres humanos al seno de una sociedad no sería posible sin la existencia de reglas, esas reglas evidentemente son de naturaleza diversa pero parece ser que en todo tiempo y espacio han tenido el mismo origen, son un fenómeno social y al parecer tienen la misma finalidad teleológica: posibilitar el establecimiento de la sociedad, su continuidad, evolución y preservación. Su finalidad es pues establecer un orden social.

### *La norma: piedra fundamental de la sociedad*

Esta tendencia a imponer normas diversas como pilar de las sociedades es una tendencia constante en todas las sociedades, por la simple razón de que no es posible encontrar una sola sociedad que no cuente con instituciones por simples que éstas puedan ser, las que a su vez presuponen la existencia de una organización social y por ende de una determinada estructura social<sup>11</sup>. Organización socio estructural que no puede existir sin la presencia de reglas o normas que regulen la conducta de seres humanos complejos con conductas subjetivas que bien pueden diferir; consecuentemente es importante que se establezcan conductas aceptables y no aceptables en función de los fines que persigue esa sociedad. La forma más simple de sociedad implica ya la existencia de normas para su existencia y subsistencia, pues de otra manera no podría tener lugar.

### *El modelo de Robinson Crusoe*

En forma ilustrativa, el autor de la célebre novela titulada Robinson Crusoe detalla de manera ingeniosa la forma en que se relacionan supervivencia y sociedad y de este modo la evidencia de que el establecimiento de sociedades no puede acontecer sin una estructura social, sea ésta simple o compleja; y como tal estructura no puede erigirse sino sobre el establecimiento de normas, entre otras las de tipo jurídico.

En efecto, la forma más elemental de una sociedad, la conformada por dos individuos presupone ya la existencia de normas de conductas por observarse entre los mismos, pues de otro modo sería imposible

---

<sup>11</sup> Como se ha evidenciado desde la antropología jurídica.



establecer relaciones de cualquier tipo; obviamente si esta circunstancia es valida para una forma de sociedad elemental se vuelve esencial en la medida en que la sociedad se torna más compleja.

### *Sociedades dinámicas*

El fenómeno jurídico participa de esta característica y es por tal motivo un fenómeno social, empírico, recurrente y universal en tiempo y espacio. La tendencia a establecer normas obligatorias y por ende jurídicas, es particular a toda sociedad. Ahora bien, las sociedades en tanto que organizaciones sociales y por ende en su carácter de sistemas abiertos en contacto con un entorno más o menos cambiante no son estáticas; sus fines más importantes probablemente no cambien pero si los medios empleados para alcanzarlos en la medida en que las circunstancias del entorno lo implican; por ende aunque la tendencia a aglutinar socialmente mediante el establecimiento de normas es una constante. El producto de esta tendencia es variable, esto es que mientras el derecho entendido como fenómeno social consistente en la tendencia a establecer normas para posibilitar la organización social es una constante; por el contrario el contenido de esas normas puede variar tanto en tiempo como en el espacio. Por tal razón la ley, producto histórico resultante de la interacción del sistema social con su entorno es variable aun y cuando el fenómeno jurídico no lo es.

Para detallar la forma en que la interacción del derecho como fenómeno constante con el entorno social cambiante y por ende variable produce resultantes históricas variables (contenido concreto de las leyes) puede entenderse con más facilidad si se considera la relación entre el fenómeno jurídico (constante) y el entorno social cambiante (variable) como una función planteada en términos de la ley como resultante histórica, esto es:

$$L = D (X)$$

Donde:

"L" es la ley producto de la relación entre la constante derecho "D" y la variable "X" que representa el entorno social cambiante al cual debe continuamente adaptarse la sociedad, que en este proceso transforma los contenidos de las leyes para adaptarse a "X" (los cambios sociales) pero mantiene siempre la tendencia a mantener la organización social pese a las transformaciones mediante una relación constante que es precisamente la que constituye el derecho como fenómeno.



De la anterior circunstancia no se tiene que el derecho sea variable en tiempo y espacio, la idea de que el fenómeno jurídico no es una constante es producto de confundir las normas, las reglas específicas que si son variables con el derecho, que por el hecho de ser común a toda sociedad con independencia de su posición geográfica y cronológica resulta un fenómeno empírico (la organización social en base a normas es perceptible), y es universal pues se repite cronológica y espacialmente.

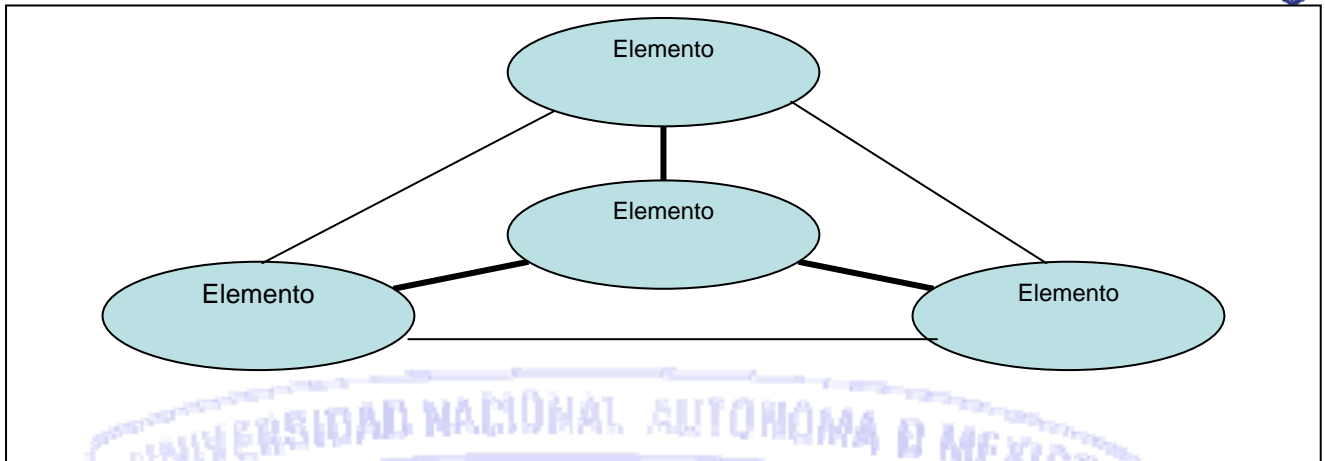
### *La razón de la Complejidad*

La complejidad es siempre creciente en los sistemas sociales y por consiguiente en los sistemas jurídicos contemporáneos, toda vez que las variables sociales son más numerosas y complejas en la medida en que las sociedades crecen y se desarrollan o dicho en otros términos existe una relación directamente proporcional entre el grado de desarrollo de una sociedad y su sistema jurídico, a la mayor complejidad de una sociedad corresponde mayor complejidad en el sistema jurídico.

Esta punto es de particular interés, pues parte importante de la ineficacia tanto práctica como teórica del derecho se deben a que no se contaba con los instrumentos epistémicos y metodológicos para abordar su complejidad en su justa dimensión. Sobre la complejidad en los sistemas jurídicos, y sus repercusiones epistémico-metodológicas se abundará en lo sucesivo a través de las contribuciones a la teoría del derecho de autores tales como H. L. Hart o bien François Ost y Michael Van de Kerchove.

### *El modelo de sociedad como sistema abierto*

El fenómeno jurídico puede sustentarse como empírico y universal en base a su caracterización de la sociedad como sistema abierto, cuyos elementos se relacionan y vinculan mediante normas sociales de algún modo vinculantes; sistema en interacción constante con el entorno que bien puede contener otros sistemas. Esta situación puede representarse gráficamente mediante el siguiente diagrama:



La incapacidad de visualizar al derecho como fenómeno universal y empírico con resultados históricos relativos es pues producto de la ausencia de una óptica de sistemas, en particular de sistema abierto que permitiera generar un modelo de la dinámica del fenómeno jurídico; así como la resultante del modelo dicotómico de la ilustración que preside tanto al racionalismo sea formal o empírico como al positivismo.

### *Derecho y Ley*

Se estableció que el derecho es un fenómeno empírico, recurrente en tiempo y espacio si se atiende a la sociedad como un sistema abierto desde la teoría general de sistemas. El derecho es el fenómeno social consistente en la agrupación social e organizaciones mediante el establecimiento de normas racionalmente concebidas, desde este punto de vista podría sostenerse que es general y abstracto.

La ley (sistemas normativos) son el contenido de cada norma, son reglas. Como las sociedades son organizaciones sistémicas en cambio constante el derecho como tendencia a mantener la sociedad mediante reglas permanece constante, mientras que el contenido de las normas cambia temporal y espacialmente en la medida en que se transforma la sociedad, por eso es evidente lo erróneo de no distinguir al derecho de la ley, por eso el positivismo erró: la generalidad y abstracción -mas bien universalidad- es atributo del derecho no de las leyes.

### *El fin del derecho*



El derecho entendido como tendencia social a mantener el orden social mediante la organización conforme a normas implica que el fin del derecho sea entrópico es decir mantener el orden en las sociedades previniendo o resolviendo los conflictos sociales.

#### 4.2 CIVILIZACIÓN, DERECHO Y DESARROLLO

En consonancia con las hipótesis planteadas en el capítulo previo, se trata de evidenciar que el derecho además de empírico y universal, es un fenómeno complejo multidimensional y por esta circunstancia de naturaleza dialéctica; cuya función, abordada desde la óptica de sistemas es controlar los niveles de la entropía (conflictos y desorden) que subyace en las sociedades humanas, con independencia del tiempo y el espacio en que se desarrollen. Entendidas como sistemas sociales en interacción con su medio ambiente (es decir como sistemas abiertos); y desde esta perspectiva formular que existe una relación directamente proporcional entre el grado evolución de la organización social y el de desarrollo del sistema normativo, de donde se origina como consecuencia la conclusión de que existe una relación directa entre el grado de avance social y el derecho o dicho de otro modo que el derecho es un factor de conformación de las civilizaciones.

##### *La base de las civilizaciones*

Esta óptica implica que si se acepta que existe una relación directamente proporcional entre organización social y sistema jurídico en una relación dialéctica, entonces se desprende que el sistema jurídico debe en todo momento responder a la complejidad de la sociedad en que se instaure o de lo contrario carecerá de eficacia.

Si el derecho es un elemento de aglutinación social -esto es que existe una relación entre la presencia del fenómeno jurídico y el desarrollo de la organización social y por consiguiente de la sociedad en su conjunto;-entonces puede aseverarse que constituye la base de las civilizaciones; para evidenciar este hecho se revisara no solo la obra de destacados teóricos de las ciencias sociales de distintas épocas históricas sino también desde el paradigma de sistemas, esto es entendiendo a la sociedad como un sistema de tipo abierto desde una perspectiva aplicada, que implica que se mantiene en constante relación con su entorno y por tal motivo en continuo intercambio para mantener el equilibrio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ver Ost François y Van de Kerchove Michael, *Le système juridique entre l'ordre et le desordre*: donde plantean precisamente que el sistema jurídico oscila entre el orden y el desorden, es decir que se comporta como un sistema de tipo abierto tratando de mantener un equilibrio dinámico.



### *Modelo teórico de sistema abierto aplicado a la sociedad*

Desde la óptica aplicada de la teoría de sistemas, *a fortiori* puede considerarse dos tipos de sistemas: sean abiertos (si guardan relación con su medio ambiente en forma de intercambio de información y o energía) o bien cerrados en caso de que no mantengan relaciones de intercambio con su entorno. La tendencia de los sistemas abiertos a intercambiar e interactuar con su entorno proviene de su tendencia a la conservación, que es la resultante de un complejo equilibrio entre la tendencia a preservación (homeostasis) y la tendencia a transformarse ante los cambios de un entorno dinámico y cambiante como única posibilidad de salvaguardarse de la destrucción de la que tiende todo sistema en virtud de la ley de la termodinámica<sup>13</sup> de Isaac Newton, esto es de la tendencia al desorden que se conoce como entropía.

La sociedad en tanto que sistema abierto, no escapa a estas consideraciones. La sociedad vista como sistema compuesto de elementos que mantienen relaciones entre sí y con el entorno en que se encuentra circunscrita y responde a las modificaciones del medio circunvecino tratando de mantenerse mediante la adaptación a los cambios dictados en el entorno. En este sentido es factible postular que el derecho es un fenómeno que responde a la necesidad intrínseca de los sistemas sociales de detener el desorden entrópico al que tienden naturalmente por la termodinámica de Newton). La sociedad es en si misma un sistema abierto proclive a la entropía.

### *Cambiar y no cambiar*

Los sistemas abiertos presentan una relación dialéctica con el ambiente, lo influyen y son a su vez influidos por el ambiente; desde este punto de vista ya puede sostenerse que la interacción del sistema social -sociedad-respecto del ambiente es dialéctica; los sistemas tienden a la auto conservación a pesar de estar inmersos en un entorno cambiante; mediante dos influencia antagónicas: La homeostasis, que es la tendencia a la conservación, la resistencia al cambio y por otra parte la adaptación, el cambio. La sociedad como sistema abierto no es la excepción y el fenómeno jurídico participa de estas características, por tal motivo François Ost y Michael Van de Kerchove no dudan en señalar que el

---

<sup>13</sup> La segunda ley de la Termodinámica de Newton expone la pérdida de energía en los sistemas, pérdida que les impide funcionar correctamente conduciéndolos del desorden a su paulatina extinción.



sistema jurídico se encuentra entre el orden y el desorden en alusión a su función antientrópica en las sociedades<sup>14</sup>.

### *Organización y sistemas*

La sociedad entendida como sistema, esto es como un conjunto de elementos en interacción entre sí y respecto de su ambiente no es posible de comprender sin la organización; la cual no es posible en ausencia de normas sociales obligatorias, esto es de normas de naturaleza jurídica, es este fenómeno de mantener los sistemas sociales mediante la promulgación de normas sociales obligatorias la que constituye el derecho.

### *La constitución de órdenes jurídicos*

Esta observación ya había sido planteada desde la antigüedad clásica por el filósofo helénico Aristóteles en su obra la política, en los siguientes términos<sup>15</sup>:

De aquí que toda ciudad exista por naturaleza, no de otro modo que las primeras comunidades, puesto que es ella fin de las demás. Ahora bien, la naturaleza es fin; y así hablamos de la naturaleza de cada cosa, como del hombre, del caballo, de la casa según es cada una al término de su generación. Por otra parte, aquello por lo que una cosa existe y su fin es para ella lo mejor, en consecuencia, el poder bastarse a sí mismo es un fin y es lo mejor. De lo anterior resulta manifiesto que la ciudad es una de las cosas que existe por naturaleza, y que el hombre es por naturaleza un animal político, y resulta también que quien por naturaleza y no por casos de fortuna carece de ciudad está por debajo o por encima de lo que es el hombre. Es como aquel a quien Homero reprocha ser sin clan, sin ley, sin hogar...

---

<sup>14</sup> Ost François y Van de kerchove, Michael, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254p. (translated into English by Iain Stewart as *Legal system between order and disorder*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 199p.).

<sup>15</sup> Aristóteles, *Política*, 19ª edición, Porrúa, México, 2000, Pág. 158



La misma consideración ya había sido efectuada con posterioridad a Aristóteles por los autores iusnaturalista contractualistas, Hobbes, Locke, Rousseau y Montesquieu, quienes ya habían sostenido que la sociedad se mantenía cohesionada por normas sociales que evitaban su desaparición en la anarquía<sup>16</sup>, esto es contraponían la idea de orden social a la de desorden social; es decir que la aseveración de estos autores puede entenderse desde la óptica de la teoría de sistemas como que el derecho es un mecanismo que controla el desorden en el sistema social, es por tanto un mecanismo antientrópico en la sociedad. El rasgo común en los autores contractualistas es destacar por una parte la integración social mediante normas establecidas convencionalmente; esta capacidad de establecer normas implica necesariamente racionalidad; como claramente señala Hobbes al proponer en el capítulo XIV de su obra el *Leviatán*<sup>17</sup>:

"OF THE FIRST AND SECOND NATURAL LAWS, AND OF CONTRACTS

THE right of nature, which writers commonly call jus natural, is the liberty each man hath to use his own power as he will himself for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing anything which, in his own judgment and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto.

By liberty is understood, according to the proper signification of the word, the absence of external impediments; which impediments may oft take away part of a man's power to do what he would, but cannot hinder him from using the power left him according as his judgment and reason shall dictate to him.

A law of nature, *lex naturalis*, is a precept, or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same, and to omit that by which he thinketh it may be best preserved. For though they that speak of this subject use to confound jus and lex, right and law, yet they ought to be distinguished,

---

<sup>16</sup> Nota bene. Tesis central del contractualismo, por contrato social se entiende el acuerdo voluntario que define tanto la relación mutua de los individuos, concebidos como sujetos morales libres como la relación de éstos con el gobierno y por este proceso estructura una sociedad bien conformada. La preocupación por el origen y condiciones de una obligación política se hizo patente incluso en los escritos de los filósofos y estadistas de la antigua Grecia y Roma, aunque estas ideas no fueron formuladas de modo sistemático hasta finales del siglo XVI, cuando los autores protestantes buscaron un principio democrático con el que oponerse a la teoría autoritaria del derecho divino de los reyes, que era el resultado de trasladar al campo político su concepto de autonomía moral del individuo. En los siglos XVII y XVIII la teoría de un pacto social entre los individuos de una sociedad fue inseparable de la doctrina del derecho natural. Las principales teorías relativas al contrato social fueron expuestas por los pensadores ingleses Thomas Hobbes y John Locke y por el filósofo francés Jean-Jacques Rousseau

<sup>17</sup> Hobbes, Thomas, *The Leviathan*, proporcionado por la universidad estatal de OREGON, Estados Unidos de Norteamérica <http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-c.html#CHAPTERXIV>





because right consisteth in liberty to do, or to forbear; whereas law determineth and bindeth to one of them: so that law and right differ as much as obligation and liberty, which in one and the same matter are inconsistent.

### *Contractualismo y racionalidad*

Como se desprende de la anterior cita, para Thomas Hobbes tanto el derecho natural que denomina *lex naturalis* como el establecimiento de convenciones en que se preserve la integridad del individuo al seno de una sociedad mediante una convención tienen por fundamento último la razón, *ratio iure*, es decir que constituyen actos de racionalidad efectuados *ad vivitum*. La racionalidad<sup>18</sup> es el elemento *sine qua non* en la conformación de las sociedades de acuerdo con Hobbes.

En idéntico sentido se expresa Jean Jacques Rousseau en su célebre obra el contrato social destacando que la voluntad general se cimienta necesariamente en la razón; la voluntad general es de acuerdo con Rousseau el elemento central del pacto social que permite a las sociedades evolucionar de sociedades más elementales a sociedades más complejas y propiamente a civilizaciones; empero es conveniente tener presente que la voluntad general a la que alude Rousseau está fundada no en opiniones sino en la razón y en este sentido es un acto sustentado en la racionalidad; en términos del propio pensador<sup>19</sup>:

L'homme est né libre, et partout il est dans les fers. Tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux. Comment ce changement s'est-il fait? Je l'ignore. Qu'est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question.

Si je ne considérais que la force, et l'effet qui en dérive, je dirais: Tant qu'un peuple est contraint d'obéir et qu'il obéit, il fait bien; sitôt qu'il peut secouer le joug et qu'il le secoue, il fait encore mieux; car, recouvrant sa liberté par le même droit qui la lui a ravie, ou il est fondé à la reprendre, ou l'on ne l'était point à la lui ôter. Mais l'ordre social est un droit sacré, qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions. Il s'agit de savoir quelles sont ces conventions. Avant d'en venir là je dois établir ce que je viens d'avancer

---

<sup>18</sup> Es decir la adecuación entre medios y fines, racionalidad.

<sup>19</sup> Rousseau, Jean Jacques, *Le contrat social*, chapitre premier, Fondation Rousseau, Genève Suisse, 2004  
[http://un2sq4.unige.ch/athena/rousseau/jjr\\_cont.html](http://un2sq4.unige.ch/athena/rousseau/jjr_cont.html)



Jean Jacques Rousseau no titubea en señalar que el orden social es un derecho sagrado que constituye la base de cualquiera otro derecho, sin embargo advierte que tal derecho no proviene de la naturaleza sino que se funda en convenciones, es decir en acuerdos sociales acerca del orden que deba imperar en la organización social. Convenciones o acuerdos que evidentemente se sustentan en actos de racionalidad.

Esta conclusión fue detallada en forma aun más concisa en términos teóricos desde el ámbito de la sociología por Max Weber quien a través de su teoría de la autoridad explica el tránsito de una autoridad consuetudinaria a una carismática y finalmente a la legal y en particular la obra de John Elster el cemento de la sociedad donde se evidencia la forma en que las normas sociales obligatorias que bien podrían denominarse jurídicas mantienen la cohesión social, lo que para el modelo de sistema social representa control de la entropía.

En términos de Da Silva en alusión a la teoría de la autoridad de Max Weber, donde se explica no solo la forma en que se constituyen sociedades a través de la instauración de normas (derecho) sino que también se explica la forma en que la autoridad se ejerce mediante una evolución de lo intuitivo a lo racional partiendo de la autoridad carismática a la autoridad racional o legal (sustentada en normas), en la terminología de Da Silva<sup>20</sup>:

Para Weber la autoridad representa las siguientes diferencias (respecto del poder o la persuasión):

- I) Se caracteriza por implicar obediencia voluntaria
- II) Es legítima y legal
- III) Implica suspensión anticipada del juicio del subordinado de la orden recibida
- IV) Es inducida por el grupo

Según Weber la autoridad legítima representa tres tipos puros o ideales que dependen de la naturaleza de la sociedad en que se aplican. Ellos son:

---

<sup>20</sup> Da Silva O. Reynaldo, *Teorías de la administración*, Thompson, México, 2003, pág. 163



Autoridad tradicional.- propia de un orden social sagrado y eterno, basado en el derecho divino, la tradición cultural, la herencia o factores similares; Las sociedades que se valen de este tipo de autoridad son la tribu, el clan, las sociedades medievales, la familia etc.

Autoridad carismática.- que surge de rechazar la tradición y el orden social vigente, se concentra en la aceptación de un orden encarnado en una persona; la autoridad tiene rasgos místicos, arbitrarios y personalistas. El tipo de sociedad en que rige esta autoridad son los partidos políticos y los grupos revolucionarios y/o religiosos.

Autoridad racional.- que se basa en normas sociales, administrada por la meritocracia, con rasgos impersonales, técnicos y racionales. El tipo de sociedad en que predomina este tipo de autoridad son los ejércitos, la administración pública y las empresas; a la autoridad racional también se le denomina autoridad legal.

Puede inferirse fácilmente de la teoría de la autoridad en Max Weber que la autoridad encuentra su fundamento, en las sociedades más desarrolladas, en la legalidad, que a su vez tiene como fuente la racionalidad. Una vez más se confirma el nexo entre racionalidad, organización social y derecho.

Si el derecho resulta ser un fenómeno social de control de desorden (entropía) en una sociedad determinada (sistema social dado); entonces puede establecerse una relación entre el grado de desarrollo del sistema jurídico y el grado de avance social, esto es que el derecho es un factor clave en la conformación de las sociedades toda vez que existe una relación directa entre la función del derecho (control de la entropía o desorden social) y el grado de desarrollo de una sociedad en un momento dado.

### *La racionalidad en el derecho*

Como corolario cabe citar la obra de Jon Elster *the cement of society* (el cemento de las sociedades), autor que no se limita a reseñar lo que los autores antes citados han destacado respecto de la forma en que las normas sociales- en especial las jurídicas- integran a la sociedad; que las sociedades se conforman en torno a un orden sustentado en normas y que existe en la instauración de ciertas normas



un elemento de innegable racionalidad; Elster destaca la forma en que la racionalidad opera con respecto a las normas sociales en los siguientes términos<sup>21</sup>:

This book has a complicated genesis. For many years, I have been interested in the problem of collective action. Discussions with Brian Barry and Russell Hardin helped me to see roughly where the main problems were located, but I never seemed to get them fully into focus. Concurrently with this preoccupation, and spurred largely by proddings from Amos Tversky and Fredrik Engelstad, I became increasingly puzzled by the relation between rational choice and social norms. I discussed this problem with Pierre Bourdieu, and together we organized a conference on the topic. Once again, I seemed to make progress up to a point, and then confusion descended on me. Clearly, I was going against the grain.

#### *La racionalidad en Jon Elster*

Como se desprende de la cita de Jon Elster, la racionalidad es el elemento que permite el establecimiento de normas sociales, que a su vez permiten la organización social, por eso este autor considera las normas sociales sustentadas en la racionalidad como el cemento de la sociedad; su elemento aglutinador confirmando las teorías iuscontractualistas. Esta idea es congruente con la noción de que el derecho es la base de las sociedades más avanzadas y complejas, la base de las civilizaciones. En su obra Jon Elster detalla la forma en que la teoría de expectativas racionales en primera instancia a título de decisión personal o individual en interacción con las decisiones colectivas producen la acción colectiva, así como la generación de acuerdos de colaboración o no (*bargaining*) y las normas sociales; sin embargo Elster señala que la racionalidad no puede ser considerada absoluta en el aspecto social ni en términos científicos<sup>22</sup>:

More or less simultaneously with this work I completed two other books that complement the present one. Each of them reflects an increasing disillusionment with the power of reason, be it

---

<sup>21</sup> Elster, Jon, *The Cement of Society, A study of social order*, Cambridge University Press, England, 1990, pág. vii

<sup>22</sup> Idem, Pág. VI



at the level of social actors or at the level of the social scientist who is observing them. In *Solomonic Judgments* I argue that rational-choice theory yields indeterminate prescriptions and predictions in more cases than most social scientists and decision makers would like to think. In *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, written for a more general audience, I argue that the basic concept in the social sciences should be that of a *mechanism* rather than of a *theory*. In my opinion, the social sciences are light years away from the stage at which it will be possible to formulate general-law-like regularities about human behavior. Instead, we should concentrate on specifying small and medium-sized mechanisms for human action and interaction - plausible, frequently observed ways in which things happen. If this sounds vague (and it does), I have to refer the reader to the substance of the three books for proof of the pudding

Como claramente señala Jon Elster existe una creciente desilusión con el poder de la razón tanto en el nivel de los actores sociales como en el de los científicos que los observan y advierte que de acuerdo con los resultados de sus estudios, en particular la teoría de elección racional señala mas prescripciones y predicciones indeterminadas en más casos de lo que piensan científicos sociales y otros encargados de la toma de decisiones y precisa que en su opinión las ciencias sociales se encuentran años a años luz de distancias de lograr leyes como regularidades de la conducta humana. Esta circunstancia repercute necesariamente en las ciencias y por consiguiente en el derecho y plantea la necesidad de replantear la racionalidad.

### *Complejidad y racionalidad*

Si como se ha apuntado previamente las sociedades como sistemas abiertos encuentran en las normas sociales (entre ellas las jurídicas) un factor de congregación sobre la base de la racionalidad, entonces puede considerarse que:

- a) El derecho es un fenómeno empírico y universal por que es precisamente la tendencia a imponer normas lo que constituye el fenómeno jurídico y la base constitutiva de la sociedad en todo tiempo y espacio,
- b) Que se trata de un fenómeno dialéctico, que no puede ser dicotómico.
- c) Que el establecimiento de tales normas es un acto de racionalidad;



d) Que existe una relación entre la complejidad de la organización social y el derecho sustentada en la racionalidad;

e) Que la racionalidad tanto en el aspecto social, como en el pensamiento de las ciencias sociales presenta límites y no es absoluta; dando lugar a la indeterminación, a la incertidumbre y a la complejidad.

En consecuencia puede fundamentarse que existe una relación entre racionalidad y complejidad en las sociedades humanas que se ve reflejada en el sistema jurídico como ya lo había señalado claramente Jean Jacques Rousseau en párrafos previos o aun en forma más concisa H. L. Hart en su célebre obra *the concept of law* donde al referirse a la fundación de un sistema legal no vacila en establecer que corresponde a sociedades simples, sistemas jurídicos simples y a sociedades complejas sistemas sociales y jurídicos más complejos, según Leonard Hart<sup>23</sup>:

The foundation of a legal system consist of the situation in which of the majority of a social group habitually obey the order backed by them or the sovereign person or persons who themselves habitually obey. This social situation is for this theory both necessary and sufficient condition of the existence of law, these truths can, however, only be clearly presented, and their importance rightly assessed in terms of the more complex social situation where a secondary rule of recognition is accepted and used for the recognition of the primary rules of obligations"

### *Derecho y civilización*

En este contexto si existe una correlación entre grado de avance social y complejidad del sistema jurídico; y la relación entre uno y otro está dada por la racionalidad; entonces puede aseverarse que el derecho como fenómeno social es responsable del establecimiento y continuidad de las civilizaciones; por ende no resulta casual que precisamente en el medio oriente, específicamente en Mesopotamia surgieran en forma conjunta la civilización y *a later* el derecho, en la cuna de la civilización surgió pues el emblemático código de Hammurabi<sup>24</sup>, reconocido como el sistema jurídico más antiguo del mundo. El derecho es un fenómeno sustentado en la racionalidad, no obstante debe tenerse presente que la

---

<sup>23</sup> Hart Leonard, *The concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon, Great Britain, 1994, pág. 100

<sup>24</sup> Nota bene. No es casual que la civilización y el Código de Hammurabi, surgieran en el mismo tiempo y espacio. compilación de leyes y edictos auspiciada por Hammurabi, rey de Babilonia, que constituye el primer código conocido de la historia.



racionalidad es un fenómeno limitado y no absoluto, es en consecuencia de alcances necesariamente limitados.

### *Indisoluble nexa organización social y derecho*

De igual forma Baumgartner señala la indisoluble relación entre el derecho y la organización social como medio de control de las conductas humanas en su obra la organización social del derecho (*the social organization of law*); evidenciando que contrario a lo supuesto por la dicotomía norma hecho; la organización social y el derecho como fenómeno antientrópico se vinculan necesariamente<sup>25</sup>:

The Benefit of organization can be seen in legal arena, where cases outcomes vary systematically with the degree of organization of the parties...

Other social control

Law is not the only method people use to deal with behavior of which they disapprove. It is, in fact, only one of a number of techniques of social control that can be employed. Others include diverse tactics as inflicting violence against an offender thought a strategy of self-help, working out a solution with an offender through negotiation or mediation....

Ha quedado establecido que la sociedad se erige sobre normas convencionalmente establecidas mediante racionalidad que es limitada; ¿cual es el origen de los límites de la racionalidad y sus consecuencias para la concepción teórica del derecho, el diseño de sistemas jurídicos y la consecución de sus fines en base al modelo de sociedad como sistema abierto?

#### 4.3 EL DERECHO COMO MEDIO RACIONALIZADOR DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La entropía puede definirse como la tendencia al desorden en los sistemas sociales que puede conducir a estos a su colapso y desintegración. La entropía en términos sociales -por lo que respecta a las sociedades- proviene del hecho de que sus elementos constitutivos, los seres humanos presentan diversidad de creencias e intereses producto de la subjetividad que conlleva a la generación de

---

<sup>25</sup> Baumgartner, M. P., *The social organization of law*, 2<sup>nd</sup> Edition,, Academic press, United States of America, 1999, pág. 12



conflictos<sup>26</sup> (desorden) pues los intereses de algunos miembros de la sociedad se contraponen entre sí y respecto de los fines sociales; de ahí que o bien se permite que prepondere el interés del más fuerte (que ha demostrado que no es una solución sino más bien un paliativo) o bien se estudian las formas de prevenir y solucionar conflictos en forma pacífica y sostenible en el mediano y largo plazo, por ello puede caracterizarse históricamente al derecho como un elemento de racionalidad en la solución de problemas sociales.

### *Fuerza, derecho y razón*

Respecto de la noción del derecho del más fuerte, Stammler sostiene claramente que la convención del derecho del más fuerte se sustenta en la fuerza social, no así en la individual y que necesariamente debe constituir la excepción y no la regla, debe ser la *ultima ratio*<sup>27</sup>:

“Estas tentativas olvidadas que según ellas mismas, el más fuerte no es el lo es físicamente sino socialmente. Pero la fuerza social no significa otra cosa que cierta reglamentación obligante. Es una consecuencia de ésta en determinadas circunstancias y, por tanto, no puede ser una norma absoluta.”

Los sistemas presentan como característica esencial su tendencia a la conservación, y desde este punto de vista los conflictos que se presentan como entropía en las sociedades conllevan al desorden; y por tanto obedecen a la ley de la termodinámica de Newton (pérdida de energía en los sistemas). En este sentido es evidente que ante el conflicto se opta por dos alternativas a saber:

- I) La fuerza
- II) El acuerdo

El uso de la fuerza implica un alto gasto de energía, es decir que potencialmente puede generar entropía en los sistemas sociales; de modo que el optar por la fuerza lejos de resolver el conflicto dará lugar a más conflictos y posiblemente los generalice por el sistema como una reacción en cadena; es decir que

---

<sup>26</sup> Conflicto, tensión que un individuo mantiene al estar sometido a dos o más fuerzas que se excluyen mutuamente  
Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>27</sup> Stammler, Rudolf, *Modernas teorías del derecho y el Estado*, Vol. 8, Oxford University press, México, 2000, pág. 40





la solución de fuerza en los conflictos lejos de actuar como medio antientrópico estimula la violencia, fomenta aun más el desorden social; por este motivo es que se ha transitado del apotegma ojo por ojo, y de la vendetta al monopolio de la fuerza y la convicción de que la fuerza es el último recurso. Dicho de otra manera la solución de fuerza es ineficiente en la solución de conflictos sociales a largo plazo, sobre todo frente a la consolidación de acuerdos sociales que son en términos de sistemas y de preservación de sociedades más eficiente en el manejo de conflictos y el control del desorden y la entropía.

En este sentido puede comprenderse por que el derecho tiene como fin el control de la entropía en las sociedades humanas y por consiguiente su conservación; por ende el derecho como fenómeno ha sido y es previsible que continúe como un mecanismo racionalizador de la solución de conflictos al seno de las sociedades. Empero si el derecho es un fenómeno universal consistente en la prevención y la solución de conflictos caracterizado por la racionalidad entonces ¿por qué se encuentra cuestionado en la postmodernidad? Jon Elster apunta con claridad la respuesta<sup>28</sup>:

“Each of them reflects an increasing disillusionment with the power of reason, be it at the level of social actors or at the level of the social scientist who is observing them. In *Solomonic Judgments* I argue that rational-choice theory yields indeterminate prescriptions and predictions in more cases than most social scientists and decision makers would like to think”

Si como expone Jon Elster se refleja en forma creciente la desilusión con el poder de la razón, sea al nivel de los actores sociales o al nivel de los científicos sociales que los observan, y por ese motivo advierte en su obra juicios salomónicos que la teoría de la elección racional se cimienta en prescripciones y predicciones indeterminadas en más casos de los que los científicos sociales y los encargados de la toma de decisiones en las sociedades pueden pensar; entonces es necesario replantear la idea de racionalidad y aceptar que la misma presenta límites y por lo tanto no es absoluta.

### *Límites de la racionalidad*

---

<sup>28</sup> Elster, Jon, *The Cement of Society, A study of social order*, Cambridge: Cambridge University Press, 311 pages, England, 1990, pág. vii



Continuando el estudio de la obra de Jon Elster, respecto del papel de la racionalidad en diferentes ámbitos de la actividad humana -entre ellos el derecho por supuesto- se llega a la conclusión de que la racionalidad no constituye un absoluto, sino que por el contrario presenta límites y que considerar lo opuesto sería prácticamente irracional, según Jon Elster<sup>29</sup>:

As in these earlier books, the topic is rationality: its scope, limits and failures. A common premise of all three books is the normative privilege of rationality in the study of human behavior. Chapter I of *Ulysses and the Sirens* and chapter I of *Sour Grapes* attempted to define and defend this ideal of rationality. In the first chapter of this volume I discuss how the ideal breaks down when it fails to tell people what to do or when people fail to do what it tells them to do. The latter failure, that of irrational behavior, was extensively examined in both earlier works and is more briefly discussed here, in I.4 and IV.4. The former failure, which arises when the notion of rationality is indeterminate, is the main topic of the present volume. The central argument is that rationality itself requires us to recognize this limitation of our rational powers, and that the belief in the omnipotence of reason is just another form of irrationality. To illustrate this proposition I consider both individual choice (mainly in chapter's I and III) and social decisions (mainly in chapters II and IV).

El autor no deja lugar a la duda cuando establece que la creencia en la omnipotencia de la razón es otra forma de irracionalidad. Como detalla el propio Jon Elster en el prefacio de su obra juicios salomónicos, la idea sobre el sitio privilegiado de la razón en la conducta humana es común en la actualidad y en particular en los órdenes normativos, no por ello deja de ser quimérico; lo que se torna evidente cuando el ideal de racionalidad falla sea en indicar a la gente como comportarse o en hacer lo que preceptúa que se debía hacer. Esta circunstancia se explica en virtud de que la racionalidad a menudo está indeterminada, lo que conlleva al argumento central en el pensamiento de Elster: La racionalidad requiere que se reconozcan sus limitaciones.

*Racionalidad limitada*

---

<sup>29</sup> Elster, Jon, *Salomonic Judgments Cambridge*: Cambridge University Press, England, 1989, pág. vi



La racionalidad limitada (*bounded rationality*), según detalla Oliver Williamson es un concepto central e importante en la teoría de la toma de decisiones, en especial en la teoría de Herbert Simon, quien detalla el concepto de racionalidad limitada (*bounded rationality*) definiéndola como la falta de información que conduce a que las decisiones tomadas presenten todo el tiempo un cierto rango de error y caracterizándola como la creencia errónea de que la conducta humana es hiperracional cuando en realidad presenta rasgos de irracionalidad<sup>30</sup>:

Many models of human behavior in the social sciences assume that humans can be reasonably approximated or described as "rational" entities, especially as conceived by rational choice theory. Many models assume that people are "hyperrational", and would never do anything to violate their preferences. Herbert Simon, in *Models of My Life*, points out that most people are only partly rational, and are in fact emotional/irrational in the remaining part of their actions. He gives Albert Einstein as an example of *bounded rationality*.

De hecho el propio Alexander Hebert Simon detalla que para el número 250 de la prestigiada revista *Science* que los agentes presentan límites en su capacidad racional para formular y resolver problemas complejos así como para el procesamiento de la información, de acuerdo con Alexander Hebert Simon<sup>31</sup>:

"Boundedly rational agents experience limits in formulating and solving complex problems and in processing (receiving, storing, retrieving, transmitting) information" (Williamson, p. 553, quoting Simon). Simon, who some claim coined the term, describes a number of dimensions along which "classical" models of rationality can be made somewhat more realistic, while sticking within the vein of fairly rigorous formalization."

Esta circunstancia es aun más evidente, si se atiende al análisis de la teoría de la decisión o elección racional del Investigador de la Universidad De California en Berkeley Daniel Macfadden, quien advierte sobre la falibilidad de los modelos que presumen una hiperracionalidad en la conducta humana<sup>32</sup>:

---

<sup>30</sup> Williamson, Oliver, *The Economies of Organization: The Transaction Cost Approach*, American Journal of Sociology. Vol. 87, pp. 548--577

<sup>31</sup> Simon, H.A., *A mechanism for social selection and successful altruism*, Science 250 (4988): 1665-1668. United States of America, 1990.

<sup>32</sup> Macfadden, Daniel, *Rationality theory*, University of California at Berkeley, September 1998



"Rationality is a complex behavioral theory that can be parsed into statements about preferences, perceptions and process. This paper looks at the evidence on rationality that is provided by behavioral experiments, and argues that most cognitive anomalies operate through errors in perception that arise from the way information is stored and processed..."

### *La racionalidad limitada en el derecho*

El derecho es un fenómeno de instauración de normas que garantizan la organización y cohesión social en términos sistémicos y sinérgicos sobre la racionalidad limitada; para efectos del derecho esta circunstancia se traduciría en falibilidad en la decisión judicial y en los sistemas jurídicos en general: por ende optar por la hiper racionalidad del derecho – como hizo el positivismo jurídico firmemente anclado en el racionalismo<sup>33</sup>- conlleva a la irracionalidad y aplicada a la sociedad a la injusticia; máxime si se caracteriza por una visión dicotómica y axiomática.

### *Objetividad y Subjetividad*

En su obra *Alquimias de la mente*, bajo el sugerente título de alquimias<sup>34</sup>, Jon Elster rebate la idea de dicotomía entre racionalidad y emociones humanas al explicar que la conducta humana se define en

---

<sup>33</sup> Nota bene. Racionalismo (del latín, ratio, razón), en filosofía, sistema de pensamiento que acentúa el papel de la razón en la adquisición del conocimiento, en contraste con el empirismo, que resalta el papel de la experiencia, sobre todo el sentido de la percepción. El racionalismo ha aparecido de distintas formas desde las primeras etapas de la filosofía occidental, pero se identifica ante todo con la tradición que proviene del filósofo y científico francés del siglo XVII René Descartes, el cual creía que la geometría representaba el ideal de todas las ciencias y también de la filosofía. Mantenía que sólo por medio de la razón se podían descubrir ciertos universales, verdades evidentes en sí, de las que es posible deducir el resto de contenidos de la filosofía y de las ciencias. Manifestaba que estas verdades evidentes en sí eran innatas, no derivadas de la experiencia. En este punto se encuentra la lógica de la crítica de la razón pura en Immanuel Kant en el sentido de desvinculación realidad-teoría que en Hans Kelsen conduce a la dicotomía norma/hecho.

<sup>34</sup> Alquimia, técnica antigua practicada especialmente en la edad media, que se dedicaba principalmente a descubrir una sustancia que transmutaría los metales más comunes en oro y plata, y a encontrar medios de prolongar indefinidamente la vida humana. Aunque sus propósitos y procedimientos eran dudosos, y a menudo ilusorios, la alquimia fue en muchos sentidos la predecesora de la ciencia moderna, especialmente de la ciencia química

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Nota bene. Elster alude al término alquimia para referirse a la unión de sustancias supuestamente opuestas y excluyentes; en este caso por referencia a la supuesta dicotomía objetividad subjetividad; proponiendo que se supere el pensamiento dicotómico y excluyente de opuestos.



mayor medida por la motivación producida por la autoestima que por la racionalidad propiamente dicha entendida en términos de objetividad, incluso para la toma de decisiones <sup>35</sup>:

“Las relaciones entre la racionalidad y las emociones configuran una intrincada maraña... la perspectiva tradicional es la de que las emociones son un estorbo para la elección racional. Son por así decirlo una arenilla en la maquinaria de la acción. Mas recientemente, son varios los autores y autoras que han defendido una perspectiva revisionista según la cual las emociones lejos de interferir en la toma racional de decisiones, pueden llegar incluso a fomentarla”

Además de la complejidad que conlleva la concepción de la racionalidad limitada; como la define Jon Elster, las emociones humanas no son necesariamente signo de irracionalidad sino por el contrario una parte de la racionalidad útil para la toma de decisiones. Este hecho implica que la dicotomía entre objetividad y subjetividad que ha prevalecido en el pensamiento jurídico y en particular en la dogmática jurídica y la denominada ciencia del derecho es ahora anacrónica.

#### *La Lógica de la subjetividad*

La subjetividad como rasgo de la conducta humana es diferente si se visualiza a través de la concepción de racionalidad limitada; deja de ser un signo inequívoco de irracionalidad para demostrar que es simplemente otra lógica; una no lineal adecuada para responder a un entorno cambiante como establece el modelo de sociedad como sistema abierta. ¿Cuales son los efectos de la racionalidad limitada para la teoría y práctica del derecho que se había fundado en una concepción absoluta de la racionalidad que no corresponde con las características de la sociedad como sistema abierto y dinámico? ¿Qué implicaciones tendría considerar la subjetividad como producto natural de la sociedad como sistema abierto y la racionalidad limitada para la supuesta neutralidad axiológica del derecho fundado sobre la concepción de racionalidad absoluta de la objetividad?

#### 4.4 SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.

“Ojo por ojo y todos terminaremos ciegos”

Mahatma Gandhi

---

<sup>35</sup> Elster, Jon, *Alquimias de la mente*, Piados, Barcelona, España, 2002 ,Pág. 343



Se estableció que la entropía social puede identificarse con la generación de conflictos en el seno de la sociedad concebida como un sistema. Un sistema es un conjunto de elementos que guarda relaciones entre sí y respecto del entorno en que se haya inmerso tratándose de un sistema de tipo abierto como es el caso de las sociedades. La sociedad en efecto es un conjunto de individuos que guardan relaciones entre sí y respecto de su entorno medioambiental (factores físicos) y social (otras sociedades).

### *La intersubjetividad*

El análisis se complica en cuanto se toma conciencia de que cada individuo integrante del sistema social es a su vez un sistema con fines propios; todos los sistemas tienden a la preservación, el sistema social y el sistema individual también lo hacen; sin embargo del hecho de que los sistemas tiendan todos a un mismo fin general: la preservación no significa que lo efectúen de la misma forma y con los mismos medios. Si existen pluralidad de maneras de obtener un objetivo, pero algunas de ellas son mutuamente excluyentes, cuando por ejemplo el sistema social opte por un medio que excluya el medio elegido por el sistema individual, entonces se presentara el conflicto, es decir el desorden en el correcto funcionamiento del sistema, la entropía.

En un entorno de competencia y de enfrentamiento, prevalecerá la posición del sistema dominante sobre el débil, es decir la ley del más fuerte (también conocido como darwinismo social<sup>36</sup>). El inconveniente de esta alternativa de solución de conflictos es su elevado costo sistémico, pues el enfrentamiento consume importantes recursos desperdiciados en una disputa estéril, no es la solución más óptima, ni la más eficiente pues incurre en el desperdicio de recursos, no es tampoco eficaz medio de solución de conflictos, pues la solución de la fuerza, traerá a la larga más violencia por cuestiones de venganza, y como sostuvo Gandhi tiene el efecto de una reacción en cadena, que desestabiliza más el sistema e incluso puede colapsarlo, por ende no es una alternativa muy viable en la búsqueda del control de la entropía en los sistemas sociales.

### *La noción de justicia como fin del derecho*

---

<sup>36</sup> Nota bene. El Darwinismo social es una teoría que establece que el desarrollo de los seres humanos y las sociedades se ajusta al patrón descrito por el naturalista inglés Charles Darwin en su teoría de la evolución por selección natural. Los seguidores del darwinismo social sostienen que las personas y grupos sociales, así como los animales y las plantas, compiten por la supervivencia, en la cual la selección natural es resultado de la "ley del más fuerte". Algunos rechazan la intervención de los gobiernos en los asuntos relacionados con la competencia entre las personas y se muestran a favor del laissez faire, laissez passer.



La anterior explicación abstracta sobre sistemas es clara si se atiende a las categorías jurídicas de dicotomía público/privado, interés general sobre el particular... etc., un lenguaje más familiar a juristas que sin embargo es solo la descripción en términos jurídicos de los conflictos que se dan al seno de las sociedades por la convivencia de pluralidad de formas de pensar y de ser, que en ocasiones conllevan al conflicto. Por este motivo no es de extrañar que el pensamiento jurídico gire en torno a la idea de prevenir o en su defecto resolver los conflictos.

A este respecto Vicenio Ferrari señala en su obra acerca de las funciones del derecho, que si bien las funciones del derecho en la sociedad son múltiples, puede decirse que su fin teleológico es la justicia precisamente en sus notas tímidas sobre la justicia<sup>37</sup>:

... son varias y no siempre compatibles las opiniones sobre las funciones que desarrolla o puede desarrollar el derecho en la realidad, y la elección, entre ellas es a menudo un hecho arbitrario, como también son arbitrarias, aunque valiosas, las definiciones científicas.

Podrá parecer paradójico, pero si pasamos del campo descriptivo al valorativo, preguntándonos que función ideal hay que asignar al derecho, si examinamos las respuestas que se han dado a esta cuestión incluso en los momentos más recientes, encontraremos un acuerdo mayor. En efecto, directa o indirectamente, tales preguntas giran en torno a un concepto clave, el de justicia, cuya realización parece ser, según muchas opiniones la finalidad última y esencial del derecho.

Desde esta óptica resulta lógico sustentar que los fines del derecho han sido y previsiblemente continúen siendo la prevención y resolución de conflictos sociales; que en términos de sistemas equivale a decir que el derecho es un fenómeno de control de entropía en las sociedades entendidas como sistemas; por tal motivo es comprensible que en las sociedades antiguas existiera una concepción de orden al que denominaban justicia, orden que desde la teoría general de sistemas no tiene un solo rasgo de carácter metafísico; en este sentido puede afirmarse que la justicia entendida como el control del desorden en las sociedades es el fin teleológico del derecho.

---

<sup>37</sup> Ferrari, Vicenzo, *Funciones del derecho*, Colección universitaria, Editorial debate, Madrid, España, 1989, Pág. 221



Establecido como fin teleológico de los sistemas jurídicos la justicia entendida como el establecimiento y la conservación del orden social, al respecto Gustavo Zagrebelsky apunta respecto de la concepción antigua de orden natural frente a la moderna liberal de orden creado por el ser humano, pero finalmente la instauración de un orden<sup>38</sup>:

“La antropología renacentista situaba así la cuestión fundamental que el hombre moderno reformulara de las más diversas formas durante medio milenio, del renacimiento a Descartes y la ilustración y, en el campo de la fe, desde la reforma y el modernismo hasta nuestros días. Ya no es la pregunta antigua Cuál es el puesto que se me ha asignado, sino la pregunta moderna cual es el puesto que pretendo asignarme en el universo”

El doctor Enrique Serrano Gómez en el marco del seminario internacional sobre “tensiones, conflictos y negociaciones en la modernidad: aspectos teóricos y empíricos, investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana enfatiza el vínculo entre la justicia como orden social, establecida en calidad de fin teleológico de los sistemas jurídicos constituidos para prevenir y solucionar conflictos, de igual modo señala la incapacidad de un sistema jurídico para resolver conflictos sociales conlleva a la ineficacia de tales sistemas <sup>39</sup>:

Los conflictos pueden conducir a la disolución del orden social o bien fortalecer la estabilidad y desarrollo de la sociedad, lo cual depende del esquema de instituciones en vigor... México carece de instituciones eficaces para dirimir conflictos y evitar brotes de violencia política y social. El académico agregó que el gran déficit es el funcionamiento del poder judicial, ya que a pesar de las reformas realizadas a la Suprema Corte de Justicia de la nación dominan la ineficacia y la corrupción en ministerios públicos, haciendo que la justicia cotidiana no llegue a los ciudadanos. Luego de precisar que el sistema de justicia del país carece de capacidad para procesar los conflictos sociales, sostuvo que resulta imposible hablar de la existencia de un pleno estado de derecho en México, que no consiste solo en un estado de Leyes, sino en que todos estemos sometidos a las leyes.

La apreciación del doctor Enrique Serrano Gómez es tan acertada que, precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido implícitamente la ineficacia del sistema jurídico mexicano en su

---

<sup>38</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1999, Pág. 79

<sup>39</sup> Serrano Gómez, Enrique, *Seminario internacional Tensiones, conflicto y negociaciones en la modernidad: Aspectos Teóricos y empíricos*, Universidad Autónoma Metropolitana Cuajimalpa, Seminario de la UAM, Vol. XII, Número 30, 27 de marzo de 2006.





aspecto más relacionado con la eficacia: la impartición de justicia, convocando a la reforma del sistema jurídico mexicano coincidiendo en que ésta es una condición imperativa e insoslayable para que el sistema jurídico alcance la justicia y se mantenga la estabilidad social (es decir que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México también conceptualizan a la justicia entendida como orden social estable como fin teleológico del derecho)<sup>40</sup>:

Con el propósito de garantizar la seguridad jurídica en el país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) anunció y dio a conocer los lineamientos de la consulta nacional que se llevará a cabo del 27 de agosto al 30 de enero de 2004... El estado de derecho y la seguridad jurídica son condiciones imprescindibles para guardar la paz y estabilidad social. Por su importancia y trascendencia, la labor de conceptualizar un sistema de justicia que responda ampliamente a las necesidades actuales del país no debe ser acometida por una sola institución o persona, sino que debemos oír a todos los sectores que existen en nuestro país.

#### *La justicia como orden social en la ciencia*

La idea de que existe un orden es la base de la noción de justicia; pues que haya un orden social o natural permite inferir que alguna posición corresponde a cada individuo en la sociedad; es decir la idea de que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde presente en el pensamiento jurídico romano. ¿Pero que es dar a cada quien lo que le corresponde?

¿Qué es la justicia para la ciencia? Hace más de dos milenios Platón planteo la interrogante que la posición racional absoluta de la ciencia occidental no ha podido responder; entonces ¿la racionalidad limitada tendrá las bases para responder esta interrogante desde una posición científica?<sup>41</sup> :

“Bueno si la justicia no es esto ¿Qué es entonces?”

#### *Las teorías de la justicia*

El hecho de haber establecido la justicia como fin teleológico del derecho implica que ha sido objeto de estudio en el mundo jurídico –al menos desde la perspectiva ética de la filosofía del derecho-, lo que

<sup>40</sup> Ruiz Colín, Ángeles, *La SCJN convoca a una consulta para una reforma judicial integral*, Compromiso, Órgano informativo del poder Judicial de la federación, año 3, número 27, agosto de 2003, págs. 14, 15 *et sequens*

<sup>41</sup> Platón, *La República*, 1ª Edición, Grupo editorial Tomo, México, 2004, pág. 25



naturalmente ha dado lugar a teorías de la justicia, particularmente en el entorno de la filosofía del derecho.

Si bien el destacado jurista Hans Kelsen en su obra que es la justicia se pronuncia por la incapacidad de abordar el estudio científico de la justicia desde una perspectiva propiamente objetiva y prácticamente imposible desde el punto de vista de su concepción de ciencia del derecho<sup>42</sup>:

“La justicia es una característica posible pero no necesaria de un orden social.... Comencé este estudio con una pregunta ¿Qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin se perfectamente que no la he respondido. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron”

Otros teóricos no comparten su punto de vista, y han formulado sendas teorías acerca de lo que debe entenderse por justicia –percepciones que refieren la relación entre justicia y organización social, caracterizándola sobre las mismas bases del fenómeno jurídico, como un orden social racionalmente establecido; entre dichos teóricos destacan John Rawls por la Universidad de Harvard, Robert Nozick y Barry Brian.

Por su parte John Rawls expone en su teoría de la justicia los fundamentos de una racionalidad convencional como base de la justicia en las sociedades por oposición al utilitarismo<sup>43</sup>:

“Perhaps I can best explain my aim in this book as follows . During much of modern moral philosophy the predominant systematic theory has been some form of utilitarianism... what I attempt to do is generalize and carry to a higher level of abstraction the traditional theory of the social contract as represented by Locke, Rousseau and Kant...”

Pero en todo caso no duda en señalar su función social:

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought”

<sup>42</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 1ª Edición, Fontamara, México, 1991

<sup>43</sup> Rawls, John, *A theory of justice*, Harvard university press, United States of America, 1971



Por su parte Brian Barry professor e investigador de ciencias políticas de la Universidad de Londres (*London economics school*) contraponen dos concepciones de la justicia entendida como imparcialidad y la justicia como ventaja mutua; ambas teorías empero comparten puntos de acuerdo; el primero es que las cuestiones de justicia surgen cuando hay conflictos entre individuos y/o grupos y que en tales conflictos podrían resolverse en forma racional, caracterizando la justicia como el respeto a las reglas de un juego por mutua conveniencia<sup>44</sup>:

“La justicia es pensada como un pacto entre egoístas racionales cuya estabilidad depende de un acto de poder... la aceptación por parte de los participantes del deber de jugar limpio en una práctica común es un reflejo cada persona de las aspiraciones de las demás a ser tomadas en cuenta en su actividad conjunta”

La constante en el pensamiento de estos autores es como crear sistemas de organización social sobre los cuales sustentar la idea de justicia como orden por oposición al desorden o anomia social; un orden que sea además sustentable y no meramente coactivo a través de convenciones sociales y por ende sobre la base de la racionalidad; pero como se ha venido sosteniendo esta racionalidad es limitada.

*El paradigma de la racionalidad absoluta: el paradigma de Hércules en la toma de decisiones en general y en la toma de decisiones judiciales en la impartición de justicia*

En su célebre obra *el imperio de la ley (Law's Empire)* Ronald Dworkin plantea lo que se denomina como el paradigma de Hércules, donde a través de una metáfora donde contraponen la hermenéutica tradicional (Hermes) frente a Hércules, quien cree que existe una mejor solución posible a cada caso concreto o mejor dicho una mejor justificación posible<sup>45</sup>:

“Pero esto nos lleva poco a poco a la idea de Hércules de que los estatutos deben interpretarse en la forma en que surja de la mejor interpretación... pero los estatutos son

<sup>44</sup> Barry, Brian, *Teorías de la Justicia*, 1ª Edición, Barcelona, España, 1995

<sup>45</sup> Dworkin, M. Ronald, *El imperio de la ley*, 2ª Edición, Barcelona, Gedisa, 1992, Pág. 239



diferentes de las decisiones judiciales por lo tanto Hércules no está tratando de alcanzar lo que considera el mejor resultado sustantivo sino encontrar la mejor justificación posible”

La noción herculánea de Ronald Dworkin como puede verse parte de una concepción de racionalidad absoluta, es decir de la noción de que el juez en este caso Hércules, posee toda la información y conocimientos necesarios para dilucidar sin errores la mejor solución o en su terminología hermenéutica la mejor justificación.

### *La justicia en un entorno de racionalidad limitada: sistemas procedimentalizados*

El hecho de que la noción de justicia entendida como un orden social creado en base convenciones sea el fin teleológico de los sistemas jurídicos en un entorno de racionalidad limitada implica la creación de la posibilidad de que el fin buscado de la justicia no se alcance en ciertas ocasiones; con la finalidad de garantizar la consecución del fin deseado, la justicia se han creado instituciones y procesos que aseguren su consecución y la impartición de justicia. Como ya lo había evidenciado Bruno Celano de la Universidad de Alicante en España al sostener la existencia entre la noción de la justicia procedimental pura y la teoría del derecho, donde destaca que<sup>46</sup>:

¿Cómo se configura desde el punto de vista de una teoría nomodinámica la relación entre justicia y procedimientos? El derecho es una institución que transforma o al menos tiende a transformar, la solución de todo problema de justicia en una cuestión de ejecución de procedimientos determinados...El derecho tiende a llevarla a cabo pero la transformación nunca es completa. No solamente porque el Derecho proporciona, además de especificaciones relativas a órganos y procedimientos de decisión, también criterios sustanciales de juicio, susceptibles de valoración desde el punto de vista de una teoría normativa de la justicia

### *El derecho dúctil: contenido axiológico no jerarquizado*

Lo que detalla Celano es la consecuencia natural de la racionalidad limitada en los procedimientos desde una perspectiva de la justicia como fin teleológico del derecho. Esta circunstancia ha conducido al establecimiento de teorías procedimentalizadas de la justicia y su impartición que ante la conciencia de que los sistemas positivos son insuficientes y en el entendido de que es factible el error en la impartición

---

<sup>46</sup> Celano Bruno, *Justicia procedimental pura y Teoría del Derecho*, Doxa, cuadernos de Derecho, No. 24, Universidad de Alicante, España, 1989.



de justicia. Por este motivo Gustavo Zagrebelsky propone superar la concepción de racionalidad absoluta que caracterizo tanto a los paradigmas de la ciencia en general como a los de la ciencia del derecho en particular y sus sistemas jurídicos al transitar del estado de derecho al estado constitucional que a diferencia del estado liberal axiomático sea dúctil, esto es flexible.

Para sustentar este punto de vista es necesario acreditar que:

- i) La ciencia jurídica partía de la consideración errónea de que la racionalidad era absoluta y fundó sistemas normativos axiomatizados.
- ii) Que por tal motivo no generó las bases epistemológicas que permitieran subsanar la visión parcial del conocimiento que se traducía en sistemas racionales fallibles; simplemente por que no se planeo la posibilidad de que pudieran fallar.
- iii) De la visión de la sociedad como sistema abierto y por consiguiente que el derecho es un fenómeno universal pero sustentado en racionalidad limitada dadas las características del sistema; entonces la justicia es el fin teleológico del derecho ¿pero bajo que perspectiva científica?
- iv) La propuesta de derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky resuelve el problema de los sistemas axiomatizados al establecer no solo la necesaria base axiológica sino estableciendo que no existe entre los elementos axiológicos jerarquías. Esto es exactamente congruente con la visión de sociedad como sistema abierto y plantea una nueva conceptualización del principio de legalidad contextual conforme a la teoría de la argumentación jurídica, empero es necesario dotar dicha concepción de una base científica conforme al paradigma de sistemas, es menester crear una epistemología y metodología para una nueva concepción de ciencia del derecho y una teoría integral que funde la concepción dúctil y contextual de Gustavo Zagrebelsky.

### *Una nueva concepción de la justicia*

La justicia es en efecto darle a cada quien lo que le corresponde, pero en términos contingenciales, es decir considerando las particularidades de cada caso concreto. Esta concepción de justicia como orden social dinámico y situacional es factible de sustentar en términos axiológicos sobre la citada teoría del derecho dúctil firmemente sustentada –a su vez- sobre la teoría general de sistemas y en particular en la teoría de los juegos. Desde esta óptica puede explicarse en términos científicos por que la ductilidad de la concepción de justicia particularizada en forma circunstancial es en efecto



parte de la subjetividad pero no de la arbitrariedad. Lo justo es pues dar a cada quien lo que le corresponde en cada caso a efecto de mantener el orden dinámico de la sociedad sustentada en normatividad racional no absoluta mediante la mejor opción para cada caso concreto de las alternativas de solución.





## CAPÍTULO 5 LA NUEVA SCIENTIA IURIS

Albert Einstein sostenía hacia fines de la década de los cuarentas: Es necesaria una nueva forma de pensar para resolver los problemas creados por la vieja forma de pensar. En el marco del año mundial de la física correspondiente al año dos mil cinco, la doctora Margarita Olvera Serrano, en su calidad de investigadora del área de sociología en la Universidad Autónoma Metropolitana hizo notar que una de las contribuciones más importante de Albert Einstein, prominente físico del siglo veinte, fue plantear que la ciencia y el conocimiento producido con arreglo a la misma se encuentra distante de ser una fuente segura de certeza, en sus términos la propia investigadora expone<sup>1</sup>:

La obra de Albert Einstein permitió superar de manera definitiva la cómoda y segura imagen de la ciencia como proveedora de certeza, de conexiones causales unívocas y de la realidad como un todo ordenado y regulado por leyes...

...Después de Einstein las medidas del tiempo y del espacio son relativas. Sabemos que dependen de de la posición del observador y que no hay uno privilegiado, pero tampoco espacio ni simultaneidad absolutos...

...Este asunto, apuntó la docente, es uno de las aportaciones de la obra del físico alemán al ámbito de las ciencias sociales, ya que la ciencia posteinsteiniana muestra que la realidad tiene múltiples dimensiones. En estas condiciones tanto el físico como el sociólogo y el antropólogo tienen que preguntarse cuales son los fenómenos observables en determinados campos, que clase de descripciones y mediciones pueden hacerse, cuales son las leyes relativas a esos fenómenos y como el observador modifica lo observado

La cita antes trascrita da cuenta de la crisis del pensamiento racionalista y positivista (de la era del iluminismo y la razón) en la ciencia contemporánea que contrario a lo sustentado por el paradigma racional-positivista se aparta de la noción de la ciencia como fuente de conocimiento científico inmutable, de certeza absoluta y proveedor de leyes que regulan previsiblemente la realidad; la ciencia actualmente parte de la relatividad del conocimiento científico, en un verdadero cambio paradigmático que

---

<sup>1</sup>Olvera Serrano, Margarita, *La ciencia post-Einstein muestra una realidad social multidimensional*, El semanario de la UAM, Universidad Autónoma Metropolitana, Vol. XI Núm. 36, México, D. F. 16 de mayo de 2005, órgano informativo semanal de la Universidad Autónoma Metropolitana, Pág. 7



revolucionó el pensamiento de la ciencia al considerar ahora que el conocimiento no es absoluto toda vez que la realidad es multidimensional, es decir se integra por múltiples factores en constante interacción. Esta transformación impactó evidentemente las bases epistémicas y metodológicas de las ciencias en general, de las ciencias sociales en particular y por supuesto los esfuerzos para establecer una ciencia del derecho, en términos de la autora en cita<sup>2</sup>:

Los investigadores se encuentran en el proceso de comprender que la ciencia es una actividad abierta, en permanente construcción y que el saber producido por ella no es absoluto, pues posee una cualidad de probabilidad. En un contexto post einsteniano, las ciencias sociales también han reflexionado sobre sus bases metodológicas y teorías iniciales: contrastaron sus supuestos con la realidad empírica, transformaron sus conceptos al ámbito de lo relativo y reconocen ya que la realidad social es múltiple, compleja e inabarcable." Lo anterior, debido a que el observador tiene diversas posibilidades de construcción de sus objetos, a que el pluralismo metodológico es más pertinente que la pretensión de homogeneidad y a que sus explicaciones son probabilísticas...

...Con la perspectiva que ofrece la distancia temporal podemos comprender, en retrospectiva que quería decir Einstein cuando afirmaba que la ciencia es el intento de construir a posteriori lo que existe por medio de la conceptualización

Esta revolución paradigmática en el pensamiento científico por medio de la cual se trasciende el paradigma racionalista absoluto de leyes inmutables por otro de la realidad compleja; de leyes relativas y donde las relaciones causales unívocas son sustituidas por leyes de probabilidad ya han sido evaluadas en las ciencias sociales; sin embargo estas ideas epistemológicas aun no encuentran vigencia en el estudio del derecho; aun y cuando en más de un ocasión se ha evidenciado las limitaciones de este postulado racionalista en el derecho.

Desde esta óptica -es de señalar que quizá como plantea Einstein en el epígrafe que abre el presente apartado- probablemente se necesita en la ciencia del derecho una nueva forma de pensar para resolver los problemas causados por la vieja forma de pensar (el positivismo jurídico). Esto es una nueva ciencia jurídica y por tanto también una nueva teoría del derecho que resuelva los problemas tanto prácticos

---

<sup>2</sup> Olvera Serrano, Margarita, *La ciencia post-Einstein muestra una realidad social multidimensional*, El semanario de la UAM, Universidad Autónoma Metropolitana, Vol. XI Núm. 36, México, D. F. 16 de mayo de 2005, órgano informativo semanal de la Universidad Autónoma Metropolitana, Pág. 7





como metodológicos a que dio lugar el anterior paradigma racional positivista en el derecho; inquirir tal planteamiento paradigmático, sus bases epistemológicas y la metodología es necesario para dar lugar a una nueva teoría del derecho que trascienda las limitaciones teórico-prácticas del derecho, limitaciones que como se ha venido sosteniendo es pertinente trascender a efecto de que el derecho vuelva a cumplir con los fines que la sociedad ha puesto bajo su responsabilidad.

En lo sucesivo se expondrá una propuesta paradigmática que sustente una teoría integral y no atomizada del derecho, con una epistemología y metodología que transforme la práctica del derecho a efecto de que se responda a los requerimientos de las sociedades en la postmodernidad.

### 5.1 PARADIGMA DE SISTEMAS

La teoría general de sistemas del teórico alemán Ludwig Von Bertalanffy; como ya se dijo parte epistemológicamente hablando de un paradigma holístico; que implica abarcar la realidad en estudio en forma lo más integral posible considerándola no un conjunto de partes aisladas sino un fenómeno continuo; para ello generó una metodología transdisciplinaria en base a los isomorfismos sistémicos de los fenómenos y de las ciencias; esto es el modelo de sistema que permite estudiar los distintos sistemas y en un momento dado la interrelación entre éstos a través de la cibernética mediante la metodología de análisis de sistemas.

#### *De la simplicidad a la complejidad*

La teoría general de sistemas parte de una concepción holística y no atomizada de los fenómenos; es decir que en vez de estudiarlos mediante la descomposición de sus partes en forma analítica; persigue entender como esas partes se interrelacionan entre sí y respecto de otros sistemas. La idea de que existen distintos sistemas en interacción conduce necesariamente a la noción de complejidad; pues las relaciones que pueden suscitarse entre las distintas formas en que pueden interactuar los sistemas son diversas y además versátiles y dinámicas la mayor parte de las veces no susceptibles de predicción determinista



### *La superación del determinismo*

El determinismo que se proyectaba en las ciencias como producto del principio de causalidad; la noción de certeza, de predictibilidad, infalibilidad e inmutabilidad del conocimiento científico que de ella devienen es válida solo en principio y si se considera que en los fenómenos se suscitaran en forma aislada los unos de los otros.

En efecto, vistos en forma aislada los fenómenos deterministas son simples, causales, lineales y predecibles; sin embargo la interacción de los fenómenos deterministas entre sí da lugar a una complejidad –fundamento de los sistemas que interactúan entre sí– cuya resultante no es obvia, ni simple, ni predecible: da lugar a la plausibilidad, a la probabilidad como resultado de la complejidad y no a la mera causalidad: a un grado de incertidumbre.

### *Complejidad e incertidumbre*

En la medida en que los elementos de los sistemas y/o los sistemas mismos aumentan; la cantidad de posibles interacciones entre ellos aumenta; de modo que a la complejidad de un fenómeno corresponde una relación directamente proporcional con el grado de incertidumbre, esto es que a mayor complejidad corresponde mayor incertidumbre.

En la complejidad no existe un resultado unívoco sino distintas alternativas; lo que conduce a la superación del paradigma racionalista de la certeza absoluta. El principio de causalidad fue concebido como un mecanismo unívoco por ende es insuficiente para explicar fenómenos complejos multidimensionales y multifactoriales; consecuentemente el instrumental metodológico del racionalismo aporta muy poco para el estudio de la complejidad; la lógica formal y su razonamiento deductivo unívoco simple y llanamente no operan en el entorno de los fenómenos complejos.

### *Dialéctica de los fenómenos complejos: la Dialéctica del derecho*

Los fenómenos complejos son necesariamente dialécticos en toda la extensión del término; pues por una parte las relaciones multifactoriales que se suscitan en ellos se influyen recíprocamente y por otra; esa influencia recíproca provoca tanto la transformación de los factores como del fenómeno en su



conjunto; de modo que se encuentra en constante movimiento y transformación; es dinámico. O como decía Heráclito: una persona nunca se baña dos veces en el mismo río<sup>3</sup>.

Evidentemente; los fenómenos dialécticos no pueden abordarse desde la lógica lineal, y unívoca de la metodología deductiva, requieren una metodología propia. Esta es una conclusión aplicable para el caso del fenómeno jurídico; cuya multidimensionalidad y consecuente complejidad encuentran fundamento en la intersubjetividad de los elementos que constituyen a la sociedad en un entorno versátil y cambiante enmarcado en la racionalidad limitada como se ha apuntado con antelación a efecto de mantener un orden dinámico, un equilibrio de tipo asimismo dialéctico.

## 5.2 METODOLOGÍA DIALÉCTICA

La metodología dialéctica surge en contraposición con la metodología positivista tradicional sustentada en la lógica formal que predomina en el pensamiento jurídico y que Ulrich Klug detalla en su obra lógica jurídica (*Juristische Logik*) en los siguientes términos<sup>4</sup>:

Si se sigue la terminología adecuada y inequívoca de Scholz, y se parte como concepto superior, de una teoría de la ciencia, entendida como la doctrina sobre el instrumento que permite lograr el saber científico en su sentido más amplio, se puede llamar lógica formal a aquella parte de esa teoría que en que se formulan las reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier ciencia, y que proporciona al mismo tiempo todo lo necesario para formular con exactitud dichas reglas. Es apropiado calificar a esa teoría como formal, puesto que ella indica como, a partir de proposiciones que están dadas de antemano, se pueden extraer otras que no lo están...

---

<sup>3</sup>Nota bene. Con esta afirmación Heráclito buscaba evidenciar la constante transformación de los entes; transformación que denominó dialéctica. En cierto sentido, Heráclito fue uno de los iniciadores de la metafísica griega, aunque sus ideas se derivan de las de la escuela jónica de la filosofía griega. Consideraba el fuego como la sustancia primordial o principio que, a través de la condensación y rarefacción, crea los fenómenos del mundo sensible. Heráclito incorporó a la noción de "ser" de sus predecesores el concepto de "devenir" o flujo, al que consideró una realidad básica subyacente a todas las cosas, incluso a las más estables en apariencia. Para aclararlo, afirmaba que una persona no podía bañarse dos veces en el mismo río.

Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>4</sup> Ulrich, Klug, *Lógica jurídica*, Editorial Themis, Bogota, 1990, pág. 1



### *El método axiomático en términos lógicos*

En la perspectiva de Ulrich Klug, el método axiomático- precisamente el que criticaba Chaim Perelman- puede ubicarse al centro de la metodología jurídica en los sistemas jurídicos positivista concebidos mediante la mera formalización; dominados por principios de la lógica deductiva que conducen a verdades unívocas e inequívocas; de modo que puede a partir de la lógica proposicional generar un sistema axiomático donde en base a simples proposiciones reducidas a axiomas puede deducirse la aplicación de un principio general-axioma- a un caso concreto<sup>5</sup>:

En la lógica de Portroyal, Pascal describe los rasgos fundamentales de lo que él llama el método perfecto, que si fuera realizable, permitiría demostrar en forma acabada las verdades... Resulta singular que en la historia de las ciencias, especialmente en el de la misma lógica, a partir de la doble idea, por una parte de la inatabilidad de aquel método perfecto, por otra parte sobre la necesidad del compromiso entre ese ideal inalcanzable y las posibilidades reales, se haya tardado tanto en desarrollar el método que finalmente la teoría lógica moderna ha presentado como método axiomático.

Ahora bien, dicho brevemente, el método axiomático consiste en la ordenación de las proposiciones y conceptos de un campo cualesquiera del siguiente modo: aa) se establecen sin demostración ciertas proposiciones-los axiomas-. Todas las proposiciones se demuestran como teoremas en un proceso paso a paso – las demostraciones en cadena- a partir de los axiomas y por aplicación a determinadas reglas de prueba.

### *Los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercer excluido en la lógica formal*

La demostración en cadena del método axiomático es deductivo-inferencial sobre ciertas reglas de prueba. Las reglas de prueba a que alude Ulrich Klug son el principio de identidad, de no contradicción y tercer excluido. Por cuanto hace a la violación de las leyes del pensamiento en el mundo del derecho el lógico sostiene<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> Op. Cit. Pág 18-20

<sup>6</sup> Idem, pág 201-202



En las reflexiones que siguen, enfocamos estas dos esferas del problema, manteniendo en gran parte la forma de expresarse de los juristas y hablando de leyes del pensamiento, si bien esta expresión no designa algo distinto de las leyes de la lógica.

1.-Que el jurista debe argumentar de manera lógicamente correcta, no solo es una máxima general válida para todo ámbito donde se utilizan fundamentaciones de tipo racional. Se trata más bien de una exigencia que tiene suma importancia para el derecho procesal, por que en el moderno estado de derecho las decisiones judiciales nunca pueden carecer de fundamentación. En muchos casos, como sobre todo sucede cuando se trata de los fallos del derecho europeo continental, esos fundamentos deben incluso mencionarse en forma expresa y por escrito.

### *Reducción al absurdo o Reduccionismo*

Es decir, en un primer momento es evidente que Ulrich Klug no distingue la lógica formal de la lógica deóntica; que la aplicación solamente lógica conforme a las leyes del pensamiento, es decir los principios de identidad, no contradicción y tercer excluido se orientan a una verdad unívoca en base aun pensamiento dicotómico del tipo cierto/falso; bueno/malo; si/no que es necesariamente reduccionista y presupone que existe solo una posible respuesta correcta. Es una metodología inspirada en el determinismo del principio de causalidad.

Está de más subrayar que este tipo de razonamiento unívoco es insuficiente para explicar fenómenos complejos como el derecho; de hecho la lógica deóntica no podría sustentarse en tal razonamiento deductivo; so riesgo de conducir a simplificaciones absurdas: a lo que históricamente se ha conocido en derecho como juicios salomónicos, que llevan hasta las últimas consecuencias una máxima o principio sus ponderar sus efectos, el más claro ejemplo de racionalidad absoluta: de irracionalidad absoluta<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. Hecho bíblico narrado en el libro primero de los Reyes. Dos mujeres acudieron ante el rey israelita Salomón para que arbitrara en una disputa que mantenían. Ambas habían tenido un hijo, pero uno de los niños murió y cada una de ellas reclamaba ahora como suyo el que quedaba vivo. Salomón ordenó que el niño fuera cortado por la mitad con una espada y que se entregara a cada mujer una de las mitades. La primera estuvo de acuerdo con esta solución, mientras que la segunda prefirió que no se ejecutara tal sentencia y que el pequeño fuera entregado a su rival. El Rey afirmó entonces que, con certeza, esta última era la verdadera madre del niño, pues, guiada por el amor maternal, había optado por renunciar a su custodia para que conservara la vida. Este famoso pasaje de la Biblia pasó a la posteridad como ejemplo de sabiduría. Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.



### *Los juicios salomónicos*

Jon Elster demuestra como el hecho de pretender racionalidad absoluta –es decir verdades unívocas– conduce en última instancia a la irracionalidad, particularmente en el ámbito del derecho, pues Kenneth Minogue explicó que tal idea es propia más de las ideologías y de los dogmas<sup>8</sup> que de la ciencia. Los juicios salomónicos en el derecho y en otras disciplinas ocurren por la noción de racionalidad absoluta que conlleva a la generalización las más de las veces infundadas; este suceso es claramente explicado por la noción de extrapolación<sup>9</sup>:

The new scientific revolution: the danger of extrapolation. Ever since science came into its own in the sixteenth and seventeenth centuries the average working scientist has professed skepticism about the finality of the law of nature, but in practice he has been conservative in his idea. He has said that no law of nature is necessarily absolute, that there may always be limitations, and that any law may have to be modified or abandoned in the light of new knowledge. However, when he comes to his daily work, he has assumed that the laws he already knows are valid in any new situations and he has been reluctant to abandon any principle that seems to be well established... One situation where caution has been specially called necessary is in extrapolation, that is, in applying knowledge that has been gained on one scale of size or of time to a different scale...

Como se desprende de la cita, la extrapolación de hipótesis de un entorno a otro, presumiendo que son válidos universalmente, es particularmente erróneo en el ámbito del derecho. En principio la idea de repartir entre dos personas a mitades es razonable más no así en el contexto que propone Salomón; no al precio de una vida; es importante considerar el contexto, es importante ponderar y poder reflexionar los efectos de una decisión: exactamente lo que permite la subjetividad.

---

<sup>8</sup> Nota bene. Considérese que el simple término dogma (del griego doxa) refiere a una concepción determinista e inflexible, que además de tener toda la lógica dicotómica del reduccionismo racionalista tiene la característica de univocidad y exclusión; pero más allá implica una idea del todo subjetiva y más bien arbitraria. El dogma es una pretendida verdad que no es objeto de comprobación ni siquiera de cuestionamiento, simplemente se obedece. En términos jurídicos la simple denominación de dogmática jurídica debería ilustrar a este respecto y más aun: la norma hipotética fundamental de Hans Kelsen reviste toda la forma y sustancia no de un paradigma sino de un dogma: no se infiere su origen, no se comprueba simplemente se obedece sin importar si conlleva a la irracionalidad como evidencio el régimen nazi en Alemania.

<sup>9</sup> Grayson-Smith, Hugo, *The changing concept of science*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1967, pág. 592



### *La revalorización de la subjetividad*

Si los racionalistas o los positivistas hubieran entendido la subjetividad en vez de pretender eliminarla; habrían entendido que la racionalidad es limitada y que difícilmente una norma o principio jurídico será la mejor opción de solución de conflictos todo el tiempo y en cualquier ocasión dada la versatilidad tanto de la conducta humana como de sus sociedades<sup>10</sup>. Existen generalmente más de una solución a los conflictos sociales, de modo que elegir la mejor de ellas para cada caso concreto es contingencial, es decir depende como correctamente establecen los hermenéutas del contexto.

La subjetividad es un fenómeno conductual que se explica por la naturaleza dialéctica de las sociedades, es una forma de adaptación contingencial idónea para un entorno cambiante: la base de la ponderación; de la toma de decisiones.

### *Los sistemas expertos: la derrota de la razón absoluta*

Los sistemas expertos en el ámbito de las múltiples aplicaciones de la cibernética, en particular de la informática, se conocen como un desarrollo informático tendiente a la inteligencia artificial constan de una base de datos y un programa de procesamiento lógico-deductivo sobre las bases de sus datos axiomáticamente organizados<sup>11</sup>:

“Logic programming languages and the first order predicate logic (flor) and, in particular a restricted logic named horn (clauses this limits the power to querying, retrieving deducing and related operations over a static collection of facts using theorem proving methods on rules”

Los sistemas expertos son exactamente lo que los legisladores de la exégesis francesa querían: un mero aplicador lógico por subsunción de sistemas axiomatizados de normas absolutamente objetivos conforme al principio *in claris non fit interpretatio*. Su implementación solo probó dos cosas en el ámbito jurídico:

---

<sup>10</sup> Cf. la idea de ductilidad del derecho en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999

<sup>11</sup> Mutjaba, M., *Applications of neural networks and other learning technologies in process engineering*, Imperial College press, Singapore, 2001



- a) La racionalidad tiene límites
- b) Ignorar los límites de la racionalidad conduce necesariamente a la irracionalidad *in extremis* fenómeno sumamente conocido en el ámbito jurídico como juicios salomónicos e *in fine* a la injusticia.

*¿Por qué fallaron los sistemas expertos en el ámbito jurídico?*

Los sistemas expertos reprodujeron perfectamente las condiciones del racionalismo, en particular su tendencia al reduccionismo mediante un modo excluyente y dicotómico de razonar; en efecto el código binario de falso/verdadero de la lógica proposicional fue trasladado al entorno informático también en un código binario de ceros y unos. Esta programación en los sistemas expertos solo hicieron más notorio que no existen respuestas unívocas<sup>12</sup> para los fenómenos complejos; es decir que fallaron por que se les programo sobre la racionalidad absoluta.

#### *Paradojas y dicotomías*

En efecto la aplicación irrestricta y lógica de principios generalizados por regla general conduce a absurdos; la existencia de los dilemas y las paradojas lógicas demuestran las limitaciones intrínsecas de sistemas axiomáticos constituidos sobre código dicotómicos excluyentes; es decir en el ámbito jurídico al absurdos e injusticias. La racionalidad dicotómica conduce en última instancia a paradojas, el pensamiento dicotómico simple y llanamente no comprende que dos opciones distintas no necesariamente se excluyen sino que pueden coexistir e incluso influenciarse mutuamente en distintos o iguales contextos.

#### *De la lógica formal deductiva a la lógica difusa*

El concepto de racionalidad limitada sustituyó al de racionalidad absoluta en sistemas abiertos y dinámicos necesariamente complejos; lo que en términos de lenguaje implicó el tránsito de la concepción de la lógica formal deductiva a la denominada lógica difusa<sup>13</sup>; en la que la certeza que

---

<sup>12</sup> En la concepción unívoca descansa la unidimensionalidad de la racionalidad absoluta.

<sup>13</sup> Nota bene. La Lógica difusa o Lógica fuzzy, en informática, forma de lógica utilizada en algunos sistemas expertos y en otras aplicaciones de inteligencia artificial, en la que las variables pueden tener varios niveles de verdad o falsedad representados por rangos de valores entre el 1 (verdadero) y el 0 (falso). Con la lógica fuzzy, el resultado de una operación se puede expresar como una probabilidad y no necesariamente como una certeza.





caracteriza al silogismo categórico es desplazada por una lógica de probabilidades sustentada en la plausibilidad.

En efecto la no univocidad implica la pluralidad de alternativas y por ende la plausibilidad acerca de cada una de ellas en forma probabilística, es decir plausible; por este motivo se transita de la certeza absoluta a la probabilidad.

#### *De los sistemas expertos a las redes neuronales*

A diferencia de los sistemas expertos (*expert system*); las redes neuronales (*neural network*); evidencian que el razonamiento no es lineal sino dialéctico diseñado a semejanza de las neuronas y su estructura en red con múltiples nodos como el cerebro mismo<sup>14</sup>:

“The brain is a highly complex, non linear and parallel computer”

Simon Haking se refiere al cerebro, cuya arquitectura orgánica inspira a las redes neuronales como altamente complejo, no lineal y funcionando en paralelo; es decir un mecanismo dialéctico de interrelación endógena y exógena, capaces de efectuar razonamientos y aprendizajes simples<sup>15</sup>:

“Artificial neural networks are inspired by the architecture of biological nervous systems which consists of a large number of relatively simple nervous cells or neurons that functions in parallel to facilitated rapid decisions. Likewise neurocomputers or artificial networks consists of a large number of primitive computational elements which are arranged in a massive parallel structure. These elements are connected by means of artificial sinapsys which are characterized by a matrix of weights or numeric values, which can be adjusted by a learning process”

#### *El modelo dialéctico de François Ost y Michael Van de Kerchove*

---

Por ejemplo, además de los valores verdadero o falso, un resultado puede adoptar valores tales como probablemente verdadero, posiblemente verdadero, posiblemente falso y probablemente falso.

<sup>14</sup> Haking, Simon, *Neural network*, Second Edition, Prentice-Hall, New York, 1999, page. 1

<sup>15</sup> Mutjaba, M., *Applications of neural networks and other learning technologies in process engineering*, Imperial College press, Singapore, 2001.



Situados en el entorno paradigmáticos de la teoría de sistemas y partiendo de la complejidad del fenómeno jurídico; François Ost y Michael Van de Kerchove proponen una metodología dialéctica para el estudio del derecho, que presupone la superación del razonamiento dicotómico y sus leyes de pensamiento (principio de identidad, no contradicción y tercer excluido) anclados en la lógica formal<sup>16</sup>:

"Syllogistic reasoning"? If, as is undoubtedly the case, lawyers have not yet taken leave of formal logic, they are at the same time obliged to take into account the logical systems relating to whatever is probable, reasonable or commensurate: a gradualist and comparative logic that no longer limits itself to bipartite divisions, but which explores the frontiers of the law so as to arrive at a finer adjustment of the scales of justice."

Como establecen los autores de la Universidad de Saint Louis en Bélgica, el razonamiento silogístico ha sido la constante en el mundo jurídico; sin embargo este no es suficiente actualmente, es necesario como establecen los teóricos tener en cuenta además la lógica propia de los sistemas interrelacionados; es decir lo probable, lo razonable; una lógica gradual y comparativa que no se limite a divisiones bipartitas (dicotómicas) sino que más bien explore las fronteras del derecho mediante una escala que le permita ajustarse a los imperativos de la justicia. François Ost y Michael Van de Kerchove proponen una teoría dialéctica que responda a la complejidad del fenómeno jurídico mediante la dialéctica.

### *Diversidad versus Homogeneidad*

Asimismo, se explica en la teoría dialéctica de los autores las razones por las cuales el modelo de lógica formal, lineal y deductiva no prospera en la postmodernidad; al seno de sociedades que no presentan valores homogéneos que son por el contrario tienden la diversidad propia de la heterogeneidad<sup>17</sup>:

"As for the "homogeneous values", what is left of these now that laws everywhere must answer to the rights of individuals and of groups, rights which themselves have been overrun by the rising power of recognized interests in our societies, which are both individualist and pluralist?"

Finalmente, en su propuesta François Ost y Michael Van de Kerchove plantean el centro de la problemática: el razonamiento dicotómico que alcanza en el ámbito de la lógica formal deductiva dimensiones francamente maniqueas; que reducen las posibilidades del derecho de dar respuesta a las cada vez más diversas demandas sociales como resultados de la complejidad de las estructuras

---

<sup>16</sup> Ost François y Van Der Kerchove, François, *constructing the complexity of law: towards a dialectic theory*, Saint Louis University; Belgium.

<sup>17</sup> Op.Cit. Pág 3



sociales, conduciendo a paradojas insuperables en razón de que el derecho no tiene ya control absoluto del código legalidad/ilegalidad; por lo que pierde el acceso directo a los hechos que debería controlar por que las normas que deberían reducir y controlar conductas y conflictos se han vuelto el centro generador de los conflictos<sup>18</sup>:

But complexity is perhaps even more radical than is suggested by this patchwork of sources and concepts. It takes on something of a paradox as soon as we realize that the law does not have complete control over the code of legality and illegality which it nonetheless administers (what, then, is the source of legality?), that it has no direct access to the facts that it nonetheless controls, that its boundaries, leaky and reversible, are both internal and external, that the rules which it sets up to reduce conflict and influence behavior are themselves the subject of permanent conflict, that the actors in the judicial drama are both partners and opponents, that knowledge of the law implies a position both inside and outside of it, and that law's legitimacy depends both on the consensus in its favor and on the possibility of dissension to which it accommodates itself.

#### *La bipolaridad de los errores*

Como se expone con claridad en la teoría dialéctica del derecho, las paradojas y demás anomalías lógicas que representan una verdadera afrenta desde el punto de vista de la teoría del derecho y la dogmática jurídica, tiene su origen en lo que el autor denomina punto de vista de las teorías clásicas que continúan excluyendo cualquier tercer opción (principio de tercer excluido). En la óptica de los autores François Ost/ Michael Van de Kerchove esta circunstancia ha conducido a lo que denomina en alusión Gastón Bachelard como la bipolaridad de los errores; que implica ante una visión reduccionista y maniquea pasar de un error para caer inmediatamente en el error opuesto o manteniéndose en una permanente oscilación; es decir en una permanente dicotomía; específicamente Bachelard se queja de la dicotomía empirismo-racionalismo y plantea una idea mixta más no ecléctica: el racionalismo aplicado<sup>19</sup>, que vincule teoría y praxis<sup>20</sup>:

---

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> Una idea muy semejante a la sostenida por Abbas respecto de la metodología mixta cuantitativa-cualitativa y a la concepción de hermenéutica de fenomenología de Martin Heidegger. Es decir la idea de evitar la pureza metodológica inherente a una visión dicotómica de opuestos excluyentes.

<sup>20</sup> Ost François y Van Der Kerchove, François, *Constructing the complexity of law: towards a dialectic theory*, of Law Saint Louis University; Belgium.



All these facts certainly constitute so many anomalies, paradoxes and logical affronts from the viewpoint of the classic theories which continue to preclude any third term. Based soundly on the principles of identity and of non-contradiction, classical thinking excludes any third term. It is therefore locked up in systems of irreducible opposition, condemned either to monism or to dualism or to unending oscillation between one pole and the other. Gaston Bachelard has described this reality well in arguing that scientific thought was characterized by the law of the "bipolarity of errors". It is in fact as if the mind can only escape from one error by falling immediately into its opposite, in a sort of pendulum movement of which the history of science provides many examples. As a theoretician of the exact sciences, Bachelard was attacking more particularly the permanent oscillation between empiricism and rationalism, while calling personally for a "rational materialism" or an "applied rationalism".

Como se desprende de la cita, el error de entender a los sistemas jurídicos como estructuras lógicas es frecuente en los positivistas de orden formalista inspirados en Hans Kelsen, en su concepción formal positiva del derecho<sup>21</sup>:

Weber, al cual podemos recurrir para explicitar la función de la jurisprudencia dogmática, dice: «Cuando se habla de 'derecho', 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: ¿qué significación?, o, lo que es lo mismo, ¿qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formulación verbal que se presenta como norma jurídica? Por el contrario la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquéllos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran subjetivamente como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica. La tarea de la Ciencia Jurídica (de modo más preciso la Jurídica-Dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; es decir, de investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de su subsunción. Procede de tal suerte en esta tarea que, partiendo de su indiscutible validez empírica trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción.

---

<sup>21</sup> Isonomia, itam, num. 10, México, 2000, Pág. 14



### *La dialéctica sin síntesis*

François Ost y Michael Van de Kerchove –sobre la crítica del modelo de razonamiento del racionalismo clásico, reduccionista y dicotómico –proponen entender que entre los polos de la dicotomía en realidad existe una relación de tipo dialéctica, de modo que más que confrontarse; los aparentes opuestos más bien parecen influenciarse recíprocamente en una relación dinámica y por lo tanto cambiante: una relación dialéctica; pero contrario a la habitual concepción dialéctica del mundo alemán, en particular la de Hegel<sup>22</sup>; la relación dialéctica ni cancela necesariamente uno de los polos ni existe una tercer resultante que cancele los dos polos anteriores: se da la dialéctica sin síntesis.

Esto implica que el número de posibilidades se incrementa en vez de reducirse como resultado de las variaciones dinámicas de la dialéctica; esto es la generación continua de nuevas posibilidades en vez de paradojas irreductibles, es decir la idea de superación del pensamiento axiomático ensimismado en sí, replegado en un ostracismo insuperable; o como planteaba Jacques Derrida la posibilidad de superar las paradojas en los sistemas legales por deconstrucción, es decir por la ampliación de los horizontes jurídicos.

### *El eslabón perdido*

Como se deduce fácilmente del contexto de esta investigación; la dialéctica sin síntesis propuesta por François Ost y Michael Van de Kerchove no solo representa la superación del reduccionismo dicotómico del racionalismo y de la idea reduccionista de la dialéctica hegeliana, sino que firmemente sustentada en la teoría de sistemas; representa un eslabón integrador entre la teoría general de sistemas representada por sus modelos isomórficos de sistemas abiertos y La metodología mixta planteada por Takassori Abbas (cualitativa-cuantitativa) que permitan en el espacio jurídico aspirar a una teoría prescriptiva y descriptiva del derecho; la condición necesaria para una nueva concepción de ciencia del derecho y una teoría integral del derecho.

---

<sup>22</sup> Nota bene. Tradicionalmente el método dialéctico se basa en que el movimiento, proceso o progreso, es el resultado del conflicto entre opuestos. De forma tradicional, esta dimensión del pensamiento hegeliano se ha analizado en términos de tesis, antítesis y síntesis. A pesar de que Hegel no utilizó dichos conceptos, resultan muy útiles para comprender su visión de la dialéctica. La tesis puede ser una idea o un movimiento histórico. Tal idea o movimiento presenta carencias que dan lugar a una oposición o antítesis, que genera una conflictividad interna. Como resultado de este conflicto aparece un tercer punto de vista, una síntesis que supera el conflicto conciliando en un plano superior la verdad.



Esta circunstancia requiere asimismo de un nuevo marco teórico acorde con las características fenoménicas del objeto de estudio: el fenómeno jurídico circunscrito en la complejidad; nuevas bases teóricas para una nueva praxis jurídica. En lo sucesivo la investigación se orientará al marco teórico de la nueva *scientia iuris* en este nuevo entorno paradigmático, epistémico y metodológico.

### 5.3 TEORÍA DE LA DECISIÓN Y MODELOS DE TEORÍA DE JUEGOS APLICADOS AL DERECHO

La teoría general de sistemas ha generado el entorno epistémico y metodológico para el estudio de los fenómenos complejos; por su parte François Ost y Michael Van de Kerchove generaron un paradigma dialéctico que permite sustentar la metodología mixta propuesta por Takassori Abbas; es decir la doble dimensión cuantitativa y cualitativa de los fenómenos en el entorno de la ciencia; que transportado al ámbito jurídico implicaría la posibilidad de una teoría descriptivo-normativa del derecho como reclaman por igual Jürgen Habermas y Ronald Dworkin; empero este nuevo marco epistémico-metodológico implica renunciar a la idea de certeza absoluta del racionalismo; consecuentemente se requiere un nuevo entorno teórico para explicar y analizar estos fenómenos no lineales ni causales, no deterministas ni del todo predecibles.

En la esfera jurídica la complejidad deriva de la necesidad de generar normas de racionalidad limitada en un sistema abierto y dinámico, que como establecían François Ost y Michael Van de Kerchove oscila entre orden y desorden; es por tanto dialéctico: El estudio de esta dimensión multifactorial y dimensional tiene lugar en la moderna teoría de los juegos (*Game theory*).

*La teoría de los juegos: una visión al mundo no determinista de las posibilidades múltiples y las estrategias*

Hacia mediados de la década de los años cincuenta John Von Neumann<sup>23</sup> revolucionaría tanto la cibernética como la teoría de la toma de decisiones y los modelos de comportamiento humano sentando

---

<sup>23</sup> John von Neumann (1903-1957), matemático estadounidense nacido en Hungría, que desarrolló la rama de las matemáticas conocida como teoría de juegos. Nació en Budapest y estudió en Zurich y en las universidades de Berlín y Budapest. Viajó a Estados Unidos en 1930 para unirse al claustro de la Universidad de Princeton. A partir de 1933 se incorporó al Instituto de Estudios Avanzados de Princeton (Nueva Jersey). Adquirió la nacionalidad estadounidense en 1937 y durante la II Guerra Mundial ejerció como asesor en el proyecto de la bomba atómica



las bases para que posteriormente Nash estableciera los fundamentos de lo que se conocería como la teoría de los juegos.

### *Conflictos y alternativas de solución*

El conflicto<sup>24</sup> de interés es el punto de partida de la teoría de los juegos, donde las preferencias del individuo y las posibilidades y decisiones tomadas explican su conducta –siempre en un entorno de racionalidad limitada-, en términos de Duncan Luce y Howard Raiffa, investigadores de la Universidad de California en Irving y la escuela de negocios de Harvard respectivamente<sup>25</sup>:

In all of man's record there has been a preoccupation with conflict of interest; possibly only the topics of God, love, and inner struggle have received comparable attention. The scientific study of interest conflict, in contrast to its description or its use as a dramatic vehicle, comprise a small, but growing portion, of this literature. As a reflection of this trend we find today that conflict of interest; both among individuals and among institutions, is one of the more dominant concerns of at least several of our academic departments: economics, sociology, political science and others areas to a lesser degree.

Howard Raiffa no se limita a establecer la existencia de conflictos en diversas áreas de estudio como la sociología o la ciencia política, sino que precisa asimismo la intervención de la teoría de los juegos en el estudio de los conflictos de interés, con la finalidad de establecer los distintos cursos de acción que pueden presentarse y la conveniencia o no de optar las diferentes alternativas<sup>26</sup>:

It is not difficult to characterize imprecisely the major aspects of the problem of interest conflict: An individual is in a situation from which one of the several possible outcomes will result and with respect to which he has certain personal preferences. However, though he may have some control over the variables which determinate the outcome, he does not have full control. Sometimes this is in the hand of several individuals who, like him, have preferences among the

---

de Los Álamos. En marzo de 1955 fue nombrado miembro de la Comisión de Energía Atómica de los Estados Unidos.

Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>24</sup> Nota bene. Que el conflicto también es el origen del fenómeno jurídico en las sociedades estudiadas como sistemas abiertos.

<sup>25</sup> Duncan Luce y Raiffa Howard, *Games and decisions, Introduction to survey problems*, Dover publications, New York, United States of America, 1989, pág 1.

<sup>26</sup> Ibidem



possible outcomes, but who I general do not agree in their preferences. In other cases, chance events (which are sometimes known in law as acts of god) as well as others individuals (who may or may not be affected by the out come of the situation) may influence the final outcome . The types of behavior which result from such situations have been long observed and recorded, and it is a challenge to devise theories to explain the observation and formulate principles to guide intelligent actions.

Como establece Howard Raiffa, el conflicto implica –para simplificar- una situación en la que un individuo tiene diversas opciones de acuerdo con su información y preferencias (o escala de valores, creencias, etc.); es decir que no existe una única opción sino pluralidad de ellas; ahora bien, el curso de las acciones del individuo se ven afectadas por factores que no controla y que probablemente no conoce (racionalidad limitada); en este sentido la finalidad de la teoría de los juegos es explicar la conductas observadas y previamente registradas para formular principios guía, referenciales de acciones inteligentes (lo que Aristóteles denominaba razón práctica pero científicamente sustentada)

#### *Mecánica de la teoría de los juegos*

Eric Rasmusen; académico de la Universidad de Indiana en los Estados Unidos de Norteamérica establece la mecánica de la teoría de los juegos y el símil entre la denominación de la teoría y los juegos de la siguiente manera<sup>27</sup>:

“This is exactly the paradigm of game theory: the modeler assigns payoff functions and strategies sets to his players and sees what happens when they pick strategies to maximize their payoffs”

Como puede verse, Eric Rasmusen coincide con Howard Raiffa en señalar que la teoría de juegos estudia distintas alternativas de acción ante un conflicto; además de establecer que diseña estrategias de acción que impliquen la maximización de las beneficios en cada acción; es decir establecer la conducta más adecuada para alcanzar un determinado fin en un contexto situacional específico.

#### *Aplicaciones de la teoría de los juegos al derecho*

---

<sup>27</sup> Rasmusen, Eric, *Games theory and information*, Blackwell publishers, Third edition, Great Britain, 2001, Pág. 2





En su obra *El derecho y la Teoría de los juegos (Game theory and the law)*, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner y Randall C. Picker de la Universidad de Harvard sustentan algunas de las aplicaciones de la teoría de los juegos al derecho y en general a los sistemas normativos, partiendo de un elemento de racionalidad limitada: La conducta estratégica (*strategic behavior*)<sup>28</sup>:

“Strategic behavior arises when two or more individuals interact and each individual decision turns on what the individual expects the others to do”

El concepto clave para la aplicación de la teoría de los juegos al derecho es la conducta estratégica, que como se infiere de la cita antes reproducida se refiere a la forma de decidir y actuar por parte de un individuo o actor en función de lo que espera que hagan otros (esto es exactamente lo que se persigue por medio del derecho pero matizado situacionalmente de acuerdo con las circunstancias). Esta apreciación coincide con lo expuesto por Jon Elster en el cemento de la sociedad en el sentido de que la sociedad se integra mediante normas racionalmente establecidas pero en un entorno de racionalidad limitada necesariamente contextual. En el caso del derecho explica la forma en que se construyen instituciones jurídicas sujetas sin embargo a transformación permanente.

### *Las reglas del juego*

Como establece Douglas Baird, la conducta estratégica se dirime en función de lo que se espera que hagan otros miembros de la colectividad; de modo que la conducta observada es en todo momento la resultante de un proceso de toma de decisiones situacional y por lo tanto estocástico; así la elección racional de una expectativa explica una vez transportada al ámbito social las implicaciones de la acción social en su conjunto y para simplificar la discusión la existencia de diferentes estrategias sean de colaboración (*collaborative bargaining*) o no a nivel social; es decir grados de cohesión social en forma sistémica. Es decir exactamente lo que sugiere la sociología o la moderna teoría de las organizaciones; empero hay que notar que da lugar a evidenciar que existen diferentes formas de organización social, de fundar un orden: esto explica porque el derecho es un fenómeno universal y las leyes un resultado relativo, es una forma de establecer orden en un entorno cambiante: la base de un orden social dinámico, exactamente lo que sugiere Gustavo Zagrebelsky en su teoría del estado constitucional<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Douglas G. Baird et al, *Game theory and the law*, fourth printing, Harvard University press, United States of America, 2000, pág 2.

<sup>29</sup>Ver. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999



*El Derecho: la partida maestra del ajedrez social*

Esto implica que -por decirlo metafóricamente mediante un símil- que el derecho es el máximo juego de ajedrez en el entorno social, donde las reglas generales del juego están dadas: mantener la cohesión social en forma sustentable como es claro en la teoría general de sistemas al conceptualizar a la sociedad como sistema abierto: el derecho es pues un fenómeno universal pero las estrategias son prácticamente infinitas, versátiles y amoldables al contexto como sugiere Gustavo Zagrebelsky en el derecho dúctil -por eso las leyes son relativas en tiempo y espacio-más no arbitrarias, están regidas por racionalidad pero limitada, contextualmente en tiempo y espacio. Obedecen a la necesidad de responder a un entorno cambiante manteniendo un equilibrio dinámico entre la universalidad y la relatividad; por eso el pensamiento dicotómico no alcanzaba siquiera a vislumbrar las vastas dimensiones del fenómeno jurídico. La arbitrariedad se evita al identificar los distintos cursos de acción, compararlos y finalmente optar por el que situacionalmente implica la mejor alternativa de solución.

Esta circunstancia conlleva dos importantes implicaciones: el derecho es más bien un fenómeno caracterizado por la toma de decisiones que por la aplicación mecánica de reglas, las estrategias son múltiples dado que el sistema sociedad abierta presenta la característica de equifinalidad: es decir que puede alcanzar los mismos objetivos mediante diferentes estrategias; es decir a través de distintas formas en las organizaciones sociales. Esto implica que existen numerosas maneras de alcanzar los fines del derecho y por ende es menester una decisión.

*Ceteris paribus-Mutatis mutandi*

Esta circunstancia explica por que el derecho es un fenómeno constante y universal (la tendencia a mantener la cohesión social mediante normas racionalmente establecidas); pero la legislación es cambiante en función de contexto (estrategia); lo que viene de nueva cuenta a demostrar la objeción de la dialéctica sin síntesis al pensamiento dicotómico: lo absoluto y lo relativo no solo no se excluyen sino que son procesos complementarios en los sistemas sociales al menos en el caso del derecho<sup>30</sup>. Existe un equilibrio como ya se dijo dinámico, una oscilación permanente de autorregulación entre el cambio y la continuidad en los sistemas sociales y jurídicos.

---

<sup>30</sup> La sociedad como sistema abierto busca el equilibrio entre la homeostasis (conservación) y la adaptación (cambio); por eso Ost señala que el derecho oscila entre el orden y el desorden en su búsqueda de controlar la entropía sistémica.

Esta circunstancia ya había sido notada incluso por Auguste Comte, fundador de la sociología, que establecía que en las sociedades existía una complementariedad de leyes de permanencia y de cambio.



### *Procesos estocásticos*

La decisión en función de la conducta esperada de otros, es sin embargo múltiple y no unitaria; tanto el observador como el observado tienen distintos cursos de acción a los cuales recurrir si confluyen una serie de sucesos que no siempre dependen de la voluntad de los actores; de modo que la conducta no es del todo previsible sino probable; la existencia de distintos cursos de acción originan que los procesos sociales complejos sean estocásticos, sus resultados no son del todo predecibles: el derecho participa de esta característica.

Una explicación de los procesos estocásticos la ofrecen U. Narayan Bhat y Gregory K. Millar en su obra *Elementos de procesos estocásticos aplicados*, en los siguientes términos<sup>31</sup>:

In this section we give an informal description of a stochastic process with the help of examples. Other expressions used as synonyms for stochastic process in the literature are chance processes and random process.

In the brand-switching model for consumer behavior (example 1.1.1) the consumer preferences at any time  $t$  would be any one of the three brands of coffee. This set of preferences  $A, B, C$  is the sample space for a random experiment performed in time: the observations of consumer preferences. Associating numerical values to the elements of this space, we may define a family of random variables

Es claro que el proceso es estocástico por que existe pluralidad de opciones que seguir; así en el ejemplo de Narayan el poder optar entre  $a, b$  y  $c$  implica que no es seguro que opción sea la elegida.

### *Distinción entre fenómenos deterministas y estocásticos*

En su obra *Breve historia del tiempo, del big bang a los agujeros negros* el astrofísico británico Stephen Hawking reseña el nacimiento del principio de incertidumbre frente al de causalidad y a raíz del descubrimiento de los fenómenos estocásticos al lado de los deterministas, en términos del científico<sup>32</sup>:

---

<sup>31</sup> Narayan U. Bhat y Millar K. Gregory, *Elements of applied stochastic processes*, third Edition, a John Wiley & sons Inc, United States of America, 2002, Pág. 5



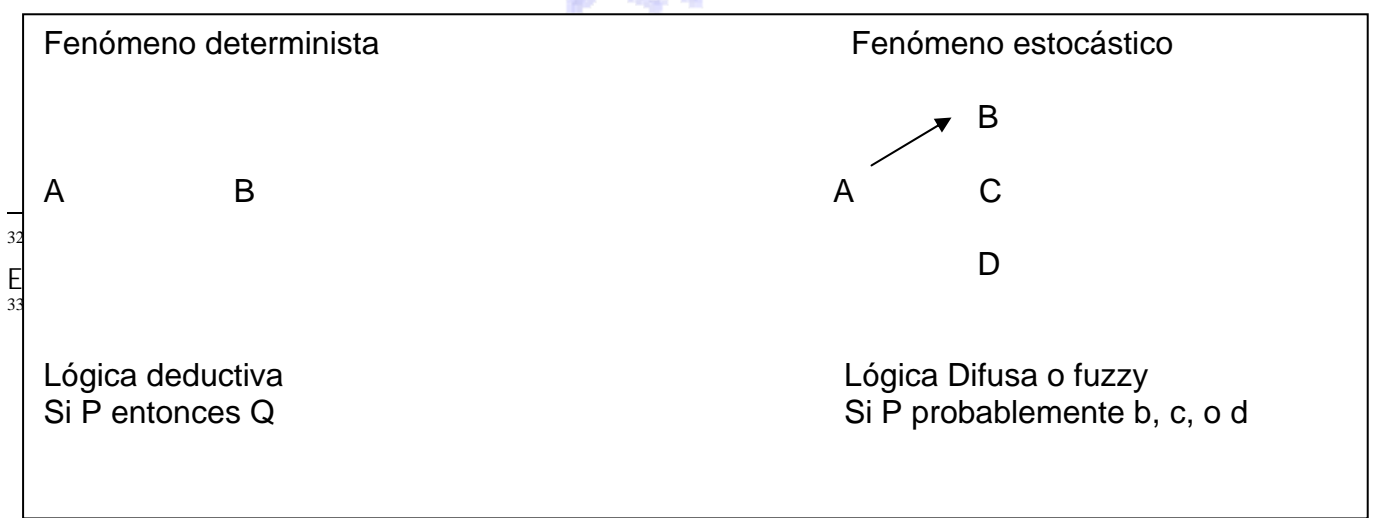
El éxito de las teorías científicas, y en particular el de la teoría de la gravedad de Newton, llevó al científico francés marqués de Laplace a argumentar, a principios del siglo XIX, que el universo era completamente determinista. Laplace sugirió que debía existir un conjunto de leyes científicas que nos permitieran predecir todo lo que sucediera en el universo, con tal que conociéramos el estado del universo en un instante de tiempo... El determinismo parece bastante obvio en este caso, pero Laplace fue mas lejos hasta suponer que había leyes similares gobernando todos los fenómenos, incluidos el comportamiento humano...

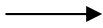
Stephen Hawking también explica como los trabajos de física de Max Planck condujeron al abandono del determinismo y el nacimiento del principio de incertidumbre<sup>33</sup>:

Una de las primeras indicaciones de que esa creencia debía ser abandonada llego cuando los cálculos de los científicos británicos Lord Raleigh Sir James Jean sugirieron que un cuerpo caliente, como una estrella debería irradiar energía a un ritmo infinito... Para evitar este resultado ridículo, el científico alemán Max Planck con su teoría de los cuantums... La hipótesis cuántica explicó muy bien la emisión de energía de cuerpos calientes, pero sus implicaciones respecto del determinismo no serían comprendidas hasta 1926, cuando otro científico alemán Werner Heisenberg formulo su famoso principio de incertidumbre...

El principio de incertidumbre tiene profundas implicaciones sobre el modo que tenemos de ver el mundo... el principio de incertidumbre marcó el final del sueño de Laplace de una teoría de la ciencia totalmente determinista..."

A un fenómeno determinista corresponde solo una posible consecuencia; en tanto que a un fenómeno estocástico corresponden varias posibles consecuencias cuya probabilidad depende necesariamente del contexto en que se circunscriban; esto puede simbolizarse esquemáticamente:





Coincide con Stephen Hawking el científico y epistemólogo canadiense Grayson-Smith al señalar la forma en que la ciencia abandonó parcialmente el mecanicismo<sup>34</sup>:

“The desire for a Picture –the desire for a description in words- dies hard among scientists as well as among laymen. The model that would satisfy this desire is necessarily mechanistic, for all our descriptive are based upon mental images of actual objects. It is hard to accept the facts that there are things in nature that are nondelineable... today one rarely sees in the serious scientific literature attempts at mechanistic models or descriptions of things...”

La evidencia apunta en efecto a señalar que los sistemas rígidos son menos eficientes en la toma de decisiones y cometen más errores como ha quedado evidenciado con los sistemas expertos y la inteligencia artificial; los sistemas basados en estrictos métodos deductivos han demostrado ser más falibles que aquellos basados en la heurística<sup>35</sup>:

“Heuristics approaches have an inherent flexibility, which allows them to be used on ill-structured and complex problems”

Si la informática y la cibernética firmemente sustentadas en la teoría general de sistemas han puesto de relieve que las decisiones tomadas por ordenadores lineales deductivos son en muchos sentidos absurdas y han comenzado a tratar de emular el razonamiento humano ¿entonces por qué se continúa en la ciencia del derecho tratando de convertir a los jueces en autómatas?

### *Toma de decisiones*

<sup>34</sup> Grayson-Smith, Hugo, *The changing concept of science*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1967, pág. 593

<sup>35</sup> Turban, Efraim, *Experts systems and applied artificial intelligence*, MacMillan, New York, United States of America, 2002, pág. 57



En un entorno en el que no existe un único curso de acción sino diferentes con consecuencias asimismo distintas se presenta la problemática de la toma de decisiones, particularmente en el ámbito del derecho. Decidir implica optar por una de las múltiples posibilidades que se presentan con la característica de que la decisión tomada involucra la imposibilidad de seguir otros cursos de acción alternativos, de ahí que deba de considerarse las consecuencias de optar por uno u otro curso de acción. ¿De qué manera se establece la preferencia de un determinado curso de acción sobre otro alternativo? Evidentemente de acuerdo con el fin perseguido, pero esta respuesta plantea a su vez otra interrogante de aun más difícil resolución: ¿cómo se determinan los fines inmediatos para la toma de decisiones en sistemas jurídicos?

### *Decisiones y valores*

Nótese que en el ámbito jurídico esta circunstancia de decisión implica necesariamente un referente axiológico, pues de otra forma es imposible sin un marco referencial decidir cual opción es la más viable. Robert T. Clemen, catedrático de la Fuqua school of Bussines of the Duke University plantea el análisis de la toma de decisiones difíciles (*hard decisión making*) en los siguientes términos<sup>36</sup>:

"I subscribe the notion that the objective of decision making analysis is to help a decision maker think hard about the specific problem at hand, including the overall structure of the problem as well as his or her preferences and beliefs. Decision analysis provides both an overall paradigm and a set of tools myth which a decision maker can construct and analyze a model of a decision situation"

Como puede verse ni la subjetividad ni la relatividad axiológica son un problema en la teoría de sistemas para sistemas abiertos ni para el derecho concebido en la lógica difusa de la dialéctica sin síntesis y la teoría de juegos; pero implica aprender a tomar decisiones, una teoría de la decisión orientada a la justicia como manifiesta Michel Taruffo<sup>37</sup>.

### *Modelos de toma de decisión*

---

<sup>36</sup> Clemen T., Robert, *Making hard decision, an introduction to decision analysis*, second edition, United States of America, 1996, pág. XIX..

<sup>37</sup> Ver Taruffo, Michel, *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de Derecho procesal*, Tribunal Electoral del poder Judicial de la federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003



El autor propone un modelo simple de pasos para efectuar toma de decisiones, que puede ser visualizado como un diagrama de flujo:

- I) Proceso de análisis de decisión
- II) Identificar la situación de decisión y comprender los objetivos
- III) Identificar alternativas
- IV) Descomponer y modelar el problema:
- V) Modelo de la estructura del problema
- VI) Modelo de incertidumbre
- VII) Modelo de preferencias
- VIII) Elegir la mejor alternativa
- IX) Análisis de sensibilidad
- X) Requerimiento de análisis más profundo
- XI) Implementar la alternativa elegida

#### *Teoría de las contingencias*

En el caso de las sociedades como sistemas abiertos en que ocurre el fenómeno jurídico, éstas están en constante contacto con su medio circundante, lo que implica que son dinámicas y se transforman. Por esta circunstancia, la toma de decisiones parte de la consideración de que existen varias alternativas de solución cuya superioridad de unas respecto de otras es solo contingencial, es decir meramente situacional dependiendo del contexto en que acontecen<sup>38</sup>:

“The contingency approach (sometimes called situational approach) has been used in recent years to replace simplistic principles of management.... A contingency approach to the study of management is intuitively logical . Since organization are diverse – in size, objectives, tasks being doing like- it would be surprising to find that there would be universally applicable principles that would work in all situation. But, of course, it is one thing to say, it all depends and another to say what it depends upon.”

---

<sup>38</sup> Robbins, P. Stephen, *Management*, prentice-hall, englewoods Cliffs, New jersey, United states of America, 1994, pág 47



En el mismo sentido se expresa el investigador John Schermerhorn explica la planeación y toma de decisiones en entornos cambiantes como necesariamente contingentes<sup>39</sup>:

“Contingency planning is the process of identifying alternatives courses of action that can be implemented if and when an original plan proves inadequate because of changing circumstances”

En este sentido y recapitulando, es evidente que La teoría general de sistemas presta un sustrato para modelar fenómenos complejos mediante un sistema abierto isomorfo que permite la transdisciplinariedad y evita el reduccionismo analítico y la atomización del conocimiento; por su parte François Ost en vinculación con Michael Van de Kerchove crea el mecanismo dialéctico que permite una teoría descriptiva y prescriptiva del derecho integral, que encuentra sustento teórico en la teoría de los juegos, conduciendo a una teoría de la toma de decisiones en base al carácter estocástico de la conducta humana, lo que explica la participación de la subjetividad y la relatividad axiológica del derecho como parte del fenómeno jurídico.

#### *El derecho: la continua toma de decisiones*

En este sentido resulta lógico por que motivo Michele Taruffo, el destacado teórico del proceso establece la necesidad de generar una teoría de la decisión judicial para alcanzar la justicia como fin del derecho<sup>40</sup>:

“son innumerables las situaciones en las que se habla de justicia en los modos más diversos, muchas son las ocasiones en las cuales la justicia se vincula con las decisiones judiciales y es entendida como un requisito esencial de dichas decisiones”

*Hay jueces absolutamente incorruptibles; no hay nada que les induzca a hacer justicia*  
Bertold Bretch<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Schermerhorn, R. John, *Core concepts of scenario planning*, Management, Wiley, United states of America, 2004, pág 79

<sup>40</sup> Taruffo, Michele, *Ideas para una teoría de la decisión justa*, Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de derecho procesal, Escuela Judicial del Tribunal Federal electoral; México, 2002, pág. 157

<sup>41</sup> Dramaturgo alemán con profundo espíritu crítico de la sociedad





Michel Taruffo se refiere con su teoría de la decisión judicial precisamente a la crítica que se resume en la máxima *summum ius, summa injuria* respecto de la aplicación mecánica e irreflexiva de la ley literalmente bajo el apotegma *dura lex sed lex*; que ha dado lugar a la irracionalidad, la arbitrariedad y la injusticia con motivo de la errónea interpretación del principio de legalidad; lo que Bertold Brecht considera para efectos de la impartición de justicia como la denegación sistemática de justicia en nombre de la legalidad; que Robert Alexy denomina acertadamente el argumento de la injusticia.

### *Reflexión no imposición*

Por este motivo Manuel Atienza, en la misma lógica que Jürgen Habermas y Robert Alexy, se inclina por una teoría procedimentalizada basada en la argumentación, en la ponderación de la hermenéutica; que es exactamente lo que se requiere para la toma de decisiones según la teoría de los juegos y de contingencias, máxime que ocurre en entornos cambiantes de racionalidad limitada; proponiendo pasar del silogismo deductivo al práctico, por ejemplo en la teoría de MacCormick, es decir fundar otra racionalidad del derecho o como sostiene Manuel Atienza: las razones del derecho.<sup>42</sup>:

“El esquema en cuestión plantea, sin embargo algunos inconvenientes, el primero de ellos es que hay supuestos en que la conclusión del silogismo no implica todavía la conclusión del fallo o sentencia; sino, por así decirlo un paso previo...”

Evidentemente es un paso previo, pues es necesario aun ponderar el sentido del fallo, lo que se logra mediante la interpretación de la hermenéutica jurídica y la dialéctica de la argumentación jurídica; para discutir cual es el valor que orientara la toma de decisiones en el caso concreto.

### *La ductilidad del derecho: El estado constitucional*

Tanto el modelo de sociedad abierta en que acontece el fenómeno jurídico como la teoría de los juegos y su enfoque contingencial se obstinan en sustentar en forma científica la teoría de la ductilidad del derecho de Gustavo Zagrebelsky y su metodología hermenéutica, en efecto; si la sociedad se construye sobre normas racionalmente concebidas pero en constante cambio; es evidente que el criterio de toma

---

<sup>42</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.



de decisión no puede ser rígido sino flexible; como plantea el ministro italiano Gustavo Zagrebelsky en la transición del estado de derecho al estado constitucional<sup>43</sup>:

Si mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido en que de este carácter esencial del derecho de los estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad. La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios no se asuma con carácter absoluto

#### *Bases científicas de la teoría y metodología del derecho dúctil*

Lo que Gustavo Zagrebelsky describe es la ductilidad del sistema jurídico; lo que evidencia racionalidad limitada y versatilidad para la toma de decisiones; esto es que su teoría encuentra sustento en la de sistemas y la teoría de los juegos entendida desde el enfoque de la teoría de contingencias; con ello adquiere una gran base de científicidad. Esta justificación también explica científicamente la validez de la metodología hermenéutica pues si la toma de decisiones dirime cada vez mas las soluciones jurídicas, tomadas sobre referentes axiológicos no absolutos; entonces es evidente que debe decidirse mediante interpretación y argumentación la solución mas justificada en cada situación, es decir sobre una lógica situacional o difusa en vez de una lógica formal y lineal de carácter silogístico.

#### 5.4 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DE OPERACIONES APLICADA AL DERECHO (ÁRBOLES DE DECISIÓN)

Una nueva teoría del derecho en base a una nueva metodología implica necesariamente el diseño de nuevas técnicas de la praxis jurídica: en este caso orientada a la toma de decisiones; que acontecen en entornos complejos, multifactoriales y multicausales; con diversas alternativas que deben de ser ponderadas situacionalmente, conforme al contexto como mencionan los hermenéutas.

#### *Modelos lineales*

---

<sup>43</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999.



Este cometido normalmente se lograba con técnicas de álgebra lineal, que sobre la base de la geometría analítica permitía convertir ecuaciones en vectores y estos conjuntarlos en matrices donde es factible calcular los distintos cursos de comportamiento de las variables agrupadas; por ejemplo mediante la investigación de operaciones para determinar la opción más viable en un momento dado respecto de ciertos parámetros; lo cual evidentemente puede hacerse también para el derecho. A este respecto explica Rasvishanker de la Universidad de Connecticut<sup>44</sup>:

“Linear model theory plays a fundamental role in the foundations of mathematics and applied statistics . It 's a base in distribution theory and statistical inference and finds applications in many advanced areas, including univariate and multivariate”

El álgebra lineal de las matrices permite modelar y considerar en forma simultánea alternativas contingentes de toma de decisión.

#### *Hacia la toma de decisiones: métodos gráficos*

La teoría de los grafos sustenta la posibilidad de representar complejas secuencias normalmente modeladas sobre la base de matrices propias del álgebra lineal mediante simples grafos como parte de la geometría analítica que permite representar en forma gráfica ecuaciones algebraicas<sup>45</sup>.

La teoría de los grafos (*graph theory*), es una manera relativamente simple de ejemplificar por medios gráficos las distintas alternativas de solución a distintos conflictos es decir que es idónea para el mundo jurídico, de acuerdo con Jonathan Gross<sup>46</sup>:

Configurations of nodes and connections occur in a great diversity of applications. They may represent physical networks, such as electric circuits or organic molecules. And they are also used in representing less tangible interactions as might occur in ecosystems, sociological relationships, databases, or in the flow of control of a computer programs.

---

<sup>44</sup> Rashvishanker, Jonathan, *Lineal models*, Harvard University press, United States of America, 2001

<sup>45</sup> Nota bene. La Geometría analítica, rama de la geometría en la que las líneas rectas, las curvas y las figuras geométricas se representan mediante expresiones algebraicas y numéricas usando un conjunto de ejes y coordenadas. Cualquier punto del plano se puede localizar con respecto a un par de ejes perpendiculares dando las distancias del punto a cada uno de los ejes.

<sup>46</sup> Gross, Jonathan, y Yellen, Jay, *Graph theory, and its applications*, CRC, Library of the congress, United States of America, 2000., pág. 1-35.



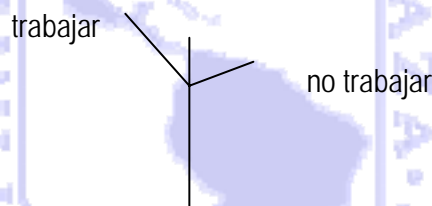
Formally, such configurations are modeled by combinatorial structures called graphs consisting of two sets of called vertices and edges and in incidence relation between them. The vertices and edges may have additional attributes.

### *Teoría de los grafos y árboles de decisión*

El esquema que con más simplicidad representa la diversidad de opciones que corresponden a una decisión es el árbol de decisiones. Respecto de los árboles plantea<sup>47</sup>:

“Trees are central to the structural understanding of graphs, and they have a Wide range of applications, including information process...”

Gráficamente, sobre la teoría de los grafos, un árbol de decisión podría representarse como, mediante el modelo más simple optar entre trabajar o no trabajar:



Como puede inferirse, un árbol de decisión permite visualizar en forma conjunta los efectos múltiples a que puede conllevar la toma de distintas alternativas de decisión; visualizadas en su conjunto en forma panorámica. Lo que representa el método más simple de contrastación de diferentes alternativas de toma de decisión y es fácil de elaborar y comprender; por lo que puede ser un auxiliar valioso para la praxis jurídica. Es una representación gráfica de los distintos caminos alternativos y sus consecuencias, es decir que es la representación gráfica de la teoría de los juegos aplicada a un caso concreto del haber jurídico.

## 5.5 ESTUDIO DE CASO

El carácter contextual de las valoraciones axiológicas que presiden la toma de decisiones en el ámbito jurídico, entendida la doble naturaleza descriptiva y prescriptiva del derecho- implican necesariamente el

---

<sup>47</sup> Op. Cit. Pág 1-35



estudio de caso; dado que en el entorno de sociedades postmodernas, altamente heterogéneas y diversas; la complejidad resultante conllevara a que cada vez existan menos reglas y cada vez mas principios en los órdenes normativos –principios no necesariamente jerarquizados como puntualiza Gustavo Zagrebelsky en su teoría del estado constitucional y su derecho dúctil, cuya ductilidad implica necesariamente obviar en cierto sentido las estructuras rígidamente jerarquizadas de los valores axiológicos-; esto es un espacio cada vez más amplio para la interpretación, la ponderación y la argumentación, que como estipulaban los hermeneutas parte necesariamente del caso concreto.

### *Inveterata consuetudo*

Por esta circunstancia resulta lógico que la costumbre<sup>48</sup> haya sido precisamente una de las fuentes originales de los órdenes normativos que a partir de precedentes mediante inducción tendían a establecer principios plausiblemente aplicables a casos análogos; como por ejemplo ocurre en la práctica jurisprudencial, que caracteriza incluso a los sistemas positivos axiomáticos; evidenciando una vez más los excesos de la racionalidad absoluta y dicotómica al evidenciar que prácticamente en todos los sistemas jurídicos la deducción y la inducción inferencial se complementan en forma dialéctica como sostienen François Ost y Michael Van de Kerchove.

### *Estudio de caso: la particularidad es signo de la diversidad*

Esta circunstancia evidentemente no implica el abandono de los principios generales –ni mucho menos del principio de legalidad entendido como plausibilidad- sino más bien la revalorización de la complementariedad de la metodología inductiva en el mundo jurídico; en especial para los denominados casos duros, que previsiblemente aumentarán en la medida en que la sociedad continúe volviéndose cada vez más compleja y por tanto más rica. La complejidad disminuye el grado de certeza pero aumenta las posibilidades, no es simple predecir pero es mayor la diversidad de opciones por analizar en cada momento.

Desde la óptica de sistemas y sobre la base de la dialéctica sin síntesis de François Ost puede sustentarse el fenómeno jurídico en mediante un modelo de sistema social abierto en sus múltiples facetas y dimensiones. Si recordando a Gustavo Zagrebelsky se tiene que el estado de derecho sustentado en el principio de legalidad suponía la generalidad y el carácter abstracto de la norma como

---

<sup>48</sup> Téngase presente el concepto de derecho consuetudinario, fundado en la práctica reiterativa de soluciones de conflictos exitosas pero no jerarquizadas como ocurre verbigracia en el *common law*.



presupuesto de imparcialidad y control de la arbitrariedad parecería infactible el estudio de caso que suponía soluciones *ad hoc*, privativas; esto no es así pues toda aplicación debe particularizarse aun partiendo de principios generales, es decir contextualizarse; por ende en este espacio del contexto se impone el estudio de caso en la fórmula de sistemas normativos de principios y reglas por que el caso concreto y su solución es evidentemente *ad hoc* en el entorno de la teoría de los juegos orientada a definir mediante hermenéutica la mejor alternativa de solución para cada caso contingencialmente concebido.





## CAPÍTULO 6

### INTEGRACIÓN DE TEORÍA Y PRAXIS EN LA NUEVA SCIENTIA IURIS.

En su obra acerca de la lógica de las ciencias sociales (on *the logic of the social science*), Jurgen Habermas plantea con claridad que la discusión neokantiana relativa a la distinción entre las ciencias naturales o exactas y las ciencias sociales prácticamente no tiene relevancia en la actualidad en razón de que la mayor parte de los científicos han adoptado el, postulado de la unidad de las ciencias<sup>1</sup>:

“The once lively discussion initiated by neo-Kantianism concerning the methodological distinction between natural-scientific and social-scientific inquiry has been forgotten; the problems that gave rise to it no longer seem to be of contemporary relevance. Scientist consciousness obscures fundamental and persistent differences in the methodological approaches of sciences”

La unidad de las ciencias empero no se logra homologando la metodología experimental de las denominadas ciencias exactas a las ciencias sociales; ni a la ciencia jurídica; lo que puede llevarse a cabo con plausibilidad es establecer sobre la teoría general de sistemas y sus planteamientos isomórficos puentes entre las diversas disciplinas sobre la metodología transdisciplinaria.

#### *La vinculación entre teoría y práctica*

En forma general puede lograrse mediante la metodología mixta; es decir tanto cuantitativa como cualitativa; a efecto de que genere referentes que en un momento dado permitan tanto al individuo como al conjunto social guiar sus acciones y en el marco jurídico, la toma de decisiones.

#### *La vinculación teoría práctica en el orden jurídico*

A la ciencia del derecho también aplica la metodología mixta en la búsqueda de la asociación teoría práctica; que como ya se dijo conlleve a la instauración de una teoría que abarque tanto la dimensión descriptiva como prescriptiva; pero para lograr este cometido es necesario incluir nuevamente la dimensión axiológica del derecho; condición necesaria para la toma de decisiones que guíe la conducta como originalmente planteaba Aristóteles en la razón práctica, pero en forma situacional y no lineal, sino dialéctica y contextualizada.

---

<sup>1</sup> Habermas, Jurgen, *On the logic of social sciences*, fourth printing, the MIT press, Cambridge, Massachusset, United States of America, 1988, Pág 1



Empero esta circunstancia implica necesariamente redimensionar la subjetividad en los sistemas normativos; comprender que la subjetividad -como apuntó previamente Jon Elster- no es una forma de irracionalidad: sino la forma más eficiente posible de entender un entorno variable y cambiante como lo es la propia sociedad. La subjetividad permite ponderar, comparar alternativas de acción y valores en casos concretos, obedece a una racionalidad difusa que es preciso estudiar y no simplemente omitir del estudio del derecho.

### *El renacimiento de la Ética en el Derecho*

Para que la subjetividad no se transforme en arbitrariedad, es pertinente que se estudien los efectos de cada valor en cada situación determinada; lo cual puede efectuarse a través de una concepción ética que se guíe en la metodología de la teoría de los juegos, que concede un referente en términos sociales. De esta forma podrá tenderse un vínculo permanente entre teoría y práctica; como lo ha evidenciado la historia en la antigüedad clásica. Sin esta condición será impensable mejorar la impartición de justicia en los modernos sistemas sociales mediante ordenes normativos, cabe precisar que la ética como sistema vinculado al derecho tampoco puede ser axiomático, sino dialéctico, situacional y contextual como detalla Gustavo Zagrebelsky al insistir en la inconveniencia de sistemas axiológicos estrictamente jerarquizados.

### *El espíritu de la ley*

No solo debe existir una vinculación entre el derecho como sistema normativo y un orden axiológico relativo, gobernado por la lógica difusa de lo contingencial como característica de los fenómenos complejos en el marco de la teoría de Los juegos; los sistemas normativos poseen un contenido material en estrecha vinculación con la esfera fáctica (como lo considera la corriente hermenéutica en una relación dialéctica entre norma y hecho en vez de la posición reduccionista de la dicotomía norma/hecho). La expresión el espíritu de las leyes, se refiere a ese contenido material, axiológico y valorativo de las normatividades entendidas como sistemas de normas conforme a la teoría general de las normas, el término espíritu en ciertos contextos idiomáticos refiere a nociones que la posición positivista identifica como metafísica, sin embargo en su contexto original, el término espíritu proviene del francés *esprit* que significa pensamiento.





En esta segunda acepción, la noción de espíritu de las leyes se refiere evidentemente a la congruencia entre los fines perseguidos por la normatividad y las normas mismas. Pero el fin del derecho, el espíritu de la ley solo puede entenderse o mediante una escala valorativa (indiscutiblemente axiológica), una noción política o una problemática social. Como puede verse la ética, la moral, lo subjetivo –que no lo arbitrario- mas que ser sistemas relacionados con el mundo normativo jurídico son en realidad su núcleo y sustrato, que define los fines del derecho.

### 6.1 CONGRUENCIA SISTÉMICA DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO

La congruencia sistémica de los elementos del derecho implica necesariamente la posibilidad de que éstos a pesar de su diversidad interactúen en forma sistémica, es decir sinérgica<sup>2</sup> y orientada a la consecución de un mismo fin: en el caso de los sistemas jurídicos el mantenimiento sustentable del orden social; es decir la justicia como orden social.

El estudio cronológico de las distintas concepciones teóricas del derecho evidenció en forma patente que cada una de ellas reflejaba alguna de las dimensiones del derecho –como reseñaba Miguel Villoro Toranzo- y los autores tridimensionalistas la necesidad de considerar las distintas dimensiones jurídicas por ejemplo la de eficacia en la sociología Jurídica, la de la ética y el contenido axiológico del derecho que tiene como fin la justicia desde la filosofía del derecho y el aspecto de la legalidad desde la dogmática jurídica; empero no presentan bases comunes que permitan que estos elementos constitutivos del derecho funcionen en términos sinérgicos.

La teoría de sistemas concede un sustrato epistemológico para la transdisciplinariedad en sus modelos isomórficos abiertos, que mediante la cibernética posibilita estudiar las interacciones y comunicaciones de los mismos; por su parte la teoría de los juegos y de contingencias permiten contextualizar la solución de conflictos y la dialéctica de François Ost factibiliza reconsiderar la subjetividad así como la lógica no lineal y difusa en que se sustenta y de esta forma reintroducir la faceta axiológica del derecho para dotar al derecho de una teoría descriptiva y prescriptiva del derecho como reclama Ronald Dworkin; todo ello sobre la superación de pensamiento dicotómico de la racionalidad absoluta y su inflexible lógica formal.

---

<sup>2</sup> Nota bene. La idea de sinergia constituye el centro de la concepción de sistemas y se refiere a la forma en que los elementos de un sistema interactúan en forma armónica entre sí hacia la consecución de los fines del sistema. Los elementos no solo actúan en un mismo sentido aunque gobernados por lógicas distintas en ambientes cambiantes y dialécticos la resultante es holística el efecto del trabajo sistémico es más grande que la simple suma de los esfuerzos aislados de sus elementos.



Si no hubiesen creído en el pensamiento dicotómico –excluyente- iusnaturalistas y positivistas habrían notado que sus tesis no eran mutuamente excluyentes; como se evidenció en efecto el derecho es un fenómeno universal pero las leyes son relativas en tiempo y espacio, es decir la dialéctica sin síntesis a la que aluden los teóricos belgas François Ost y Michael Van de Kerchove ¿Dónde está la contradicción? Existen suficientes bases paradigmáticas, así como epistemológicas y teóricas para establecer una teoría integral del derecho.

En este contexto la teoría de sistemas permite evidenciar congruencia entre la ciencia del derecho, la sociología jurídica, la dogmática jurídica y la filosofía del derecho. La concepción de la sociedad como sistema abierto es perfectamente compatible con la noción de sociología jurídica en la medida en que detalla cómo las sociedades se fundan en normas convencional y racionalmente establecidas orientadas a la prevención y control de conflictos sociales (es decir la entropía social) denominada comúnmente justicia; esta posición no es extraña a la ciencia jurídica ni a la dogmática jurídica, que en este sentido pueden tender una vinculación hacia el contenido axiológico de la filosofía del derecho, pues en términos sociales se sustenta la justicia como fin teleológico del derecho. Conforme al modelo de sociedad como sistema abierto, las concepciones de la sociología jurídica, filosofía del derecho, ciencia del derecho y dogmática jurídica no entran en contradicción sino que son congruentes entre sí.

Es precisamente la dialéctica sin síntesis – al superar el reduccionismo dicotómico- la que consigue establecer bases para la ciencia jurídica, la dogmática jurídica, la sociología y la filosofía del derecho. La noción sistémica de entropía es en términos científicos (sociología jurídica) la descripción del fenómeno de dialéctica al que aluden los estudiosos de la filosofía de la ciencia, que es la concepción de sociedad convencionalmente establecida de la ciencia del derecho y la dogmática jurídica.

*Conjunción de sistemas físicos y abstractos en forma integrada.*

Es factible la congruencia sistémica de los elementos del fenómenos jurídico en razón de que los sistemas pueden ser físicos o abstractos y estar interrelacionados entre sí, el ejemplo más obvio de esta conjunción de sistemas físicos y abstractos es el ser humano, un sistema biológico y por tanto físico conjunto con un sistema abstracto: su pensamiento. Por este motivo el fenómeno jurídico como complejo puede verse conforme al trinomio racionalidad, organización social y sistemas normativos como la conjunción de sistemas físicos (organización social) con sistemas abstractos (los propios sistemas normativos y la racionalidad contingencial que los preside, lo que ya supone superar la visión dicotómica



norma/hecho); por ende desde esta óptica no existe una oposición entre la sociología del derecho, la filosofía del derecho y la ciencia del derecho.

Como puede apreciarse la dialéctica sin síntesis permite superar las contradicciones y paradojas que desde un sistema de carácter axiomático ensimismado en sí mismo eran insuperables, como reconoce Gunther Teubner desde la teoría autopoiética de los sistemas normativos<sup>3</sup>.

A nivel teórico las visiones de positivistas, iusnaturalistas, realistas y en particular de los autores tridimensionalistas tampoco se contraponen, son congruentes con el modelo de sistema abierto en una sociedad basada en normas jurídicas, si se omite la visión dicotómica de la antinomia norma/hecho y se sustituye por la visión de fenómeno continuo en forme holística.

## 6.2 UNIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

En su obra acerca de la teoría general del derecho, Miguel Villoro Toranzo expone la necesidad de generar bases epistémicas y metodológicas para generar una visión de ciencia jurídica que sostenga una teoría integral del derecho, que abarque el fenómeno en todas sus dimensiones<sup>4</sup>:

Hasta ahora, en la sección anterior (la 10), hemos examinado experiencias jurídicas parciales que identifican al derecho únicamente por una de sus dimensiones. Cada una de ellas no ha dicho algo verdadero sobre el derecho pero no toda la verdad... Se abre ante nosotros la posibilidad de escoger entre diversos caminos pero cada uno de ellos por ser una visión parcial o limitada del Derecho. Mientras sigamos con el planteamiento de las visiones parciales del derecho, no seremos capaces de construir una autentica teoría general sobre el mismo. Nos es necesaria una noción integral, capaz de asimilar lo que tengan de constructivo las visiones parciales y que, además, de a cada una de esas aportaciones su lugar en el orden jerarquizado dentro del todo integrador

En esta investigación se comparte la noción de que la concepción del derecho debe unificarse en términos teóricos para resolver la situación de retraso del conocimiento jurídico permanentemente asimilado desde posiciones parciales irreductibles mutuamente excluyentes que como se sostiene

---

<sup>3</sup> Nota Bene. Recuérdese que precisamente Gunther Teubner planteaba la imposibilidad de evitar las contradicciones lógicas en sistema autopoiético precisamente cerrados en el sentido axiomático.

<sup>4</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría General del Derecho*, Porrúa, México, 1989 Pág. 61



imposibilitan el conocimiento del fenómeno jurídico; restando validez a las teorías respectivas y eficacia a los sistemas jurídicos así concebidos, provocando en la sociedad efectos muy negativos, evidentemente insostenibles en la sociedad contemporánea.

En esta tesitura se considera que existen los modelos epistemológicos que permitan acercar entre sí sobre bases comunes a las aun diversas disciplinas en que se encuentra atomizado el conocimiento jurídico, pues como se estableció en el apartado precedente a partir de la teoría de sistemas y del modelo de sistema abierto puede avanzarse hacia la integración al señalar que tales elementos del fenómenos no son antagónicos, sino facetas de las distintas concepciones que integran un solo fenómeno que es universal. Evitar la visión dicotómica desde la epistemología permite unificar a la teoría del derecho, desde una perspectiva teórico-práctica.

La superación de la dicotomía norma/hecho permite superar la distinción teórico-práctica y así configurar una ciencia del derecho aplicada, una visión de teoría del derecho tanto descriptiva como prescriptiva en forma simultánea.

### 6.3 INTEGRACIÓN DE LOS SUBSISTEMAS JURÍDICOS: LA TEORÍA INTEGRAL DEL DERECHO

Parafraseando a Jürgen Habermas y a Ronald Dworkin, se requiere una teoría tanto descriptiva como prescriptiva del derecho (una ciencia que por una parte describa el fenómeno jurídico y que vaya mas allá y establezca la tecnología sobre la cual constituir los sistemas jurídicos) orientando la conducta de los destinatarios del derecho, es decir prescribiendo en la lógica deóntica la aplicación del derecho hacia la consecución de sus fines. Para ello se requería a su vez una base epistemológica que permitiera unificar sobre una base común la ciencia jurídica (descriptiva), la dogmática jurídica (prescriptiva), la sociología jurídica (prescriptiva) y la filosofía del derecho (o ética jurídica también prescriptiva): la teoría general de sistemas.

Como se ha venido sosteniendo, el derecho se encontraba atomizado en términos teóricos debido al reduccionismo que privaba en el racionalismo, en particular su visión dicotómica trasladada al mundo jurídico del positivismo formal mediante la dicotomía norma/hecho. El replanteamiento epistémico de la ciencia en el derecho a través de los modelos de la teoría general de sistemas implicaba a su vez una nueva metodología que replanteará el carácter prescriptivo y descriptivo del derecho, que Takasari Abbas funda en la metodología mixta (cuantitativa y cualitativa) o simplemente descriptivo-prescriptiva. Un modelo que cumple con ambas condiciones es el modelo de dialéctica sin síntesis de François Ost



en coautoría con Michael Van de Kerchove, que permite superar la concepción dicotómica norma/hecho que hacía imposible observar prescriptiva y descriptivamente al derecho en forma simultánea mediante una lógica difusa en sustitución del razonamiento silogístico: lo necesario en términos de marco teórico-conceptual para dotar a la teoría del derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky y su relatividad axiológica de un referente científico en la teoría de los juegos (solución de conflictos), a su vez relacionada con la teoría de contingencias, que justifica la relatividad axiológica a través de una teoría de la decisión.

De esta manera alcanzar una teoría integral del derecho que integre los subsistemas del derecho (ciencia del derecho, dogmática jurídica, filosofía del derecho y sociología jurídica), puede resolverse la dicotomía norma hecho originalmente planteada y corregir la desvinculación teoría praxis que explica la ineficacia teórica y práctica de los sistemas jurídicos en la modernidad, mediante una teoría que considere el aspecto descriptivo de la teoría jurídica y plantee un referente prescriptivo (axiológico de la conducta) en forma congruente.

Una teoría con contenido descriptivo y prescriptivo, resultaría integral, pues permitiría abarcar desde una posición común a los elementos hasta ahora atomizados del derecho, resolviendo la dicotomía norma/hecho y dotando así a los sistemas jurídicos de validez teórica y eficacia práctica, y a su vez de bases para la integración de las distintas concepciones jurídicas como propone Mireille Delmas Marty<sup>5</sup>.

### *La teoría integral del derecho*

En la óptica de esta propuesta teórica se analizaba la viabilidad de integrar la teoría del derecho sobre el paradigma holístico de la teoría general de sistemas; en particular su modelo de sistema abierto y la transdisciplinariedad; a efecto de demostrar que las teorías diversas sobre el derecho representaban aspectos ciertos del fenómeno jurídico relativos a diferentes dimensiones del mismo que no necesariamente debían excluirse unas a otras, sino coexistir y complementarse sobre una base común, como reclama Miguel Villoro Toranzo.

La pregunta es si la nueva *scientia iuris* perfilada epistémica y metodológicamente cumple con estos cometidos. La teoría del derecho es integral no solo por que genera un sustrato a los diferentes

---

<sup>5</sup> Ver Delmas-Marty, Mireille, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994.



elementos del fenómeno jurídico comportando todas sus dimensiones sino por que integra la esfera fáctica y teórica corrigiendo el principal problema de los sistemas jurídicos contemporáneos: su eficacia.

### *Unidad sistémica*

Volviendo a la concepción tridimensional del derecho que integra globalmente la filosofía jurídica; la sociología del derecho y la dogmática jurídica; es pertinente evidenciar que en el modelo de sociedad como sistema abierto, donde el derecho es la tendencia constante a cohesionar la sociedad mediante normas racionalmente establecidas es factible integrar la filosofía jurídica, la sociología jurídica y la dogmática, sobre bases científicas:

- a) Si desde la perspectiva de la filosofía del derecho, se abarca la ética y los fines teleológicos del derecho, es decir las concepciones filosóficas de la justicia; esta es fácilmente explicada si se entiende que en la sociedad como sistema abierto se busca el orden social dinámico como idea de justicia; evento compatible con la teoría de sistemas y su modelo isomórfico.
- b) Si por parte de la sociología jurídica se busca establecer a forma en que se conforman las instituciones jurídicas y los comportamientos que suscitan en forma social; esto también puede explicarse desde el modelo de sociedad como sistema abierto, como lo estableció el propio sociólogo británico W. G. Runciman al demostrar que la sociedad y sus elementos se congregan sobre normas que son el parámetro de referencia conductual subjetiva de sus elementos; lo cual es también compatible con la idea de sistema abierto y la teoría general de sistemas
- c) Si por su parte, el sistema jurídico se entiende como las normas mediante la racionalidad limitada que es propia de la dinámica de los sistemas abiertos cambiantes; entonces la dogmática jurídica se orientará no solo a la validez sino a la eficacia; sobre la metodología mixta cuantitativa-cualitativa, mantendrá asimismo una racionalidad sistémica entre sus proposiciones más orientadas a la toma de decisiones que como decisiones tomadas por aplicar, es decir presentara un carácter dúctil como sugiere Gustavo Zagrebelsky en alusión a su concepción de ductilidad del derecho que se refiere a un orden axiológico no jerarquizado..

Es evidente que la teoría de sistemas y su modelo isomórfico presentan una base común entre la filosofía, la sociología y la dogmática del derecho. Esto no representa homologar estas disciplinas en



una ciencia omnicomprensiva sino establecer las bases que permitan la trasciendentalidad en éstas; presupuesto de una teoría integral del derecho.

*La triada organización/racionalidad/derecho: eje de la teoría integral del derecho*

Como puede verse, la idea dialéctica sustenta el isomorfismo de la teoría general de sistemas en la teoría general del derecho; cuando demuestra que son dimensiones de un mismo sistema orientada a la consecución de fines comunes; con una racionalidad común, superando la dicotomía norma/hecho. La dialéctica sin síntesis además de ser congruente con el modelo de sistema jurídico abierto y de superar la visión dicotómica e irreducible, asegura la eficacia del derecho en dos planos:

- a) Impide los conflictos normativos. En la propuesta de François Ost al no existir opuestos excluyentes sino distintas alternativas validas en forma situacional conforme al contexto de la situación concreta, es evidente que los contenidos normativos no entran en contradicción ni en conflicto, implemente debe dirimirse si conforme a la situación resulta aplicable uno u otro principio jurídico o regla.
- b) Esta visión implica evitar la ineficacia de los ordenes normativos por contradicción entre sus normas (ineficacia interna o intrínseca de los sistemas jurídicos donde una medida resta eficacia a otra) y externa pues al descontarse la visión dicotómica en cuanto a norma y hecho (o de facticidad y validez como sostiene Jürgen Habermas) no existe una confrontación entre norma y hecho sino una relación dialéctica entre ambos como sugieren los hermeneutas jurídicos, por tanto la eficacia de los ordenes jurídicos aumenta

*La visión analítica*

Si no hubiese planteado el racionalismo un modelo atomizado y dicotómico excluyente; hubiera sido más evidente que cada teoría del derecho reflejaba un aspecto verídico pero parcial del fenómeno jurídico; por ejemplo, los iusnaturalistas y los positivistas no hubieran disputado si hubieran notado que hablaban de aspectos distintos de un solo fenómeno; el derecho en efecto es universal, pero sus leyes no lo son; la relatividad y lo absoluto se complementan en esta visión dialéctica: iusnaturalistas y positivistas en ese sentido tenían ambos razón; asimismo los realistas describían una faceta del fenómeno jurídico resultante del carácter estocástico de la toma de decisiones que tiene su base en la naturaleza social; la subjetividad es en efecto un fenómeno objetivo aunque no sea tangible.



### *La nueva scientia iuris*

La nueva *scientia iuris*, una vez superada en forma paradigmática, epistémica, metodológica y teórica de la dicotomía norma-hecho y el reduccionismo que comporta; entonces presenta dos dimensiones interrelacionadas, desde el enfoque teoría y praxis:

a) Descriptiva.- Enfocada al estudio –sobre las bases de la teoría de sistemas- de la forma en que las sociedades pueden estructurarse en base a normas racionalmente establecidas; es decir el estudio del fenómeno jurídico espontáneo.

b) Normativa.-Sobre el análisis de sistemas se enfoca al estudio de los distintos diseños de los órdenes jurídicos, la equifinalidad de los sistemas sociales y su naturaleza cambiante permite que no solo se describan órdenes espontáneos sino que comiencen a diseñarse sistemas jurídicos ad hoc situacional y contextualmente considerados en forma axiológica, sobre la base de diseño organizacional.

La nueva *scientia iuris* es el enfoque integral epistemológica (teoría general de sistemas) y metodológicamente (metodología mixta) que en el entorno de la teoría de la dialéctica sin síntesis (no dicotómica) establece el marco teórico para una teoría integral del derecho prescriptiva que permita convertir al derecho en una ciencia aplicada, es decir que permita que los descubrimientos científicos del fenómeno real se conviertan en tecnología orientada a la solución de los grandes conflictos sociales de la actualidad a nivel local, regional o global. Desde esta perspectiva se desdibuja la última dicotomía entre ciencia jurídica y dogmática jurídica como resultado de la resolución de la dicotomía norma/hecho.

La nueva *scientia iuris* es una ciencia aplicada orientada al diseño de los sistemas jurídicos –mediante el análisis de sistemas de la cibernética sustentada en la teoría de sistemas, de los juegos y de contingencias- sobre las bases de la teoría integral del derecho planteada en esta investigación. La nueva propuesta además de ser integral y de desdibujar la dicotomía norma/hecho permitirá la constitución de sistemas jurídicos eficaces holísticamente concebidos desde la doble perspectiva normativa y descriptiva, congruente en términos de la sociología jurídica, la ciencia del derecho, la dogmática jurídica y la filosofía del derecho, a efecto de que las visiones del derecho no sean parciales sino de conjunto y no resten eficacia en términos fácticos a los sistemas jurídicos así diseñados. Se trata





de una ciencia orientada en forma integral al diseño y corrección de los sistemas jurídicos en el entendido de que el fin del derecho, el orden entendido como justicia se alcanza y mantiene con un equilibrio dinámico necesariamente con bases subjetivas situacionales, gobernadas por una lógica congruente con la naturaleza situacional: la lógica difusa en que se basa la ponderación.

*El juego de ajedrez en el derecho: La estructura matricial*

El contenido salino de una gota de sangre es igual al nivel de salinidad del mar en un ejemplo claro e incluso bello de homeostasis sistémica, de equifinalidad y equilibrio dinámico. La vida surge en los océanos pero la evolución llevo a la vida a conquistar nuevos ambientes, de modo que para no tener que decidir dicotómicamente entre abandonar el océano y abstenerse de expandirse hacia nuevos ambientes la vida optó por llevarse un poco del océano dentro de sí misma en su sangre, demostrando que ambos objetivos eran congruentes y no excluyentes.

En esta óptica, el derecho –mas bien el orden normativo- sería un sistema matricial y no lineal. Como plantea la teoría de sistemas los sistemas abiertos están en constante interacción con su ambiente, se adaptan a él, esto lo logran en forma contingencial al adoptar distintas formas de organización que convergen al mismo fin; es decir la equifinalidad: esto implica que aunque el derecho y su fin teleológico, la justicia son universales, la estructura de los sistemas normativos definitivamente no lo es. Y no solamente no lo es sino que sus elementos deben reagruparse en forma situacional para responder a las transformaciones sociales.

Esto implica que los sistemas jurídicos sean -como sugiere Gustavo Zagrebelsky- dúctiles, es decir que se amolden circunstancialmente; pero además implica que exista un vínculo entre lo jurídico y la estructura organizacional y social, este tipo de estructura sistémica se conoce como matricial. La estructura matricial permite responder a dos o más imperativos simultáneamente, no es jerarquizada sino interrelacionada: en el caso del derecho los dos objetivos a los que debe responder simultáneamente son: la de mantener el orden (derecho y justicia) y por otra parte encontrar contingencialmente la estructura variable del sistema jurídico no jerarquizado en forma circunstancial – según el caso-, lo que es evidente en teoría de sistemas para un sistema abierto que como el social, circunscrito en un entorno de cambio, debe optar por un equilibrio entre la homeostasis (conservación) y la transformación por adaptación en un equilibrio sin embargo no estático sino dinámico: por este motivo dice François Ost que el derecho como sistema oscila entre el orden y el desorden como respuesta a la entropía social.



En este sentido el derecho es una partida de ajedrez, pues en forma análoga si bien en el ajedrez las reglas generales están definidas y no cambian, las estrategias a que dan lugar son prácticamente interminables. El ajedrez tiene una innegable y evidente estructura matricial: algo similar ocurre con el derecho, esta organización es la forma sistémica de lograr la complementariedad de aparentes opuestos, una forma en que la versatilidad estructural no conduce a la arbitrariedad: los fines están firmemente definidos, las formas de alcanzarlos son variables y prácticamente infinitas, las posibilidades no se cancelan *ab initio* sino que se *proyectan ad infinitum*.

*Bases de sistemas jurídicos comunes para civilizaciones globales: ius semper loquitur*

Si los isomorfismos permiten unificar la ciencia del derecho y su teoría holísticamente, es posible que funden las bases para que en lo esencial se acerquen los distintos ordenamientos jurídicos de tradiciones hasta ahora consideradas sumamente diferentes por el derecho comparado; por ejemplo las codificaciones del llamado derecho europeo continental y el *common law*; que permitan la superación de conflictos normativos por deconstrucción como sugería Jacques Derrida a Niklas Luhmann y la convivencia de la diversidad como plantea Mireille Delmas-Marta en base al estado constitucional de Gustavo Zagrebelsky transportado al ámbito supranacional: el derecho continuaría siendo el pilar de las civilizaciones sustentadas en la diversidad, en la tolerancia, en la democracia pues como evidencia la teoría de los juegos en el corto plazo los juegos de acción social no cooperativos son eficientes no así en el largo plazo: la cooperación es la forma más eficiente de organización social, previsiblemente la organización del futuro y en consecuencia los pilares de una civilización global.

Para fundar una civilización global se requieren bases comunes que no homologuen, sino que acerquen posiciones mediante bases comunes flexibles: la cooperación en base a un sistema común permitirá alejar la resolución violenta de conflictos y por tanto el tan singularmente esperado choque de las civilizaciones (*clash of civilizations*) al que se refiere en forma tajante Samuel Huntington al referir la intolerancia que se sustenta en las ideologías y culturas etnocéntricas<sup>6</sup>:

El tema central de este libro es el hecho de que la cultura y las identidades culturales, que en su nivel más amplio son identidades civilizacionales, están configurando las pautas de cohesión, desintegración y conflicto en el mundo de la posguerra... La supervivencia de occidente

---

<sup>6</sup> Huntington, Samuel, *El choque de las civilizaciones*, 1º reimpresión, Paidós, México, 2001, pág. 20-21



depende de que los líderes mundiales acepten la naturaleza de la política global con raíces en múltiples civilizaciones y cooperen para su mantenimiento.

*Ipsa facto*, de no lograrse esas bases de cooperación mundial para una civilización global multicultural Samuel Huntington sentencia el conflicto en una gran conflagración a escala planetaria<sup>7</sup>:

“Las civilizaciones son las últimas tribus humanas y el choque de las civilizaciones es un conflicto tribal a escala planetaria”

El pensamiento único excluyente no puede ser la base del derecho. La exclusión es la base del conflicto, y el derecho el sistema de manejo y control de conflictos, sería absolutamente inoperante en su finalidad si parte de las mismas bases que originan los conflictos. Esto es válido a cualquier escala social, local, nacional o supranacional.

#### 6.4 DERECHO Y ENTROPÍA SOCIAL NEGATIVA

En este sentido es evidente que la función del fenómeno jurídico en la sociedad como sistema es reducir los niveles de entropía, es decir de desorden previniendo o solucionando conflictos lo que detalla en forma inequívoca a la justicia como fin teleológico del derecho entendida como el equilibrio entre los componentes de una sociedad; pero mediante un orden dinámico que se ajuste a las condicionalidades externas e internas.

El derecho debe implicar entropía negativa, es decir la reducción del desorden en los sistemas sociales. Pero para lograr este cometido es indispensable la flexibilidad de los sistemas jurídicos, a efecto de que nunca más se circunscriban en ideas dogmáticas que silencien su capacidad de responder a las necesidades sociales y por ende conduzca paradójicamente a la irracionalidad y a la injusticia; se requiere un derecho versátil fundado en una ciencia jurídica aplicada que origine sistemas jurídicos eficaces en la lógica de la facticidad que siempre tenga respuestas para una sociedad compleja y cambiante, un derecho que no guarde nunca silencio ante la problemática social, la *nueva scientia iuris* debe instaurar un nuevo modelo de derecho: *ius semper loquitur*

*Del conflicto normativo al conflicto social*

---

<sup>7</sup> Op. Cit. Pág. 247



En su obra conflictos normativos, la doctora Carla Huerta Ochoa del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, establece la caracterización de los conflictos normativos conforme a la teoría general de las normas. El conflicto normativo establece necesariamente una contradicción en la coherencia interna de un sistema normativo que conlleva a la ineficacia del sistema –pues la contradicción evidentemente en los fines del orden normativo-, es decir que existe una relación entre el conflicto normativo y la ineficacia del derecho en la esfera fáctica; en la óptica de la investigadora, se debe conceptualizar el conflicto normativo, distinguirlo de la contradicción lógica y proponer ciertas medidas no metódicas de resolución de conflictos circunstancialmente aplicada, ya sea para los conflictos entre reglas o entre principios<sup>8</sup>:

El estudio de los conflictos normativos requiere ante todo el conocimiento de su objeto, que por una parte se refiere a las normas, y por la otra a la forma en que éstas al relacionarse pueden entrar en conflicto. Por lo que resulta conveniente comenzar por tratar de resolver el problema relativo al significado norma. Así, retomando lo dicho en el capítulo primero y para los fines del presente análisis, se adoptará una concepción semántica de norma. En consecuencia, la norma es el contenido del enunciado normativo, y expresa conductas debidas, ya sean como obligatorias, prohibidas o permitidas.

Las normas, como los elementos que conforman al sistema jurídico, se caracterizan por un carácter deóntico. “Deóntico” es aquello que implica un deber ser, entendido como distinto de lo “óntico”, que se refiere al ser. Esta referido a un mundo ideal, el de las normas jurídicas, y se separa del significado de la deontología como ciencia o tratado de los deberes en virtud de que no pretende establecer que es lo que se debe hacer, sino que indica un modo de comportamiento y relación de las entidades deónticas diverso al de otro tipo de entidades.

Según Georg Henrik Von Wright el concepto deóntica se refiere a la teoría general del deber ser, es decir de los conceptos normativos y sistemas normativos. El análisis de los conceptos normativos (de los conceptos deónticos) y su relación con los conceptos del ser (los conceptos ónticos) es objeto de la semántica del lenguaje normativo. La lógica deóntica a su vez se ocupa de la aplicación de los métodos de la moderna lógica exacta (axiomatización, formalización, etc) a los problemas de la deóntica

---

<sup>8</sup> Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Pág. 47-48



La doctora Carla Huerta reproduce nítidamente los elementos que dan origen a los conflictos normativos. En primer término aparece la dicotomía norma/hecho al separar lo deóntico (en el sentido valorativo) de lo óntico, es decir la clásica desvinculación ser, deber ser; en segundo término se le presenta como polos distintos característico del pensamiento dicotómico; enseguida se establece que el término deóntico está referido a un mundo ideal con acepción distinta del término deontología como ciencia de los deberes (en este punto no se precisa el significado formal distinto), nótese como al carecer lo deóntico del carácter deontológico entendido como valoración de lo que se debe hacer, así se establece el carácter imprescriptivo de la norma en valores y se sitúa muy en la óptica de Austin como un mero deber (se obedece por que sí, por que es la norma) y además se ubica a la lógica deóntica precisamente en el ámbito de la lógica formal proposicional, considerada exacta, axiomática.

Como puede verse, la doctora Carla Huerta sitúa exactamente lo dicho por esta investigación, en el propio método, en la misma epistemología existe una concepción dicotómica, de entrada en el aspecto norma/hecho, reduccionista de opuestos (exactamente lo que rechazan Gastón Bachelard como la epistemología de los errores y en forma precisa en el ámbito jurídico François Ost y Michael Van de Kerchove); no puede resolverse sobre la causa de los conflictos normativos, el pensamiento dicotómico, los citados conflictos. Esta circunstancia demuestra el error epistemológico *ab origen* denunciado en esta investigación que permea toda la concepción del derecho conduciendo por su carácter axiomático a la ineficiencia formal de los ordenes jurídicos y por su puesto al práctico, evitando la noción descriptiva-prescriptiva del derecho; causa de su ineficacia formal y material además de la atomización del saber jurídico, esto es aun mas patente si se observa que la dicotomía norma hecho produce la dicotomía teoría práctica a la que alude Jürgen Habermas en su obra teoría y praxis. La doctora Huerta describe exactamente lo que critica Habermas una ciencia incapaz de orientar en términos prescriptivos de lo que se debe ser.

La base de los conflictos es la racionalidad absoluta subyacente en el pensamiento dicotómico de opuestos, los conflictos normativos no tendrían lugar sin la óptica dicotómica y excluyente de la lógica deductiva o formal y proposicional, pues evidentemente no habría contradicción ni espacial ni temporal, ni de validez. No debe incurrirse en la justificación Kelseniana en el sentido de que el derecho no obedece a la lógica deductiva, advierte que no puede aplicarse la lógica por que las normas no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas (proyección de la dicotomía norma/hecho pues al ser distintas sino se puede confrontar la norma con el hecho no es posible calificarlo de verdadero o falso), este es un mero ardid, pues el caracterizar a la norma como valida o invalida implica la visión dicotómica



equivalente a la posición falso/verdadero; el enfoque reduccionista y determinista de ceros y unos que en los sistemas expertos conduce a los absurdos o juicios salomónicos.

No puede verse al sistema normativo como dos partes mediante una concepción dicotómica vinculada por la visión también dicotómica del principio de imputación. Es esta visión precisamente donde se ubica el origen y no la solución de los conflictos normativos, la relación norma/hecho o ser /deber ser no es dicotómica sino dialéctica.

Esta postura reduccionista no solo genera conflictos a nivel formal en el propio orden normativo, implica excesos por la concepción de racionalidad absoluta; es decir que es el centro la ineficiencia teórica del derecho y práctica; el origen de que se cuestione la objetiva, mecánica pero muchas veces absurda en términos materiales de la impartición de justicia. La justicia no necesita ser ciega –representación iconográfica de la objetividad, la igualdad y la imparcialidad-, necesita solamente dejar de ser arbitraria por reduccionista. La solución de conflictos no puede basarse en la inflexibilidad, sino por el contrario en la versatilidad. La justicia es como dice Jacques Derrida *Ultra vires*, más allá de la simple legalidad normativa.

Si el pensamiento dicotómico no se corrige, la visión dicotómica y su reduccionismo conllevará por su carácter excluyente al choque de civilizaciones que establece Samuel Huntington –Una idea aplasta otra- o al totalitarismo, una verdad se instaura por encima de cualesquiera otra instauración como señala Michael Hardt en imperio, el conflicto no será detenido sino exponenciado; el derecho no será fuente de control y prevención de conflictos será una fuente más de conflictos. Así el conflicto normativo irresoluble conllevará a conflictos sociales irresolubles.



## CONCLUSIONES

PRIMERA. En la presente investigación se ha tratado de evidenciar la situación del derecho en la actualidad señalando su enorme complejidad, por este motivo se optó por precisar por separado las distintas facetas que en forma conjunta afectan al derecho, su estudio y práctica, con la finalidad de simplificar en la medida de lo posible el análisis; empero la problemática del derecho comporta una verdadera y compleja constelación de problemas conexos e interrelacionados a varios niveles, cuya exposición no puede reducirse en forma lineal dado que las cuestiones tratadas se implican en forma recíproca.

SEGUNDA.- Se partió de una hipótesis compleja que destaca que en la actualidad el orden jurídico se encuentra cuestionado a nivel teórico y práctico como resultado de una deficiencia epistemológica de origen, con efectos sobre la metodología y conformación de la ciencia del derecho que condujo a una teoría del derecho parcial e insuficiente, incapaz de comprender la naturaleza del fenómeno jurídico y como consecuencia a una práctica jurídica ineficaz en las sociedades contemporáneas debido al deficiente diseño de los sistemas jurídicos.

TERCERA.- En primer término, se acreditó que los sistemas jurídicos se encuentran cuestionados en la actualidad debido a su notoria ineficacia práctica como claramente señalan Michael Hardt y Antonio Negri en imperio al establecer como el orden jurídico internacional es sumamente ineficaz en gran medida por que se situó en una óptica formal conforme a los imperativos de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Refuerzan las tesis de Antonio Negri los acontecimientos recientes de la política internacional pues como detallan los teóricos el orden normativo internacional evidencio su ineficacia en la incapacidad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para evitar la intervención armada de Los estados Unidos de Norteamérica en Irak, que se desarrollo como previeron los autores de imperio mediante una política de guerra preventiva similar a la *pax romanae*.

CUARTA.- Se evidenció asimismo que la ineficacia del derecho se relaciona estrechamente con la insuficiencia teórica de la teoría general del derecho, debido a que aborda al derecho como objeto de estudio en forma parcial generando un conocimiento atomizado del derecho. La deficiencia de la teoría general del derecho se explica en razón de los fundamentos epistemológicos de la ciencia del derecho que determinaron una metodología de estudio deficiente. Anthony Giddens da cuenta de que el paradigma de certeza en la ciencia, las instituciones y la vida cotidiana se encuentra en crisis en la postmodernidad mientras que François Ost y Michael Van de Kerchove apuntan que la crisis por esta



circunstancia se suscita asimismo en el derecho (como teoría y práctica), se desprende como consecuencia de la complejidad e incertidumbre inherentes al fenómeno jurídico que se sitúan más allá de la noción de certeza correspondiente a la modernidad y su concepción de ciencia del derecho.

QUINTA.- La ciencia del derecho se sustentó en la concepción epistemológica del racionalismo que afirma la existencia de verdades unívocas, presupuesto para la constitución de leyes nomológicas –de naturaleza causal- deterministas y susceptibles de ser reducidas a un conjunto de proposiciones axiomatizadas, conforme a este planteamiento se constituyó sobre la idea del método único e infalible de René Descartes una metodología sustentada en la lógica deductiva, que en términos lógicos y formales reproducía el principio de causalidad (particularmente los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercer excluido). Esta concepción epistemológica se vio reforzada por el positivismo jurídico que agregó a la idea de univocidad de verdades científicas el presupuesto de la objetividad científica como destaca su fundador el sociólogo francés Augusto Comte al referir que el estado científico implica la superación de las nociones metafísicas y subjetivas de la ciencia.

SEXTA.- El positivismo se trasladó epistemológica y metodológicamente al ámbito de las ciencias sociales sin exceptuarse el derecho.

SÉPTIMA.- Las nociones del racionalismo y del positivismo se reflejaron en la ciencia del derecho, primero en la propuesta paradigmática de la escuela de la exégesis francesa que conformó un postulado, el principio de legalidad, que respondía del todo a la concepción racionalista-positivista del derecho presuponiendo que los ordenes jurídicos eran infalibles, que podían reducirse a un conjunto de leyes axiomáticamente codificadas a aplicar en forma objetiva mediante subsunción (silogismo de la norma general y abstracta al caso particular) en ausencia de valoración alguna del juzgador, conforme al apotegma que caracterizó a esta escuela: *in claris non fit interpretatio*.

OCTAVA.- Por su parte el teórico y jurista austriaco Hans Kelsen genera el sustento teórico de la escuela de la exégesis en su teoría pura del derecho, como su predecesora, Hans Kelsen retoma la idea de sistema axiomático en su propuesta de norma hipotética fundamental y sistema jurídico de normas derivadas por validez de la *grundnorm*, su noción de teoría pura denota la concepción de método único del racionalismo y la idea de objetividad del positivismo se encuentra fielmente reproducida en la teoría pura del derecho que busca la cientificidad del estudio del derecho mediante la objetividad.





NOVENA.-La teoría pura del derecho de Hans Kelsen propone como condición para alcanzar la científicidad a través de la objetividad, suprimir la subjetividad del estudio del derecho: el derecho es positivo es la codificación normativa sin más. Para alcanzar tal objetividad Hans Kelsen se vio influenciado por el círculo de Viena que propugnaba que las verdades científicas se entendían solo en forma de proposiciones lógicas o empíricas; como el hecho no es susceptible de comportarse en forma causalista como requiere el racionalismo, ni puede convertirse en una ley nomológica susceptible de sistematizarse axiomáticamente, Hans Kelsen opta por evitar los hechos en la teoría pura del derecho, lo que conforme a los imperativos racionalistas positivistas del círculo de Viena lo conducen a las proposiciones formales, pues como el propio teórico austriaco detalla si bien rechaza el positivismo empírico demuestra interés en el principio de causalidad, y de hecho trata de emularlo en un plano formal mediante el principio de imputación que respondía a la lógica causalista si A entonces B en términos formales aunque en la esfera fáctica no se verificara.

DÉCIMA.-En el planteamiento de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen queda clara la exclusión de los hechos en su teoría, es decir la dicotomía norma-hecho, estableciendo una base para la desvinculación entre teoría y práctica en el ámbito jurídico.

DÉCIMA PRIMERA.- En el contexto de la dicotomía norma/hecho Hans Kelsen refiere que la teoría del derecho se encuentra libre de ficciones jurídicas, por tal motivo desecha la crítica de Vaihinger en el sentido de que las ficciones jurídicas restan eficacia al sistema jurídico al establecer que si se omite la errónea concepción de vinculación norma hecho, queda claro que no existen ficciones en la teoría ni en la práctica del derecho. Evidentemente, lo que propone el teórico austriaco es una tautología. Por otra parte es de señalar que como establece Mendoça la ficción es un razonamiento que se sabe falso con la finalidad de establecer el resultado deseado de antemano, empero en el ámbito de neutralidad axiológica de Hans Kelsen, la ficción carece de referente axiológico, y en ese sentido es una verdadera tautología capaz de validar cualquier ideología. ¿Cómo se define el fin deseado sin un referente axiológico en la desvinculación dicotómica norma/hecho?

DÉCIMA SEGUNDA.- Respecto del contenido ideológico de la forma jurídica, recuérdese la aguda crítica de Michel Foucault en sus obra las formas jurídicas y la verdad, donde destaca que en el pensamiento científico occidental han existido en forma simultánea dos formas de acercarse a la verdad, una tautológica y axiomática a partir de los propios postulados disciplinarios y otra basada en la verdad histórica que contrasta la teoría contra la realidad fáctica o histórica; en este sentido Michel Foucault no tarda en señalar que las normas jurídicas se sitúan en el sistema tautológico y disimulan la verdad



histórica que en el caso del derecho es el dominio social. En este punto se evidencia que la propuesta de Hans Kelsen se sitúa precisamente en la descripción de Michel Foucault pues mediante la ficción jurídica anclada firmemente en la dicotomía norma/hecho permite que se revista de cientificidad un sistema jurídico que en realidad es la expresión de intereses políticos. ¿No es la norma hipotética fundamental o *grundnorm* el más evidente ejemplo de un dogma? Y siguiendo a Kenneth Minogue ¿no es el dogma el centro de todas las ideologías? Una idea incuestionable que preside todo sin cuestionamiento alguno, el dogma, se representa claramente como tal en la *grunnorm*.

DÉCIMA TERCERA.- Con lo antes expuesto queda demostrada la tesis de la dictadura del aforismo, el principio legal sustentado en la inobjetabilidad de la infalibilidad racional y en la intachable objetividad científica no puede ser objeto de críticas que necesariamente serían -desde el punto de vista axiomático de su propuesta- argumentaciones inatendibles por ser subjetivas y anticientíficas. Tampoco pueden ser contrastadas contra la realidad debido a la dicotomía norma /hecho, un esquema axiomático, mediático, muy conveniente para justificar cualquier ideología a nivel formal.

DÉCIMA CUARTA.- En el orden axiomático propuesto por Hans Kelsen el fin teleológico del derecho es el derecho mismo, lo que evidencia en forma por demás notoria el carácter axiomático y tautológico de su propuesta. No es de extrañar esta circunstancia pues en la neutralidad axiológica que propone Hans Kelsen, no existen referentes externos que definan los fines del derecho, por tanto el derecho es su principio y fin simultáneamente establecidos a partir de sí mismo en forma axiomática.

DÉCIMA QUINTA.-La teoría del derecho así concebida si bien no se sustenta en la realidad si se orienta a la aplicación práctica en forma indirecta. La teoría general del derecho establecida en la propuesta de teoría pura de Hans Kelsen obviamente influencia la práctica jurídica (dogmática jurídica). El positivismo axiomáticamente concebido plantea una forma de pensar que se trasmite a los estudiante de derecho en las universidades y posteriormente determina la praxis del derecho: el razonamiento silogístico a partir de la legislación, excluyendo cualesquiera otra consideración y sin atender a los efectos materiales o sociales en todos los niveles desde el proceso legislativo a la aplicación jurisdiccional; formalmente correcto, materialmente irrelevante el resultado social. Esta es una grave circunstancia como detalla Jürgen Habermas al comentar la errónea concepción acerca de las cualidades formales del derecho en Max Weber señalando que las cualidades formales en realidad son valores y que de hecho sin valores las normas carecen de sustancia e impacto social.



DÉCIMA SEXTA.- La propuesta del positivismo racionalista presente en la propuesta iuspositiva formal de Hans Kelsen pronto evidencio sus limitaciones axiomáticas intrínsecas. El racionalismo y su univocidad implican una concepción de racionalidad absoluta – la idea de que el principio o norma jurídica es valida en todo tiempo y circunstancia- lo que en ausencia de valoración axiológica conduce en múltiples casos a sinsentidos conocidos en el *argot* jurídico como juicios salomónicos – para no mencionar la presencia de contradicciones y paradojas irresolubles desde el plano axiomático-, en efecto la extrapolación de un contenido normativo a su extremo causa el absurdo, por ejemplo en el caso de Salomón, dividir algo entre dos personas *in abstracto* reviste racionalidad, empero en el contexto en que lo proponía salomón se evidencia inmediatamente el absurdo, dividir a un ser humano entre dos personas es simple y llanamente absurdo.

Esta limitante del derecho axiomáticamente concebido conduce a la ineficacia práctica de los sistemas jurídicos, es decir obstaculiza los fines del derecho y comporta terribles consecuencias sociales como plantean los críticos de este aspecto bajo la máxima *summum ius summa iniuria*. En la esfera fáctica esta situación es evidente; en forma paradójica mientras los juicios de Nuremberg denotaban que conforme al positivismo los ejércitos alemanes no habían cometido ilícito alguno; y por tanto quedarían impunes: los nazis habían aplicado escrupulosamente los ordenamientos legales de su nación, elaborados conforme al proceso legislativo, vigentes en Alemania y conforme al principio de legalidad no procedía enjuiciar a los nazis por delitos de lesa humanidad no previstos previamente en la legislación aplicable (o válida según Hans Kelsen) máxime cuando los derechos humanos no estaban positivamente reconocidos. ¿Qué ocurre cuando la *grundnorm* establece la superioridad de un pueblo y le confiere el derecho de exterminar a los pueblos que no le simpatizan? La objetividad de la ciencia jurídica permitió la muerte de seis millones de personas, pero la vida humana es solo un valor subjetivo, acientífico del cual no tenía por que ocuparse la ciencia jurídica.

Este es el contexto de la crítica de Víctor Hugo al derecho axiomático ejemplificando en el dilema de su personaje Javert, la irracionalidad de una ley considerada absoluta en ausencia de un referente empírico, que es precisamente a lo que se refiere Bertold Brecht al sostener : “Hay jueces absolutamente incorruptibles, nada les induce a hacer justicia”. Esta es precisamente la irresponsabilidad socialmente disimulada a la que se refiere el sociólogo germano Ulrich Beck como riesgo para la humanidad y la continuidad de su civilización en la postmodernidad que dibuja con precisión Samuel Huntington en el choque de las civilizaciones: ¿cuanto tiempo va a pasar antes de que la intolerancia fundada en la racionalidad absoluta de cada cultura con su etnocentrismo y verdades únicas nos conduzca en ausencia de un orden jurídico global ,eficaz y plural a una gran conflagración mundial?



Esta circunstancia es particularmente señalada por Carl Schmitt en su obra el concepto de lo político donde advierte que los principios analíticos y reduccionistas del positivismo jurídico alemán no podrían reducir la realidad ni mediante una ciencia causalista ni mediante una disciplina prescriptiva axiomatizada; empero también detalla que esa realidad histórica –los hechos- tampoco pueden ser obviadas ni en la teoría ni en la práctica del derecho aun con su contenido axiológico, político e ideológico como pretende la dicotomía norma hecho sin restar eficacia a los ordenes jurídicos.

Por otra parte Hans Kelsen creo las bases del sistema que permitió al nazismo establecer un orden jurídico valido que le costo el exilio en los Estados Unidos por haber omitido de su teoría la cuestión de la justicia, Hans Kelsen sufrió la ausencia de una justicia que el mismo se empeño en ocultar y desterrar de la teoría y práctica del derecho. ¿Justicia poética?

La presente crítica, empero es constructiva, no persigue procurar un juicio sumario al gran teórico Hans Kelsen ni desmerecer las aportaciones del pensador, solo evidenciar las paradojas a las que conduce el pensamiento axiomático del iuspositivismo. Hans Kelsen fue un hombre de su época, comprometido con el desarrollo del pensamiento jurídico que sistematizo el estudio del derecho. Es punto de partida de cualquier estudio jurídico pues parafraseando a Newton, si actualmente vemos más lejos es por que estuvimos parados en los hombros de gigantes; y uno de esos gigantes en el mundo jurídicos fue inequívocamente Hans Kelsen, hombre congruente que sufrió en persona sus errores y tuvo el valor para enmendarlos, lo que demuestra que el teórico no solo fue un gran hombre en el sentido ético sino que fue un verdadero científico.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Con los juicios de Nuremberg –entre otros- quedo expuesta la crisis del positivismo jurídico, y la necesidad de reformular la teoría y práctica del derecho ante la abrumadora evidencia de que el derecho no puede conceptualizarse en ausencia axiológica. El estado actual de la ciencia del derecho, de la teoría del derecho y la práctica jurídica -si se permite una analogía- es una verdadera torre de babel caracterizada por el eclecticismo epistemológico, metodológico, teórico y práctico; el conocimiento del derecho continúa atomizado y asistemizado como sostiene Jorge Witker: por una parte la teoría del derecho (la concepción iusnaturalista, positivista, realista y hermenéutica confrontadas entre si), por otra la sociología jurídica y la filosofía del derecho distanciadas cuando no enfrentadas. La dicotomía norma hecho continua insuperada, unas propuestas sugieren un enfoque descriptivo y otras un enfoque prescriptivo, el derecho a nivel teórico continua –con pronunciada tendencia- cuestionado y a nivel práctico continua siendo ineficaz en los distintos planos local, nacional y supranacional.



DÉCIMA OCTAVA.- Es necesaria una nueva concepción epistemológica y metodológica de la ciencia del derecho que permita unificar el conocimiento jurídico aun atomizado hacia una nueva ciencia del derecho, que siendo capaz de comprender la naturaleza compleja y multidimensional del derecho permita una teoría integral del derecho dominada por el doble enfoque prescriptivo-descriptivo como reclama Jürgen Habermas en facticidad y validez, que supone la superación de la dicotomía norma hecho y de los cuestionamiento a la validez científica de la teoría del derecho y el cuestionamiento a su eficacia práctica a efecto de que la ciencia del derecho y su teoría, la dogmática jurídica, la filosofía del derecho y la sociología del derecho no se mantengan inconexas y hasta confrontadas.

DECIMA NOVENA.- En este sentido se sustenta la necesidad de un cambio paradigmático y se propone fundar la nueva ciencia del derecho –la nueva *scientia iuris*- sobre la base epistemológica de la teoría general de sistemas, que conforme a su modelo de sistema isomórfico permita establecer una base para integrar los distintos campos del conocimiento jurídico entre sí mediante una metodología transdisciplinaria que posibilite evitar la atomización del saber jurídico hacia una concepción holística de la ciencia del derecho apta para estudiar el derecho como fenómeno en su conjunto, en toda la complejidad que se desprende de su multidimensionalidad.

VIGÉSIMA.- Aplicar la teoría general de sistemas permite visualizar a la sociedad como un sistema abierto – pues la propuesta de Niklas Luhmann, sustentada en el funcional estructuralismo de sistemas autopoieticos en nada supera la concepción axiomatizada de Hans Kelsen al ser autoreferencial y conducir a paradojas irresolubles como expone Gunther Teubner respecto de los sistemas jurídicos autopoieticos- infiriendo que la sociedad está compuesta por un conjunto de elementos (individuos) cuya interacción determina la sobre vivencia de la sociedad que es un fin sistémico, por ende la prevención y resolución de conflictos es la finalidad de los sistemas sociales, evitar los conflictos en la sociedad en términos de sistemas se conoce como entropía. Los sistemas abiertos están en interacción –dialéctica- con su medio circunvecino lo que implica que deben constantemente estar sujetos a transformación.

VIGÉSIMA PRIMERA.- En la lógica de la sociedad como sistema abierto se desprende que los sistemas jurídicos están orientados a la prevención/resolución de conflictos sociales, por tanto puede entenderse esta como el fin teleológico de los sistemas sociales, de modo que si se comprende a la justicia como el mantenimiento del orden social que posibilite la sobrevivencia de la organización social, puede sostenerse que la justicia es el fin teleológico del derecho y sus sistemas jurídicos.



VIGÉSIMA SEGUNDA.- la sociedad como sistema abierto se constituye mediante normas sociales que posibilitan la organización social como señala el sociólogo británico W. G. Runciman, esas normas sociales mantienen la cohesión social y sistémica de la sociedad, son como señala Jon Elster el cemento de la sociedad y se erigen sobre una racionalidad, tal y como exponen los autores iusnaturalistas contractualistas (Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau) y especialmente el teórico John Rawls en su teoría de la justicia mediante convenciones sociales; empero Jon Elster previene que si bien las normas sociales –incluidas por su puesto las jurídicas- se basan en la racionalidad, ésta no puede comprenderse como absoluta, pues tal circunstancia conduciría a previsibles absurdos. En este entendido se entiende por que el derecho es un fenómeno universal en tiempo y espacio como necesidad sistémica de establecer organización en forma de normas sociales –jurídicas- pero que al seno de la sociedad como sistema orgánico en transformación permanente, la ley contenida en los sistemas jurídicos se transforma circunstancialmente en tiempo y espacio, en un orden social dinámico y dialéctico.

VIGÉSIMA TERCERA.- Establecer a la sociedad como sistema abierto orientada a la prevención de conflictos sociales en un entorno de transformación permanente sobre la base de normas sociales –jurídicas- que cohesionan el sistema sujetas a racionalidad limitada –no absoluta-validas solo contextualmente- dirige a reconsiderar el papel de la subjetividad en las sociedades y por tanto en la teoría y práctica del derecho. La subjetividad como previene Jon Elster no es una forma de irracionalidad sino una lógica contextual que permite discernir entre distintos cursos de acción de acuerdo con las circunstancias imperantes, esta circunstancia explica la complejidad del fenómeno jurídico en la postmodernidad a que alude François Ost en conjunto con Michael Van de Kerchove y comporta importantes repercusiones para la concepción de ciencia en general, para la conceptualización de la ciencia del derecho a título particular, de sus metodologías de estudio, para la teoría del derecho, el concepto de derecho y por supuesto para la forma de practicar el derecho.

VIGÉSIMA CUARTA.- En término epistemológicos el modelo de sociedad como sistema abierto permite tender puentes entre los campos actualmente diferenciados del derecho y superar la atomización mediante una concepción holística. La noción de sociedad cohesionada sobre normas racionalmente constituidas orientadas a la prevención del conflicto social es congruente con la noción de la sociología jurídica (el modelo explica cómo se estructuran las instituciones y relaciones sociales, en particular las jurídicas en torno a la prevención del conflicto social), de la filosofía del derecho (pues establece la justicia como fin teleológico del derecho sobre fundamentos éticos) y la ciencia del derecho (el modelo



de sistema abierto explica por que el derecho es un fenómeno constante y universal como sostenían los iusnaturalistas pero sus normas son relativas en tiempo y espacio como señalan los iuspositivistas, además de establecer que la racionalidad de las normas se basa en la conducta individual y colectiva, que siendo subjetiva mantiene un componente empírico conductual sustentado en la noción de probabilidad como establecen los realistas norteamericanos y establece el carácter dialéctico del sistema jurídico sujeto a permanente transformación del orden social y jurídico, fundando la concepción hermenéutica del derecho).

VIGÉSIMA QUINTA.- La integración epistemológica de los distintos campos del conocimiento jurídico, permite superar la dicotomía norma/hecho avanzando hacia una ciencia del derecho holística, que revista el aspecto descriptivo pero también prescriptivo de la ciencia como lo permite el modelo de sistema abierto, de este modo la ciencia jurídica, la nueva *scientia iuris* no solo tendrá un presupuesto descriptivo sino también prescriptivo como plantea Jürgen Habermas en su *opus magnum* teoría y praxis, es decir convertir a la ciencia del derecho en algo más que una ciencia pura, en una ciencia aplicada capaz no solo de describir los sistemas y fenómenos jurídicos (el ser en la terminología de Hans Kelsen) sino capaz de generar tecnología, es decir adelantos científicos de aplicación práctica (el deber ser en la lógica deóntica). La nueva *scientia iuris* es una ciencia orientada al diseño de sistemas jurídicos eficientes, con la finalidad de obviar la dicotomía ciencia jurídica/dogmática jurídica, aun atomizadas, inconexas e incluso opuestas, que explican la ineficacia teórica y fáctica de los sistemas jurídicos actuales.

Desde la óptica del análisis de sistemas (cibernética), los sistemas tienen una ontología, una arquitectura y una teleología. En el caso del fenómeno jurídico estos componentes se estudiaban en forma inconexa, la dicotomía del derecho respecto del hecho desvinculaban la ontología del fenómeno jurídico de la arquitectura del sistema normativo y por lo tanto alejaba la teleología del derecho (sus fines). Por el contrario la nueva *scientia iuris* recompone estos tres elementos o dimensiones del fenómeno derecho: ontología, arquitectura y teleología del fenómeno jurídico son congruentes y consistentes en el modelo racionalidad-organización social- sistema normativo, la teoría general de sistemas explica la constitución de sistemas mixtos conformados por subsistemas físicos y abstracto, que permite evitar la distinción dicotómica norma/hecho y por tanto teórico-práctica hacia una visión integral del derecho prescriptiva y descriptiva.

VIGÉSIMA SEXTA.- Esta concepción de ciencia jurídica en base a la epistemología del modelo de sistema abierto permite asimismo una metodología transdisciplinaria, o mixta como establece Takassori



Abbas que abarca tanto los aspectos cuantitativos (descriptivos) como los prescriptivos (cualitativos). La dinámica del orden jurídico se sustenta en la subjetividad entendida como una lógica difusa capaz de discernir entre distintos cursos de acción en forma circunstancial originando complejidad, este propósito en términos científicos se funda en la moderna teoría de los juegos, orientada precisamente a determinar a partir del conflicto cual es el curso de acción más conveniente para un determinado conflicto sin considerar que existe una única opción siempre válida como hacía el pensamiento axiomático –lo que evita la arbitrariedad–; ello en asociación con la teoría de las contingencias que conforme a su principio *"it all depends"* plantea que la solución de un conflicto depende de las circunstancias, el cuadro teórico se cierra con la propuesta de la dialéctica sin síntesis de François Ost y Michael Van de Kerchove, la superación de los principios de racionalidad absoluta de la lógica deductiva permite evitar la bipolaridad de los errores ( Gaston Bachelard) y por ende la noción de univocidad determinista que permite superar la visión reduccionista, atomizante y dicotómica a favor de una lógica difusa de la plausibilidad, fundando la concepción hermenéutica del derecho conforme al modelo de sistema abierto, como un orden dinámico basado en un equilibrio (homeostasis) dinámico y dialéctico.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Lo anterior concede fundamento teórico-científico a la hermenéutica de la argumentación jurídica en una teoría integral del derecho tanto prescriptiva como descriptiva sobre la teoría del estado constitucional de Gustavo Zagrebelsky cuya ductilidad axiológica en los sistemas jurídicos se sustenta en la necesidad del orden dinámico del modelo de sistema abierto, el contenido axiológico se sustenta en la noción de racionalidad limitada, en la teoría de los juegos y de contingencias; lo que fundamenta la crítica de la propuesta hermenéutica a la objetividad científica a que se refieren tanto Georg Hans Gadamer como Martin Heidegger en la hermenéutica de la facticidad, rechazando la distinción entre lo prescriptivo y lo descriptivo al criticar la noción de neutralidad axiológica en la ciencia del derecho como sostiene en términos metodológicos Takassori Abbas y en términos teóricos Jürgen Habermas en facticidad y validez, conduciendo a la teoría integral del derecho en forma prescriptiva descriptiva.

VIGÉSIMA OCTAVA.- La teoría integral del derecho presente en la teoría del estado constitucional de Gustavo Zagrebelsky implica replantear la dogmática jurídica y por ende la praxis del derecho hacia la superación del pensamiento axiomático o silogístico. Como claramente deja ver este autor el pensamiento axiomatizado del derecho está superado incluso en la noción de sistema de reglas y principios, pues los principios más allá de la lógica de la analogía presuponen contenido axiológico que - como detalla Zagrebelsky- no pueden ser jerarquizados, por ende recurrir a los principios no es suficiente para resolver por ejemplo conflictos normativos: ¿que es más importante la igualdad, la vida,





la propiedad? Solo contextualmente puede darse una respuesta a este aspecto según el caso concreto, lo que permite sostener que la noción de justicia de dar a cada quien lo que corresponde es correcta desde la perspectiva de aneutralidad axiológica de la teoría hermenéutica –sustentada en la teoría de sistemas, de juegos, contingencias y dialéctica sin síntesis- lo que permite avanzar hacia la teoría de la decisión judicial basada en el estudio de caso conforme al paradigma hermenéutico dialéctico de la argumentación jurídica; como establece el también teórico italiano Michel Taruffo en base de nueva cuenta a la lógica difusa, ante la inexistencia de normas infalibles debe ponderarse la mejor decisión según el caso, por ejemplo mediante la sencilla técnica del árbol de de decisión de la teoría de los grafos y de la conceptualización del estudio de caso.

Se sustenta la consideración de Jacques Derrida en el sentido de que se requiere un derecho *ultra vires*, situado más allá de la lógica dicotómica legal/ilegal o valido invalido del pensamiento jurídico axiomático. Nótese que la lógica dicotómica valido invalido es idéntica a la lógica proposicional verdadero/falso (Hans Kelsen sostiene que la lógica proposicional no opera en el derecho pues no puede determinarse si una norma es verdadera o falsa). Empero su razonamiento se mantiene en los límites del razonamiento dicotómico: valido o invalido de la lógica proposicional, reduccionista que conduce no a la superación de antinomias ni de paradojas en el simple plano formal sino a verdaderas ineficacias, su forma reduccionista incrementa los conflictos en el plano social en vez de reducirlos.

Esta circunstancia conduce a replantear la enseñanza del derecho como coinciden en señalar la doctora Leticia Bonifaz Alfonso (Universidad Nacional Autónoma de México) y la doctora Ana Laura Magaloni Kerpel (Centro de Investigación y Docencia Económica) al puntualizar que el pensamiento jurídico debe evolucionar hacia la sensibilización social en la resolución de conflictos sociales. El doctor en filosofía de las ciencias sociales Enrique Serrano Gómez (Universidad Autónoma Metropolitana) coincide con la doctora Ana Laura Magaloni Kerpel e insiste en que al menos en el caso de México los sistemas jurídicos son ineficaces por que carecen de mecanismo para procesar los conflictos y la propia Suprema Corte de Justicia de México lo secundó al convocar a la reforma integral del sistema de administración e impartición de justicia reconociendo en voz del ministro Vicente Aguinaco Alemán que se necesita conceptualizar un sistema de justicia que responda ampliamente a las necesidades del país, es decir a las necesidades sociales, evidenciando una vez mas la ineficacia de los sistemas axiomatizados de derecho en la esfera práctica.

VIGÉSIMA NOVENA.- Con esta propuesta se pretende evitar los errores epistemológicos de la ciencia del derecho, pasando de una concepción atomizada a una holística, ello para conceptualizar al



fenómeno jurídico mediante modelo de sistema abierto, cuyo isomorfismo permite la transdisciplinariedad necesaria para establecer una teoría integral del derecho tanto prescriptiva como descriptiva, lo cual implica la superación de la lógica dicotómica de la lógica deductiva mediante la lógica difusa o *fuzzy* planteada en la dialéctica sin síntesis de que supone la superación de los principios de identidad, no contradicción y tercer excluido. Esta implica unificar el conocimiento jurídico y obviar dos dicotomías; la dicotomía norma hecho, y en relación con ésta la dicotomía ciencia del derecho/dogmática jurídica, como presupuesto para que se supere la insuficiencia teórica del derecho y su ineficacia práctica en la postmodernidad.

TRIGÉSIMA.- Superar la dicotomía en el pensamiento jurídico persigue prevenir que las sociedades postmodernas de la globalización diriman sus conflictos mediante el totalitarismo al que aluden Michael Hardt y Antonio Negri en imperio o la conflagración intercivilizacional a que se refiere Samuel Huntington en el choque de las civilizaciones, ambas debidas a la inflexibilidad que convierte en ineficaces a los sistemas jurídicos especialmente en el plano internacional. Si los sistemas jurídicos no se orientan a la solución de conflictos éstos simple y llanamente no desaparecerán sino que aumentarán.

La idea es un sistema jurídico supranacional como establece Mireille Delmas Marty, basado en la tolerancia sistémica de la diversidad, a efecto de que no se obstaculicen los fines del derecho, y la justicia en última instancia. Ahora es posible responder a Alain Tourain acerca de si las sociedades humanas podremos vivir juntas tras el declive de la concepción de sociedad racionalmente establecida conforme a la promesa de la certeza: la modernidad ya no podrá soportar la instauración de las civilizaciones en base a la certeza absoluta, empero es factible construir los fundamentos de una civilización global en la postmodernidad, que a cambio de la certeza ofrece un mundo de posibilidades múltiples basados en un sistema jurídico internacional flexible que responda por igual a los imperativos de ciencia y de justicia.



## BIBLIOGRAFÍA

- Aksu, Esref y Camilleri A. Joseph, *Democratizing the global governance*, First Edition, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2002.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2º edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997
- Aristotle, *On interpretation, great books of the western world*, the Works of Aristotle, volume I, Chicago University, 1971.
- Aristóteles, *Política*, 19ª edición, Porrúa, México, 2000
- Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2000
- Ashby W. R., *Introduction to cybernetics*, New York, John Wiley and sons, Inc, 1956
- Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, teorías de la argumentación jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003
- Baumgartner, M. P., *The social organization of law*, 2nd Edition, Academic press, United States of America, 1999
- Barry, Brian, *Teorías de la Justicia*, 1ª Edición, Barcelona, España, 1995
- Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, España, 2002
- Bertalanffy, Von Ludwing, *Théorie générale des systèmes*, Dunod, Paris 1973
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo Jurídico*, 3ª Edición, Fontamara. México, 1994
- Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia del derecho*, 1ª Edición, Porrúa, México, 1993
- Bunge Mario, *Ciencia y desarrollo*, Ediciones siglo veinte, Buenos Aires Argentina, s/a
- Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, 1ª Edición, Fontamara, México, 1993.
- Chiavenato, Idalberto, *Introducción a la teoría general de la administración*, Mc Graw Hill, 5ª Edición, México, 2002.
- Chomsky, Noam, *El bien común*, 1ª Edición en español, Siglo XXI, México, 2001
- Clemen T., Robert, *Making hard decision, an introduction to decision analysis*, second edition, United States of America, 1996
- Comte, Auguste, *Curso de Filosofía Positiva*, 1ª Edición, Aguilar, Argentina, 1973,
- Da Silva O. Reynaldo, *Teorías de la administración*, Thompson, México, 2003.
- Delmas-Marty, Mirreille, *Pour un droit commun*, Le Seuil, Paris, 1994.
- Descartes, René. *Discurso del método*. Estudio preliminar, traducción y notas de Eduardo Bello Reguera. Madrid: Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- Douglas G. Baird et al, *Game theory and the law*, fourth printing, Harvard University press, United States of America, 2000



- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978.2
- Dworkin, M. Ronald, *El imperio de la ley*, 2ª Edición, Barcelona, Gedisa, 1992
- Duncan Luce y Raiffa Howard, *Games and decisions*, Introduction to survey problems, Dover publications, New York, United States of America, 1989
- Einstein, Albert y otros. *La teoría de la relatividad*. Madrid: Alianza Editorial, 1978
- Elster, Jon, *The Cement of Society, A study of social order*  
Cambridge: Cambridge University Press, 311 pages, England, 1990
- Elster, Jon, *Salomonic Judgments*, Cambridge: Cambridge University Press, England, 1989.
- Elster, Jon, *Alquimias de la mente*, Paidós, Barcelona, España, 2002.
- Euclides, *Elementos de Geometría*, tomo I-II, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992
- Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y garantismo*, 1ª Edición, Fontamara, México, 2004
- Filloo Yagüe, Eugenio, *Didáctica e historia de la geometría euclidiana*, Grupo Editorial Iberoamérica, México, 1998.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Cuarta Edición, Gedisa, España, 1995
- Frank, Ana, *Diario de Ana Frank*, 8ª Edición, editorial Tomo, México, 2005.
- Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, 2º Edición, Fontamara, México, 1993, pág. 9-10
- Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*, Colección universitaria, Editorial debate, Madrid, España, 1989.
- Gadamer, Hans-Georg, Bernhard Welte, and Fernand Couturier. *Herméneutique : traduire, interpréter, agir*. [Saint-Laurent]: Éditions Fides, 1990
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 1988, pp. 318-330.
- Giddens Anthony, *Un mundo desbocado*, Taurus, España, 2000.
- González, María del Refugio, (comp.) *Historiografía y metodología del derecho*, Instituto Mora- Universidad Autónoma Metropolitana, 1ª Edición, México, 1992.
- Grant E. William et al, *Ecología y manejo de recursos naturales: análisis de sistemas y simulación*, wildlife and fisheries sciences, Texas A & M University, Collage Station, Texas, United States of America, 1998.
- Graysson-Smith, Hugo, *The changing concept of science*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1967
- Gross, Jonathan, y Yellen, Jay, *Graph theory, and its applications*, CRC, Library of the congress, United States of America, 2000.
- Habermas, Jürgen, *On the logic of social sciences*, fourth printing, the MIT press, Cambridge, Massachusset, United States of America, 1988
- Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis*, 1ª Edición, Rei, México, 1993



- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trota, España, 2002
- Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003
- Hawking, Simon, *Neural network*, Second Edition, Prentice-Hall, New York, 1999
- Hawking, Stephen, *Breve historia del tiempo*, Biblioteca de divulgación científica, Muy interesante, RBC Editores, Barcelona, España, 1998, pág. 81
- Hart Leonard, *The concept of Law*, Oxford University Press, Clarendon, Great Britain, 1994
- Heater, Derek, *World Citizenship*, Continuum, London, 2002
- Hardt Michael y Negri Antonio, *Imperio*, 1ª Edición, 2ª reimpresión, Paidós, Buenos Aires, 2002
- Heidegger, Martin. *La fenomenología del espíritu de Hegel*. Edición de Ingtraud Görland. Traducción, introducción y notas: Manuel E. Vázquez y Klaus Wrehde. Madrid; Alianza Editorial, 1992
- Hoester, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, España, 2000
- Huntington, Samuel, *El choque de las civilizaciones*, 1º reimpresión, Paidós, México, 2001
- Kant, Immanuel, *The critique of the pure reason*, B edition, London, 1781
- Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2002
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 1ª Edición, Fontamara, México, 1991
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del derecho*, 2ª Edición, UNAM, México, 1995
- Kelsen, Hans y Fuller Lon, *Ficciones jurídicas*, comp. (Ernesto Garzón Valdés de la universidad de Maguncia, Alemania y Rodolfo Vázquez por el Instituto tecnológico de México, México), Fontamara, México, 2003
- Koutsyiannis, A., *Macroeconomía moderna*, Amorrortu, Buenos Aires, 1985, Pág. 21
- Kuhn, S. Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 15ª Edición, FCE, México, 1999
- <sup>1</sup>Luhmann, Niklas, *Positive law and ideology*, Cambridge press, United States of America, 2000
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 1ª Edición en español, Universidad Iberoamericana, México, 2002
- Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- Moore, Thomas, *Utopía*, 3ª Edición, Grupo Editorial Tomo, México, 2003
- Mutjaba, M., *Applications of neural networks and other learning technologies in process engineering*, Imperial College press, Singapore, 2001.
- Narayan U. Bhat y Millar K. Gregory, *Elements of applied stochastic processes*, Third Edition, a John Wiley & sons Inc, United States of America, 2002
- Olivercrona, Kart, *Lenguaje Jurídico*, Tercera Edición, Fontamara, México, 1995
- Orwell, George, *1984*, 1ª Edición, Editorial Tomo S. A., México, 2002



- OST, François y Van De Kerchove, Michael, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, 254p. (Translated into English by Iain Stewart as *Legal system between order and disorder*, Oxford, Oxford University Press, 1994)
- Platón, *La República*, 1ª Edición, Grupo editorial Tomo, México, 2004
- Perelman, Chaim, *Droit, Moral et Philosophie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968
- Peter Martin, Hans et Al., *La trampa de la globalización*, Taurus, México, 1998
- Rashvishanker, Jonathan, *Lineal models*, Harvard University press, United States of America, 2001
- Rasmusen, Eric, *Games theory and information*, Blackwell publishers, Third edition, Great Britain, 2001,
- Rawls, John, *A theory of justice*, Harvard University press, United States of America, 1971
- Riddall, J. G., *Teoría del derecho*, Gedisa, 1ª Edición, Barcelona España, 1999
- Robbins, P. Stephen, *Management*, prentice-hall, Englewood's Cliffs, New Jersey, United States of America, 1994
- Rogers S. Katrina, *Towards a post positivist world, hermeneutics for understanding international relations. Environment and other important issues of the twenty first century*, San Francisco state University series on philosophy, Peter Lang, New York, 1996
- Runciman, W. G., *El animal social*, Taurus, España, 1999
- Tourain, Alain, *¿Podremos Vivir juntos?*, 2ª Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pág. 27
- Sagan, Carl, *El cerebro de Broca*, 2ª Edición, Crítica, Barcelona, España,
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, el debate contemporáneo, Tercera reimpresión, Alianza Universidad, España, 2001
- Schermerhorn, R. John, *Core concepts of scenario planning*, Management, Wiley, United States of America, 2004.
- Scmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Editorial Alianza, México, 1999
- Shapiro Ian y Brilmayer Lea, *Global Justice*, New York University press, United States of America, 1999
- Shaw, Martin, Cambridge University Prees, Cambridge United Kingdom, 2000
- Stammler, Rudolf, *Modernas teorías del derecho y del estado*, Vol. 8, Oxford University press, México, 2000
- Strauss, Leo, *Natural Right and history*, University of Chicago press, Chicago, United States of America, 7<sup>TH</sup> Edition, 1992
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho* (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), Themis, México, 2002
- Tashakkori, Abbas y Teddlie Charles, *Handbook of mixed methods in social and behaviorial research*, Sage publications, United States of America, 2003
- Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system*, Oxford, Cambridge, mass, Blackwell Publisher, United Kingdom, 1993.



Turban, Efraim, *Experts systems and applied artificial intelligence*, MacMillan, New York, United States of America, 2002

Ulrich Beck, *Risk Society, Towards a New Modernity*. Trans. London: Sage Publications, 1992

Ulrich, Klug, *Lógica jurídica*, Editorial Themis, Bogota, 1990

Van Cigh, P Jonh, *Teoría general de sistemas*, 2ª Edición, Trillas, México, 1987

Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª Edición, Gedisa, Barcelona, España, 1997

Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría General del Derecho*, Porrúa, México, 1989

Forrester, Vivian, *El Horror económico*, 2ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2001

Víctor Hugo, *Los Miserables*, Grupo Editorial Tomo, 1ª Edición, 2004

Vigo, Luis Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Abeledo-perrot, Buenos Aires Argentina, 1993

Witker, Jorge et Al, *Metodología Jurídica*, 2ª Edición, McGraw-Hill, México, 2002.

Yeates, Don y Daniels, Alan, *Análisis Básico de sistemas*, Paraninfo, Madrid, España, 1991.

Zagrabelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª Edición, Trotta, España, 1999.

Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado*, Ciencia de la política, Porrúa, México, 1989

## HEMEROGRAFÍA

Abbel, olivier, Le philosophe Paul Ricoeur, *lecteur de raconter la loi par François Ost*, Auditoire,, jeudi 6 de mai 2004, revue scientifique et culturelle éditée par Olivier Abbel, professeur de philosophie et d'Éthique à la faculté libre de théologie protestante á Paris

Barroso casas, Carolina, *Los miserables y la conciencia social*, tesis dirigida por la lic. Socorro Lozano Moreno, facultad de filosofía y letras, Letras francesas, Universidad Autónoma de México, 2006

Bono López, María, *Manual para tesis de licenciatura*, número 12, IITAM, México, 2001

Cárdenas Gracia, Jaime, Los principios y su impacto en la interpretación,

Carta de fecha 15 de marzo de 2003 enviada por el representante permanente de Alemania al presidente del consejo de seguridad de la Organización de Naciones Unidas. [www.un.org](http://www.un.org)

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/282/68/PDF/N0328268.pdf?OpenElement>

Casamiglia Albert, En defensa de Kelsen, working papers no. 129, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 1997

Celano Bruno, Justicia procedimental pura y Teoría del Derecho, Doxa, cuadernos de Derecho, No. 24, Universidad de Alicante, España, 1989.



Derecho y cultura, Num. 14-15, mayo –diciembre de dos mil cuatro, pág. 169-187. Entrevista a la Doctora Leticia Bonifaz Alfonso

Chomsky, Noam, Democracy Restored, Z Magazine, November, 1994

Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho* 2ª ed. (1ª ed. electrónica) Buenos Aires, 1998. © Por la presente ed. electrónica: Roberto-Marino Jiménez Cano. Madrid, 1999.

Isonomía [Publicaciones periódicas] : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 1, octubre 1994

Kerpel Magaloni, Ana Laura, Los grandes desafíos de la educación legal en México: El programa de derecho del Cide, Centro de Investigación y Docencia Económica, USMEX 2003-04 workin paper series, originally presented at the conference "Reforming the administration of Justice in Mexico" at the center for U. S.- mexican studies, may 15-17, 2003, University of California at Berkely, Pág. 1-5

Lavi, Shai, autopoiesis, nihilism and technique: on death and the origin of legal paradoxes, Tel Aviv University, 2004, Berkeley Electronic, press, <http://www.law.bepress.com/tauhwps/fp/art3>

Ver. M. van de KERCHOVE & F. OST, Possibilités et limites d'une science du droit, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, n°1, 1978, p.1-39

Macfadden, Daniel, Rationality theory, University of California at Berkeley, September 1998

Márquez, Romero, Raúl, Criterios editoriales para la presentación de originales al departamento de publicaciones del instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1º reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

Olvera Serrano, Margarita, La ciencia post-Einstein muestra una realidad social multidimensional, El semanario de la UAM, Universidad Autónoma Metropolitana, Vol. XI núm. 36, México, D. F. 16 de mayo de 2005, órgano informativo semanal de la Universidad Autónoma Metropolitana.

Ost, François and Van De Kerchove Michael, constructing the complexity of law: towards a dialectic theory, University of Saint Louis, Bruxelles, Belgique.

Pérez Carrillo, Agustín, Requiere la licenciatura en derecho nuevo modelo acorde con la realidad, Primer Congreso sobre formación Jurídica, Semanario de la UAM, órgano informativo de la Universidad Autónoma Metropolitana, Vol. XII, Número 35, dos de mayo, México, distrito federal, 2006

Ruiz Colín, Ángeles, *La SCJN convoca a una consulta para una reforma judicial integral*, Compromiso, Órgano informativo del poder Judicial de la federación, año 3, número 27, agosto de 2003

Serrano Gómez, Enrique, seminario internacional Tensiones, conflicto y negociaciones en la modernidad: Aspectos Teóricos y empíricos, Universidad Autónoma Metropolitana Cuajimalpa, Seminario de la UAM, Vol. XII, Número 30, 27 de marzo de 2006.

Simon, H. A., A mechanism for social selection and successful altruism, Science 250 (4988): 1665-1668. United States of America, 1990

Taruffo, Michel, Cinco lecciones mexicanas: Memoria del taller de Derecho procesal, Tribunal Electoral del poder Judicial de la federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003

Williamson, Oliver, "The Economies of Organization: The Transaction Cost Approach". American Journal of Sociology. Vol. 87, pp. 548--577





World Press Review v. 49 no. 6 (June 2002) p. 47

## FUENTES DIGITALES

Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

[www.isonomia.itam.mx](http://www.isonomia.itam.mx)

[www.un.org](http://www.un.org)

[www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art9-04.html#TopOfPage](http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art9-04.html#TopOfPage)

<http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-c.html#CHAPTERXIV>

[http://www3.fu.nl.ac.be/4DACTION/rechw\\_detail\\_chercheur/37522/A](http://www3.fu.nl.ac.be/4DACTION/rechw_detail_chercheur/37522/A)

<http://www.filosofiyaderecho.com/rtd/numero5/interdisciplinariadad.htm>

<http://www.filosofiyaderecho.com/rtd/numero3/grun.htm>

<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>

[http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=academicos\\_biblioteca&file=catalogos](http://v880.derecho.unam.mx/web2/modules.php?name=academicos_biblioteca&file=catalogos)

<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/SaccoV/chronology.html>

[www.fordham.edu/halsall/mod/kant-cpr.html](http://www.fordham.edu/halsall/mod/kant-cpr.html)

<http://www.chomsky.info/articles/199411--.htm>

<http://www.svcc.edu/academics/classes/gadamer/gadamer.htm>

<http://www.hup.harvard.edu/catalog/DWOLAW.html>

<http://www.lsbe.soziologie.uni-muenchen.de/>

<http://www.geocities.com/hmelberg/elster/elster.htm>

<http://www.news.harvard.edu/gazette/2002/11.21/99-rawls.html>





ANEXOS

Direcciones de interés

François Ost /Michael Van de Kerchove

Facultés Universitaires Saint-Louis  
Boulevard du Jardin botanique, 43  
B-1000 Brussels  
Belgium

Tel.: +32 2 211 78 76

E-mail: [ost@fusl.ac.be](mailto:ost@fusl.ac.be)

[vdk@fusl.ac.be](mailto:vdk@fusl.ac.be))

Ulrich Beck  
Ludwig-Maximilians University, Munich

Risk Society  
Towards a New Modernity

[Prof. Dr. Ulrich Beck](#)

+49 / 89 / 2180 - 3221

[ulrich.beck@soziologie.uni-muenchen.de](mailto:ulrich.beck@soziologie.uni-muenchen.de)

Postal address: Professor Dr. Robert Alexy

Christian Albrechts university to Kiel

Legal seminar

Olshausenstr. 40

24118 Kiel ☎ Tel: 0431/880-3543 ☎ Fax: 0431/880-3745 ✉ E-Mail: [lsalex@law.uni-kiel.de](mailto:lsalex@law.uni-kiel.de)



## GLOSARIO

| <i>Abreviatura</i>   | <i>Significado</i>   |
|--|--|
| <i>Apud</i> En.  | Se utiliza cuando se hace una referencia Secundaria porque no se ha consultado la fuente original.<br>(P. je. Lévi-Strauss, C., "Les mathématiques de L'homme", <i>Esprit</i> , 10, 1956, partido 532, <i>apud</i> Amar, André, <i>Para comprender el estructuralismo</i> , Planeta, Buenos Aires, 22, 1968, p. 10. También puede usarse <i>cit.</i> por.  |
| Art. /arts.<br>art. <i>cit.</i>  | Artículo(s).<br>Artículo citado.   |
| aum.   | Aumentado(a) (P. ej. ed. aum. = edición aumentada).  |
| <i>ca.</i> <i>Circa.</i>   | alrededor de. Se usa principalmente cuando no se tiene certeza de la exactitud de una fecha (P. ej. <i>ca.</i> 1923).  |
| Cap./caps.<br><i>Cfr.</i> <i>Confere.</i><br><i>cit.</i> por<br>comp./comps.<br>coord./coords.<br>corr.<br>dir./dirs.<br>ed./eds.<br><i>e. g.</i> <i>Exempli gratia.</i><br>est.<br><i>et al.</i> <i>Et alii.</i><br><i>et alibi</i><br><i>et seq.</i><br>fol.<br><i>Ibidem</i><br>anterior. | Capítulo(s).<br>confróntese; compárese con.<br>Citado por ( <i>vid. apud y op. cit.</i> ).<br>Compilador(es).<br>Coordinador(es).<br>Corregido(a).<br>Director(es).<br>Edición(es), editor(es).<br>por ejemplo ( <i>vid. también: p. ej., v.gr.</i> ).<br>Estudio.<br>y otros.<br>Y en otras partes.<br><i>Et sequens.</i> siguiente(s) ( <i>vid. ss.</i> ).<br>Folio; hoja.<br>En el mismo libro o trabajo citado en la nota anterior se han citado dos o más obras. Sustituye el nombre del autor y el título del trabajo. |
| <i>idem</i>  | Exactamente igual. Se emplea para citar la obra del mismo autor y las mismas páginas que se citaron en la nota anterior. Puede sustituir también cualquier elemento de la referencia (especialmente el autor) (P. ej. Paz, Octavio, <i>El arco y la lira</i> , partido 64; <i>Id.</i> , <i>El laberinto de la soledad</i> , México, , col. Escolar, p. 15).  |
| <i>i. e.</i> <i>Id est.</i><br>ilustr/ilustrs.<br><i>Infra</i><br>Introd.<br>l; ll.<br>lám./láms.<br><i>loc. cit.</i> <i>Loco citato.</i>  | esto es.<br>Ilustrado; ilustrador, ilustraciones.<br>Más adelante. Suele acompañarse de <i>cfr.</i> o <i>vid.</i><br>Introducción.<br>Línea(s).<br>Lámina(s).<br>en el pasaje referido.  |



|                               |   |
|-------------------------------|---|
| mimeo. Mimeografiado;         | trabajo en prensa, no publicado aún.  |
| Ms.                           | Manuscrito.   |
| n.                            | Nacido en.  |
| <i>n. b. Nota bene.</i>       | nótese bien.  |
| núm./núms.                    | número(s).  |
| <i>op. cit. Opere citato.</i> | en la obra citada. No debe utilizarse cuando se están usando al mismo tiempo dos o más obras de un autor. En este caso, se sustituirá por el título, en lo posible abreviado, de la obra a que quiere hacerse referencia. |
| p./pp.                        | Página(s).  |
| p. ej.                        | Por ejemplo.  |
| <i>Passim</i>                 | Por todas partes, en varias partes.   |
| pref.                         | Prefacio.   |
| pról.                         | Prólogo.  |
| pte. Parte.                   |   |
| r° Recto.                     | Folio o plana de un libro o cuaderno que, abierto, cae a la derecha del que lee ( <i>vid.</i> verso).   |
| rev.                          | Revisada.   |
| ss.                           | Siguientes ( <i>vid. et seq.</i> ).   |
| <i>s. a.</i>                  | <i>Sine anno</i> : sin año ( <i>vid.</i> s. f.).  |
| <i>sec.</i>                   | <i>Secundum</i> : de acuerdo con; según.  |
| sel.                          | Selección.  |
| s. f.                         | Sin fecha.  |
| <i>sic</i>                    | Así; de este modo; palabra(s) textual(es). Siempre irá entre corchetes.   |
| s. l.                         | Sin lugar de publicación.   |
| <i>Supra</i>                  | En la parte anterior; más arriba.   |
| t./ts.                        | Tomo(s).  |
| trad./trads.                  | Traductor(es); traducción.  |
| <i>v. gr. Verbi gratia.</i>   | por ejemplo.  |

Nota: extraído de Bono López, María, *Manual para tesis de licenciatura*, número 12, IITAM, México, 2001