

48.  
2e1

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**ANALISIS DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES  
DE LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU  
CONCEPCION DEL DERECHO**

**TESIS PROFESIONAL**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

**FABIOLA BALVANERA FLORES**

ASESOR: LIC. JAVIER ROMO MICHAUD

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

SEPTIEMBRE DE 1997



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO  
OF. NUM. 050 / 97

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACION ESCOLAR  
DE LA U. N. A. M.  
P R E S E N T E .

La alumna BALVANERA FLORES FABIOLA, elaboró en este Seminario bajo la dirección del Lic. Javier Romo Michaud, el trabajo de investigación intitulado: "ANALISIS DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES DE LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU CONCEPCION DEL DERECHO".

La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 2 de octubre de 1997

  
MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR  
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFIA

MERS/\*ipg.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis papás, por enseñarme los valores más importantes de la vida. Sin su amor, apoyo y confianza hubiera sido imposible llegar hasta aquí. Los quiero mucho.

A mi familia, porque siempre ha sido mi gran soporte.

A Javier Galeana, mil gracias por dar este paso conmigo, por todo el esfuerzo que significó, pero sobretodo por tu incondicionalidad y cariño.

A Javier Romo, como una forma de expresar mi agradecimiento por la confianza, apoyo y amistad de siempre, sin tu inapreciable ayuda el primer escalón de muchas metas hubiera sido inalcanzable.

A Edna, gracias por ser otra hermana y estar a mi lado en las buenas y malas a lo largo de todos estos años.

A mis amigas: Maty, Karen Ivette Judith y Lucero, por la seguridad que representa saber que siempre cuento con ustedes.

***“El presente empezó hace diez mil años;  
el pasado se inició hace apenas un minuto...”***

***William Faulkner***

**\*\*\*\*\***

***La pareja es pareja  
Porque no tiene Edén.  
Somos los expulsados del Jardín  
y estamos condenados a inventarlo.***

***Octavio Paz***

## **ÍNDICE DE CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **DEFINICIÓN DEL DERECHO Y**

##### **SU RELACIÓN CON LAS CORRIENTES JUSFILOSÓFICAS**

**I) Introducción**

**II) Concepto de derecho**

**III) Relación entre derecho y moral**

**IV) Relación entre derecho y reglas de trato social**

**V) Relación entre derecho y norma religiosa**

**VI) Definición del derecho y corrientes jusfilosóficas**

- a) Jurnaturalismo**
- b) Juspositivismo**
- c) Teoría Pura**
- d) Jusrealismo**
- e) Teoría Ecológica**
- f) Jusmarxismo**
- g) Teoría Tridimensional**

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **POSICIONES JUSNATURALISTAS**

- I) Antecedentes**
- II) Definición y características**
- III) Principales críticas a las tesis jusnaturalistas**
- IV) Jusnaturalismo y juspositivismo**
- V) Conclusión (críticas y validez actual)**

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **POSITIVISMO JURÍDICO**

- I) Antecedentes**
- II) Diversos aspectos del positivismo jurídico**
- III) Distinción entre derecho real o existente y derecho ideal**
- IV) Características del positivismo jurídico**
- V) Teoría de Hans Kelsen**

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **TEORÍA PURA DEL DERECHO**

- I) Antecedentes**
- II) Definición de Teoría Pura del Derecho**
- III) Diferencia entre causalidad e imputación**
- IV) Principales diferencias entre la Teoría Pura del Derecho y el derecho natural**

**CAPÍTULO QUINTO  
JUSREALISMO**

- I) Modelo de ciencia jurídica**
- II) Análisis de la norma jurídica desde el punto de vista del realismo**
- III) Análisis de la vigencia y validez de las normas jurídicas según el realismo**
- IV) Principales tipos de realismo**

**CAPÍTULO SEXTO  
TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO**

- I) Antecedentes**
- II) Teoría Ecológica del Derecho**
- III) Cossio contra Kelsen**

**CAPÍTULO SÉPTIMO  
JUSMARXISMO Y SUS PRINCIPALES EXPONENTES**

- I) Problemática para determinar la existencia del jusmarxismo**
- II) Ideas jurídicas de Carlos Marx**
- III) Vigencia**

**CAPÍTULO OCTAVO  
TEORÍA TRIDIMENSIONAL Y OTRAS AFINES**

- I) Introducción**



**II) Teoría Tridimensional de Miguel Reale**

**III) Teoría Integral de Recaséns Siches**

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN

Hacer filosofía es un intento más por responder a esas viejas preguntas que oscuramente y sin formularlas del todo, se plantean los hombres. Quiero decir con ellas, esos misteriosos cuestionamientos que le dan sentido a nuestra existencia. Novelistas, poetas, artistas en general, han dedicado innumerables páginas, obras enteras, a explicarnos por qué vivimos, por qué morimos, por qué nos enamoramos, en fin, por qué odiamos. Los filósofos han hecho suyo ese esfuerzo explicativo y han procurado hacerse oír con su particular perspectiva.

De alguna manera, esas voces han aportado algo para que el mundo mejore. Ya con una prosa intensa, con descripciones agudas o con lienzos expresivos, todos ellos nos han acercado a ese paraíso perdido del que habla Octavio Paz en uno de los epígrafes de esta tesis. Y es precisamente en este sentido que surgió la pregunta que dio origen a mi trabajo: ¿cuáles han sido los comentarios de los filósofos del derecho en torno a esas interrogantes?

Debo decir que me llenó de orgullo comprobar que la historia de la filosofía del derecho es una galería entera de esfuerzos por alcanzar una existencia más grata. Realizar este trabajo, significó para mí, descubrir todo un memorial de propuestas cuya finalidad no era otra que conseguir una civilización auténtica. Por ello, mi tesis se centró en revisar las aportaciones que han hecho los filósofos del derecho, a través de la historia, en torno a ese ideal común de convivir en armonía, que en mi opinión, es la piedra de toque para cualquier utopía que nos permitamos soñar.

Con todo, sintetizar las corrientes que se han presentado en el dominio de la filosofía jurídica, así como su respectivo concepto del derecho, suena demasiado ambicioso para un trabajo de esta naturaleza. Por ello, decidí limitarlo a aquellas teorías más importantes de acuerdo a ciertos criterios elementales. Considero que la escuelas seleccionadas son las que han tenido mayor representatividad en el tiempo. Sus aportaciones han cambiado el rumbo de los estudios jurídicos o al menos, han permitido estudiar al derecho desde perspectivas novedosas. Además, la mayoría de ellas conservan vigencia en nuestros días, ya sea metodológica, conceptual o práctica.

De tal modo, este trabajo analiza cada una de las teorías cuyo estudio, en mi opinión, resulta imprescindible. Así pues, el Jusnaturalismo, el Positivismo Jurídico, la Teoría Pura del Derecho, la Teoría Ecológica, el Jusmarxismo, el Jusrealismo y la Teoría Tridimensional, cuentan con un capítulo propio que muestra los lineamientos generales de tales escuelas, sus exponentes principales, así como alguna crítica a sus planteamientos. Unas de ellas se contradicen entre sí, otras reúnen elementos de diversas corrientes, algunas más son producto de una cosmovisión que en cuanto tal, toma en cuenta obligatoriamente al derecho, pero el común denominador de estas escuelas, es decir, la razón por la cual tienen un lugar en este trabajo, es su trascendencia temporal y conceptual.

Como puede verse, la revisión histórica ocupa en este trabajo un lugar esencial. Es importante desde el análisis que se hace de cada una de las escuelas estudiadas para situarlas dentro de su contexto histórico, y así comprenderlas mejor, hasta la aportación enorme que proporciona el estudio global de la historia de las corrientes jurídicas y su relación con el concepto de derecho. He querido destacar este aspecto debido a que, desde mi punto de vista, no debe olvidarse

que la vigencia de los planteamientos jurídicos actuales descansa en la rica historia que nutre al derecho desde sus orígenes.

Así pues, este trabajo pretende revalorar dos aspectos importantes e injustamente olvidados por muchos practicantes del derecho. El primero de ellos, la revisión histórica y conceptual de las principales corrientes del derecho y su manera de definir a la ciencia jurídica. Este punto permite entre otras cosas, precisar apropiadamente los objetivos de nuestra materia. El segundo, ligado estrechamente con el anterior, es comprender la verdadera dimensión de los esfuerzos que realizan los filósofos del derecho. Es triste saber que en muchas ocasiones sus estudios se menosprecian. Por un lado se les limita a un espacio mínimo dentro de los planes de estudio o se les entiende muy alejados de las realidades cotidianas de los estudiantes de derecho. De alguna manera, he pretendido desmentir tales visiones que no demuestran otra cosa que una visión simplista de la filosofía jurídica. En mi opinión, no se debe perder de vista que esta materia es tan importante como cualquier otra rama del derecho y es tan cercana a nuestra realidad como lo es preguntarnos ¿por qué estudio derecho?

Estoy de acuerdo con Octavio Paz: estamos condenados a inventar nuestro paraíso. La historia de la filosofía del derecho es una muestra de los esfuerzos que han realizado los juristas por alcanzar ese edén que muchas veces se nos escapa. Cada quien, desde su trinchera, alza su voz para hacer este mundo más habitable. El esfuerzo de aquellos juristas no debe minimizarse. En mi opinión, su empeño es digno de admiración: es un acto de lealtad a esos grandes sueños compartidos y, por supuesto, un acto de amor al género humano.

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**DEFINICIÓN DEL DERECHO Y SU RELACIÓN**  
**CON LAS CORRIENTES JUSFILOSÓFICAS**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **DEFINICIÓN DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LAS CORRIENTES JUSFILOSÓFICAS**

#### **1) Introducción**

A pesar de que el derecho surgió junto con el hombre, todavía no existe una definición satisfactoria para la doctrina. Tal situación se debe en cierta medida, a que las diversas corrientes del pensamiento filosófico del derecho suelen dar su visión particular del fenómeno jurídico, e incluso aún, difieren en el fenómeno a considerar como objeto de estudio. A lo largo de la historia del derecho, han surgido por tanto, múltiples intentos por definir al derecho.

Cada una de las escuelas o corrientes en que se han agrupado los juristas, destacan ciertos aspectos de los muchos que el derecho comprende. Los elementos conceptuales a los cuales dan preponderancia tales corrientes, en ocasiones no concuerdan o a veces, resultan opuestos a los postulados de otras teorías.

En esta tesis se pretende hacer un análisis de las que considero como las principales corrientes de la filosofía del derecho. Cada capítulo expone una teoría jusfilosófica, estableciendo sus características principales, sus representantes destacados y algunas críticas. Además, dentro de estos apartados se podrá apreciar cuál o cuáles son los elementos jurídicos que cada corriente considera

más importantes. Por supuesto, iré exponiendo además los puntos de vista personales sobre cada apartado.

Por lo que respecta a este capítulo, se buscará exponer un marco conceptual del derecho, que nos ayude a precisar aún más los límites del mismo.

## II) Concepto de derecho

Existen innumerables definiciones que pretenden explicar el significado del derecho, sin embargo, en un primer análisis centrado desde un punto de vista gramatical, se deben tener en cuenta los múltiples significados que se pueden derivar de este término:

a) *El derecho como disciplina social.* Se entiende en tal sentido, en razón de que busca imponer sus normas en la sociedad con la pretensión de lograr la armonía y tranquilidad dentro de una comunidad.

b) *El derecho como conjunto de reglas e instituciones jurídicas.* El contenido de esta disciplina es un conjunto de preceptos que tienen como objetivo regir la conducta humana en una sociedad. Tal normatividad recibe el nombre de reglas de derecho e instituciones jurídicas. Por lo que puede apreciarse entonces, que el derecho tiene dos sentidos a la vez: respecto al primer punto, el derecho hace referencia a la disciplina en sí misma (continente), mientras que en el último sentido alude a los preceptos constitutivos del orden jurídico (contenido).

c) *El derecho reducido a las fuentes formales de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas.* Para que las reglas de derecho y las instituciones jurídicas

puedan ser impuestas en una sociedad, deben revestir la forma de leyes, costumbres, usos, etcétera, las cuales son conocidas como "fuentes formales del derecho". Es decir, se identifican con la forma que deben tomar los preceptos jurídicos para que tengan carácter impositivo en la sociedad, y por lo tanto, alcancen el fin pretendido con su creación.

d) *El derecho como símbolo de justicia.* A pesar de que la justicia no es propiamente sinónimo del derecho, de alguna manera, es posible considerar que el manejo adecuado de los preceptos jurídicos es una manera de impartir justicia.

e) *El derecho como técnica.* Se refiere al conjunto de reglas, conocidas como leyes o normas, las cuales tienen por objeto regular el comportamiento que se debe observar dentro de una sociedad determinada; es decir, es el conjunto de normas e instituciones que imperan coactivamente en un orden social, con el fin de preservarlo.

De los párrafos anteriores se alcanzan a desprender algunas ideas recurrentes. En tal forma, de manera tentativa se puede decir que el derecho reúne algunas de las siguientes características: "es un conjunto de normas jurídicas de carácter bilateral y coercible, es decir, normas cuyo cumplimiento puede ser exigido por la persona facultada para ello, y en caso necesario, obligarse por medio de la fuerza pública; siempre con la aspiración de realizar el valor justicia."<sup>1</sup>

Estas características propias del derecho (exterioridad, coercibilidad, heteronomía y bilateralidad), ayudan a distinguirlo de otros tipos de reglas sociales que buscan dirigir la conducta en una forma particular (por ejemplo de manera espiritual o

---

<sup>1</sup> Rosa María Ramos Verástegui. *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*. 5a. ed. México: Porrúa, 1982. p. 27.



ética).

El derecho, más que la satisfacción de la persona de manera individual, pretende establecer una convivencia equitativa. Algunos juristas conocen tal deseo de bienestar colectivo con el nombre de bien común. En este sentido, el derecho representa el mínimo ético que el Estado impone coactivamente en un orden social.

Además de las características mencionadas en los párrafos anteriores, Márquez Piñero<sup>2</sup> menciona otros aspectos de las normas jurídicas que vale la pena considerar:

1. La *generalidad* de las normas de derecho.

Lo anterior significa que el derecho pretende que sus normas tengan validez, no sólo para un caso particular sino para todos aquellos de la misma clase.

2. Con un carácter *normativo*.

El derecho fundamenta su validez en el sentido de ser una exigencia de comportamiento vinculante o en su caso, una pauta de enjuiciamiento vinculante.

3. Con *efectividad social*.

Lo cual se deriva del hecho de que se encuentra inserto en un contexto histórico y social determinado.

---

<sup>2</sup> Rafael Márquez Piñero. *Filosofía del Derecho*. México: Trillas, 1985. p. 57.

### III) Relación entre derecho y moral

En este apartado, se buscará distinguir al derecho de otro ámbito respecto del cuál pudiera surgir alguna confusión en cuanto a su objeto de estudio, como es el caso, de la relación derecho y moral. Esta distinción es importante ya que en algún momento a la moral se le puede llegar a considerar como una ley, con la misma posibilidad de obligar a un sujeto. La separación entre dichos ámbitos se dio gracias a las ideas sostenidas por Pufendorf, Kant y Fichte, principalmente.

Una primera diferencia entre dichos ámbitos consiste en que el conjunto de normas que integran al derecho, imponen obligaciones y conceden derechos de manera recíproca<sup>3</sup>; a este aspecto se le suele llamar "bilateralidad". En cambio, se considera que las normas pertenecientes al campo de la moral son "unilaterales" debido a que el sujeto a quien van dirigidas elige en forma autónoma su cumplimiento.

Otra de las características propias del derecho es su "exterioridad"; en oposición a la "interioridad" de la moral. Por "interioridad" se entiende, que para cumplir con los preceptos morales, basta el deseo interno de cada individuo, como un mero acto de intención, sin que exista un ordenamiento que le indique la manera como debe actuar; en todo caso, es su conciencia quien le prescribe la realización de una determinada conducta, de acuerdo a sus creencias y convicciones

---

<sup>3</sup> Otra diferencia que se debe establecer es la que distingue entre "derecho objetivo" y "subjetivo". El primero hace referencia al conjunto de normas imperativo-atributivas. Es decir, aquellas que además de imponer deberes conceden facultades; mientras que el segundo, hace referencia a la facultad o poder de actuación. Se dice que frente al sujeto obligado por una regla de conducta (derecho objetivo), existe otra persona que se encuentra en la posibilidad de exigir su cumplimiento y es precisamente a esta autorización a la que se denomina derecho subjetivo, el cual se apoya en el primero.

personales. Es por ello, que es posible incumplir una norma moral, sin necesidad de desplegar una conducta exteriorizada, y asimismo, la consecuencia del incumplimiento se da como remordimiento o cargo de conciencia.

Por el contrario, el derecho se debe cumplir porque existe todo un conjunto de normas externas que indican a las personas lo que deben hacer, teniendo siempre como objetivo lograr una sana convivencia colectiva, sin que tenga relevancia la subjetividad de las acciones reguladas. Es decir, al derecho no le interesa que las normas jurídicas se adecuen a los principios morales de las personas.

Es necesario matizar lo anterior. Como lo señala oportunamente el maestro Rafael Márquez Piñero<sup>4</sup>, la exterioridad del derecho no significa que la ciencia jurídica deje de lado la intención (se puede recordar como ejemplos, las clasificaciones en materia penal de los delitos intencionales y no intencionales, o en la materia civil, el término "buena fe"); la diferencia radica en que dicha intención para ser considerada, debe tener una manifestación externa o lo que es lo mismo, consecuencias inmediatas y directas para la sociedad en la cual se desenvuelve el sujeto.

La tercera característica radica en la "coercibilidad" e "incoercibilidad" de las normas. Por un lado, las reglas que pertenecen a la moral son "incoercibles", lo cual significa que su acatamiento debe ser espontáneo para que se le otorgue valor ético.

Mientras que la "coercibilidad" es uno de los rasgos particulares de las normas jurídicas. Sin embargo, no debe entenderse a la coercibilidad como la posibilidad

---

<sup>4</sup> Rafael Márquez Piñero. op. cit. p. 58.

de aplicar una sanción, ya que este elemento también se puede encontrar en la moral, aunque se trate de sanciones con una forma de aplicación diversa y revestidas de un carácter diferente. La coercibilidad entonces, consiste en la facultad que tienen las personas autorizadas, de exigir el cumplimiento de los preceptos jurídicos, aún en contra de la voluntad de los individuos; así como el empleo de la fuerza en algunas circunstancias. Esas personas facultadas para exigir obligatoriamente el cumplimiento de la norma, son naturalmente las que representan el interés colectivo, a través del Estado, o su equivalente según la época, de la forma de organización política de cada sociedad.

Existe una innumerable cantidad de textos en los cuales se encuentran las características de las normas jurídicas comparándolas con las morales y en todos los escritos se establece como punto fundamental de diferencia, a la sanción, sobre todo en el caso en que para su aplicación, se tenga que utilizar la fuerza pública.

En lo referente a las características de "autonomía" y "heteronomía" que se presentan en la moral y el derecho, respectivamente. La norma moral es "autónoma", ya que el sujeto por voluntad propia, elabora y respeta las normas que considera afines a sus principios éticos. En cambio, el derecho no permite que el individuo determine de manera autónoma el contenido de aquellas normas jurídicas con las cuales se sienta vinculado. En el ámbito jurídico, el cumplimiento de las normas está impuesto previamente a los sujetos, sin que éstos tengan posibilidad de opinar sobre el contenido de las mismas. En resumen, la heteronomía es la sujeción de la voluntad propia a un querer ajeno y su opuesto, la facultad de regirse por las normas que uno mismo se dicta para sí.

#### **IV) Relación entre derecho y reglas de trato social**

Es el maestro Luis Recaséns Siches quien establece la denominación de "reglas de trato social" para todos aquellos "preceptos" que señalan la forma adecuada de vestir, de comportarse en público, etcétera. Son las reglas de urbanidad o decoro. Tales reglas son colectivas, ya que las establece la comunidad; además de que ésta misma es la que exige su cumplimiento. En este punto coinciden con el derecho, ya que como es sabido, las normas jurídicas también se enfocan a regular la actividad del hombre como parte de una comunidad determinada.<sup>5</sup>

Las reglas de trato social tienen otras semejanzas con las normas de derecho. Son, por ejemplo, "exteriores" o lo que es igual, centran su atención en las manifestaciones externas de la voluntad del individuo. Por otro lado, también coinciden en que ambos tipos de normas son "bilaterales", puesto que su observancia genera el nacimiento de una potestad que se hace valer ante los demás. Del mismo modo, ambos tipos de normas son "heterónomas" debido a que no depende completamente de la voluntad del individuo, el hecho de adecuarse a las mismas.

Sin embargo existe una diferencia fundamental entre estos dos tipos de normas. El incumplimiento de las reglas de trato social trae como consecuencia una censura de la colectividad, la cual puede llegar incluso a la exclusión de un círculo social determinado. Pero de ninguna manera puede llegar a exigirse el cumplimiento de tales reglas de forma coercitiva. En cambio, el derecho como ya se ha explicado, puede valerse de la autoridad estatal para exigir el cumplimiento

---

<sup>5</sup> *Idem.*

de una obligación o para aplicar alguna sanción a quien vaya en contra de la normatividad jurídica.

## **V) Relación entre derecho y norma religiosa**

Por último, está la clase de normas religiosas, que son igualmente que el derecho, heterónomas, puesto que no son elaboradas por la persona que las debe cumplir. En algunos textos se afirma que esto no es así, ya que estiman que las normas religiosas son autónomas porque cada persona decide qué religión profesar, o no tener ninguna, y porque teniéndola, decide libremente si las sigue o no. Considero que esta afirmación confunde el concepto de autonomía, que debe entenderse como la posibilidad de dictar uno mismo sus propias normas, como en el caso de las morales que ya se explicaron. Las reglas de cualquier religión, son expedidas por una organización eclesíástica o similar, y no es posible que un feligrés dicte sus normas religiosas; las puede observar o no, más no las puede elaborar. Si así lo hiciera, eso no sería ni una secta, y mucho menos una religión.

Las demás características son completamente opuestas. Es decir, las normas religiosas son internas, por importar en ellas la intención al obrar y no sólo su exteriorización. Son unilaterales por no generar al observarla una expectativa concreta ante los demás. Son por último incoercibles, ya que no hay la posibilidad de imponer su cumplimiento por la fuerza.

## **VI) Definición del derecho y corrientes jusfilosóficas**

Considerando los puntos de distinción anteriores, y una vez que quedó completamente caracterizada la moral, así como las reglas de trato social y las normas religiosas, respecto del derecho, es necesario conceptualizar a este último, de acuerdo a las escuelas filosófico-jurídicas más importantes. A continuación, se expone una breve introducción de la manera en como las corrientes jusfilosóficas entienden la concepción y naturaleza del fenómeno jurídico:

### **a) Jusnaturalismo**

El concepto de derecho que presenta el jusnaturalismo mantiene un vínculo muy estrecho con la moral. Para los jusnaturalistas, el conjunto de normas de una comunidad, se encuentran fundamentadas en aquellos valores reconocidos universalmente.

De lo anterior se desprende que el derecho se funda en los valores éticos y las reglas jurídicas los reflejan, ya que es indispensable que se respeten dichos valores. La ciencia del derecho debe considerar como algo esencial, el hecho de que el sistema normativo surja de valores universalmente válidos, pues de lo contrario, no se podría hablar propiamente de que exista un sistema jurídico válido.

Los jusnaturalistas sostienen que hay dos ideas fundamentales que regulan el contenido del derecho:

La primera idea que defienden afirma la existencia de valores morales y de una justicia de carácter universal; referidos a la raza humana, por ser ésta la única especie con capacidad de elegir la forma en que habrán de gobernarse y organizarse.

La segunda tesis que establecen consiste en negar el reconocimiento de las normas jurídicas que no contengan el mínimo de valores exigidos, o que mantengan una contradicción hacia éstos.

A pesar de que la mayoría de los pensadores jusnaturalistas están de acuerdo en reconocer la existencia de valores universales para catalogar a una norma de jurídica, no hay unificación en el criterio para explicar el origen y fundamento de estos valores. Lo cual da lugar a que existan diversas variantes del jusnaturalismo como se verá en el desarrollo del capítulo tercero.

En atención a lo anterior, se puede decir que los jusnaturalistas adoptan como aspecto definitorio del derecho el carácter valorativo. Es decir, para estos autores, sólo es derecho aquella norma que está fundamentada en valores universalmente válidos.

## **b) Juspositivismo**

El juspositivismo o positivismo jurídico, es una corriente de la filosofía del derecho, la cual afirma que el objeto de estudio de la ciencia jurídica debe referirse al conjunto normativo vigente en un momento y lugar determinado, es decir, su objeto de estudio es única y exclusivamente, el derecho positivo creado por la sociedad a través de sus instituciones políticas.



Es importante resaltar la diferencia que existe entre los términos de positividad y vigencia, que en la mayoría de las ocasiones se utilizan como sinónimos. Por derecho positivo se debe entender aquél que realmente se aplica, y por lo tanto, se considera eficaz; mientras que por vigencia se debe entender el derecho formalmente válido, el cual no necesariamente debe ser positivo.

Por eficacia debemos entender, que las personas en verdad, cumplan y apliquen esas normas, que verdaderamente ajusten su conducta a las prescripciones que contienen. En consecuencia, la validez es la cualidad del derecho, que indica que las leyes tienen vigencia en un determinado tiempo y lugar.

Los juspositivistas no establecen que el derecho positivo sea el único existente pero no consideran otros criterios jurídicos en el mismo sentido e incluso, en ocasiones afirman que su campo de estudio debe realizarlo la sociología jurídica y no la ciencia del derecho.

Los defensores del positivismo jurídico establecen que sólo existe el derecho que provenga de aquellos órganos determinados bajo procedimientos preestablecidos, y que efectivamente se declare obligatorio en una época y una sociedad determinada. El positivismo jurídico es aquel modo de entender el derecho sin atribuirle ningún juicio de valor, sino que se dirige a él como un hecho histórico para estudiarlo de una manera científica.

Algunos autores lo suelen llamar "formalismo jurídico". Esta denominación, sin embargo, significa esencialmente lo mismo, no es otra cosa que: "cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual "acto justo" es aquél que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella".<sup>6</sup> Esta teoría se llama "formal" porque establece la acción justa como el cumplimiento del deber en un sentido ideal para apreciar los actos o acontecimientos de los seres humanos. Así, se puede decir que el sistema normativo se considera como un modelo para las acciones humanas, donde la justicia de éstas consiste en adecuarlas a lo establecido por el sistema de normas.

Entre las múltiples acepciones del formalismo jurídico se encuentra aquella conocida como normativismo, en la que se explica que un hecho es jurídico cuando proviene de una norma que contempla una serie de consecuencias. La doctrina que considera a la norma jurídica como elemento fundamental para el estudio del derecho se le conoce como "normativista", y su fundador fue Emmanuel Kant.

Para esta doctrina, el elemento característico del derecho consiste en atribuirle a un hecho una norma que contemple una consecuencia determinada; es decir, los actos se convierten en jurídicos cuando embonan en un ordenamiento legal específico. Su definición de derecho, consiste en el conjunto de disposiciones jurídicas que se cumplen por la sociedad mediante la fuerza coactiva.

Sin embargo, existen autores que consideran que las "teorías normativistas" del derecho no otorgan una definición completa de éste, ya que además de estudiar a

---

<sup>6</sup> Norberto Bobbio *El Problema del Positivismo Jurídico*. 2a. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1985. p.13.

la norma jurídica, que es tan sólo uno de los elementos que lo componen, se deben analizar también otras características igual de necesarias. Como por ejemplo, que el derecho se encuentra dentro de una sociedad determinada, en la cual va a desempeñar las funciones de una institución. Es decir, la norma no se encuentra aislada; aparece dentro de todo un sistema ubicado en una determinada situación histórica y social.

Entre los demás elementos que se deben estudiar se encuentra el concepto de sociedad, ya que el individuo al relacionarse con los demás miembros de su comunidad, debe hacerlo bajo ciertas reglas y condiciones que la propia sociedad le impone. De hecho, si el hombre pudiera vivir aislado, se volvería innecesaria la presencia de una reglamentación jurídica. Por lo cual, no existe duda de que con el nacimiento de la sociedad es cuando surge el Derecho.

Los elementos jurídicos que el juspositivismo considera como objetos de estudio de la ciencia del derecho son, en resumen, las normas jurídicas expedidas por una autoridad expresamente facultada para ello; todo lo cual, por supuesto, con independencia del valor ético que pudiera fundamentarlas.

### **c) Teoría Pura**

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho intentó apartar al fenómeno jurídico de todos aquellos elementos que le son ajenos. Entre tales aspectos que no son propios del derecho se pueden mencionar los religiosos, éticos, sociológicos, psicológicos, por citar algunos.

Kelsen pretendía centrar al derecho en la norma jurídica. Más específicamente en la norma jurídica que cumpla cabalmente con los requisitos formales que se

requieren para su nacimiento. Tales requisitos formales coinciden con los expresados por el juspositivismo que son, entre otros, que dichas normas sean expedidas por la autoridad legalmente facultada para ello. Cada norma deberá desprenderse de otra jerárquicamente superior, siendo la base fundamental de dicho sistema jurídico, la conocida como "norma hipotética fundamental".

Estos aspectos son en términos muy generales los que destaca Hans Kelsen respecto al derecho. En el capítulo en que se estudia la Teoría Pura se explicarán con mayor detenimiento los planteamientos de dicha teoría.

#### **d) Jusrealismo**

Según esta teoría, el derecho es una obra humana. Por ello, debe tenerse en cuenta que éste surge en los hechos de la realidad social. Por lo tanto, es necesario que el derecho tome en cuenta dicha interacción humana para crear la normatividad legal necesaria.

Por las ideas anteriores, los partidarios del jusrealismo consideran que el derecho debe constituirse exclusivamente con las normas que se cumplen de modo real y efectivo en una determinada colectividad humana. En otras palabras, lo que a ellos les importa es que el derecho incida de manera directa y eficaz en el conjunto de hechos que se manifiestan en una sociedad determinada.

#### **e) Teoría Ecológica**

Esta teoría jurídica destaca a la "experiencia" o "experiencia jurídica" como uno de los aspectos que debe tomar en cuenta el derecho debido a su importancia. Del

término anterior, es posible desprender otro elemento relevante, el cual no es otro que "el autor" o sujeto de tal experiencia.

Para Carlos Cossio, creador de esta teoría, la parte medular del estudio jurídico es la conducta de la gente. El derecho, para Cossio es la conducta desplegada por un sujeto cuando ésta interfiere con la del otro. A dicha intersección de conductas la llamó "interferencia intersubjetiva", la cual es el objeto de estudio del derecho.

Por lo anterior, el aspecto jurídico que la teoría egológica destaca no es la voluntad de Dios, ni la voluntad del pueblo, ni menos la norma dictada por el Estado, es en realidad, el cruce de conductas entre los sujetos integrantes de una comunidad.

#### **f) Jusmarxismo**

El jusmarxismo, como se verá más adelante, es una corriente jurídica muy discutida. En realidad, Marx no hizo una teoría completamente acabada ni estructurada. Sin embargo, algunos de los juristas estudiosos de su obra y en muchos casos, partidarios de sus ideas, consideran que es posible elaborar una teoría coherente seleccionando textos dispersos entre sus obras relativos al tema jurídico.

La idea principal del análisis marxista del derecho es la siguiente: el derecho es una super-estructura que se desprende de la estructura económica, que tiene como objetivo ser un instrumento de control utilizado por la clase dominante para sojuzgar al proletariado.

Por lo anterior, es posible entender claramente, que según Marx el aspecto más importante del derecho es la coacción, la cual se utiliza para defender los intereses de la autoridad.

### **g) Teoría Tridimensional**

La teoría tridimensional propuesta por Miguel Reale, es una tesis ecléctica. No pretende desconocer ninguno de los aspectos integrantes del derecho. Considera que hacer esto significaría empobrecer en cierta medida el fenómeno jurídico puesto que cada uno de los elementos que lo constituyen es importante.

En esta concepción, el valor, la norma y el hecho humano, son importantes. Estos elementos van indisolublemente unidos; se implican necesariamente. Por lo que decir que el derecho es un valor puro, o que es una norma que cumple con ciertos requerimientos, o un simple hecho social, es un error. Para esta teoría, el derecho es un hecho humano expresado en forma normativa encaminada a la realización de ciertos valores.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **POSICIONES IUSNATURALISTAS**

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **POSICIONES JUSNATURALISTAS**

#### **1) Antecedentes**

El origen del jusnatural se presenta en Grecia, dónde se comenzaron a buscar los valores que debían regir al hombre, independientemente del tiempo y lugar; es decir, se dieron las primeras bases para determinar los valores universales, que son el postulado del Derecho Natural.

Para los estoicos, los seres humanos eran iguales, por lo que todos debían gozar de los mismos derechos y privilegios, esta primera etapa es conocida como derecho natural absoluto.

En la edad media, el fenómeno jurídico se vio influido por el resurgimiento de los principios griegos, los cuales contenían ciertas correspondencias del *ius gentium* del antiguo derecho romano. Todo lo cual se ubicó en un ambiente dominado por la Iglesia Católica. El jusnaturalismo predominó en esta época y se le llamó teológico pues fundamentaba los valores jurídicos en la divinidad.

Con la llegada del Renacimiento, la visión del hombre sobre el Mundo pasó del teocentrismo al antropocentrismo. En el campo jurídico tal cambio ideológico también tuvo repercusiones. El jusnaturalismo dejó de fundamentar sus valores en la voluntad divina. En vez de esto apareció una nueva manera de enfocar al derecho: la razón sería la encargada de crear los valores jurídicos.



## II) Definición y características

Es conveniente señalar que la corriente de la filosofía del derecho denominada "jusnaturalismo", no consiste en un movimiento unitario y definido. Al contrario, se integra con una serie de concepciones que difieren entre sí, debido a los diversos matices que cada una destaca respecto a la fundamentación del derecho. Sin embargo, se puede afirmar que dichas corrientes comparten algunos planteamientos centrales que permiten agruparlas bajo el título común del "derecho natural".

La historia del jusnaturalismo es muy extensa. Tratarla en detalle, por lo tanto, resultaría una empresa que escapa a los objetivos planeados para este trabajo. En consecuencia, considero necesario establecer primeramente, lo que se entiende por jusnaturalismo. Con base en tal definición, se podrán delimitar las diversas posiciones jusnaturalistas a aquéllas versiones más ortodoxas y representativas del jusnaturalismo.

Según Carlos Santiago Nino, el jusnaturalismo puede caracterizarse como la corriente que postula básicamente dos ideas centrales: a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de "jurídicas" si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado jusnaturlista.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980, pp. 27 y 28.

Es muy importante destacar que las dos tesis esenciales planteadas por Nino en su definición, obligatoriamente deben estar presentes de manera conjunta en los movimientos considerados como jusnaturalistas. Pienso que es adecuado, por esta circunstancia, abundar y precisar en qué consisten cada una de dichas tesis.

El primer punto, es decir, el concerniente al aspecto ético-filosófico inmanente al derecho natural, es entendido por algunos autores "como un sistema universalmente válido para todo tiempo y lugar, y siempre el mismo".<sup>8</sup> No aceptan por tanto, la transformación histórica que se presenta de acuerdo a las circunstancias.

Dentro de este aspecto se debe precisar que tal conjunto de valores no se encuentra sujeto a las contingencias históricas, como ya se mencionó, debido a que tales principios morales se ubican inscritos en la naturaleza del hombre.

En relación con las diversas concepciones que se han dado del derecho natural, una de las posibles causas de tanta diversidad, se debe principalmente a la variedad de formas en que se ha entendido el término que precisamente le da nombre: "naturaleza".

Desde los primeros planteamientos jusnaturalistas se encuentra presente dicha expresión. Por tal motivo, resulta importante esbozar, al menos de manera general, la trascendencia de este concepto, el cual comparte las características de los valores que son universalmente válidos e inmutables.

---

<sup>8</sup> Juan Manuel Terán. *Filosofía del Derecho*. 11 ed. México: Porrúa, 1989. p.186.

Se considera a Calicles como el autor que estableció por primera vez una distinción, en donde el concepto de justicia va a reflejar la diferencia entre el aspecto jurídico y lo natural. Por un lado, desde el punto de vista del derecho, la justicia se va a referir a la igualdad; en cambio, para el derecho natural, lo justo se deduce espontáneamente, en virtud de ser la propia *naturaleza* quien se encarga de establecer sus propias diferencias entre los seres fuertes y débiles, predominando los primeros.

Sócrates estableció otra diferencia desde un punto de vista teológico, de tal forma que la discrepancia surgió de la existencia de leyes escritas, hechas por el hombre, así como de leyes no escritas, fijadas por una divinidad, y por consiguiente, inmutables e inscritas en el ser del hombre. Esta diferenciación sin embargo, no parece del todo completa, en virtud de que no todo derecho escrito es positivo ni todo derecho positivo es escrito.

En los siglos XVII y XVIII, con la concepción del jusnaturalismo clásico, cobra mayor fuerza la idea de que el fundamento del verdadero derecho se encuentra en la propia naturaleza, anteponiendo al derecho positivo, el conjunto de principios perenes e inmutables que el primero encuadra.

Así mismo, se va a fijar la separación y autonomía entre el derecho y la teología, teniendo como base a la ley divina positiva, así como a la interpretación de la ley eterna, considerada como uniforme y tradicional. Esto se va a dar con el movimiento de reforma protestante y con el nacimiento de la escuela racionalista del derecho natural, lo cual va a dar origen al desprendimiento entre el derecho y la moral.

Con base en los ejemplos anteriores, se puede afirmar que a la naturaleza humana, en el transcurso de la historia, se le ha interpretado de diversas maneras, entre las que destacan, en términos generales, las siguientes:

- a) La naturaleza, como fundamento jurídico del derecho, interviene sin tener en cuenta el parecer humano, tal y como lo afirmaba Calicles al hacer referencia a las diferencias entre los seres humanos.
- b) La naturaleza, como fundamento teológico proveniente de una voluntad divina, que contrapone el orden cambiante del sistema positivo, por uno inmutable y eterno proveniente de Dios. En este apartado podemos mencionar a autores como, Santo Tomás de Aquino o San Agustín.
- c) Un tercer apartado, se deriva del fundamento expuesto a través de la razón humana, lo que postuló la idea de igualdad entre los seres humanos.
- d) Por último, las teorías que explican el fundamento en la naturaleza de las cosas, donde cada quien tiene un fin determinado.

La noción de naturaleza humana por consiguiente, se ve afectada por las diferentes concepciones del mundo que se tengan, dependiendo de cada lugar o época, incluso de cada jurista, por tanto, lo que para unos significa que los hombres resulten iguales por naturaleza, para otros resulta ser desigual. El concepto de naturaleza humana puede llegar a ser muy cambiante, lo cual tiene como consecuencia que el derecho natural, en ocasiones resulte en su contenido, variado e impreciso.

El jusnaturalismo se refiere al orden intrínsecamente justo coexistiendo en el mismo nivel del derecho positivo o aún encima de éste. El fundamento del derecho para los jusnaturalistas, se encontrará en los valores determinados por la voluntad ajena al hombre, por lo cual la validez del derecho no debe depender de procedimientos formales, sino que se debe considerar primordialmente por el contenido de las leyes.

Así, el derecho natural es justo y válido por sí mismo, pues toma en cuenta el fondo y no la forma, independientemente del reconocimiento que le de o no el Estado o su equivalente; consideración rechazada rotundamente por los seguidores del positivismo, quienes niegan además importancia al valor intrínseco, así como el conjunto de principios y consideraciones éticas que el derecho natural pueda contemplar. Según los jusnaturalistas, una norma jurídica, aun cuando contemple todos los procedimientos formales y provenga de la mente del legislador, carecerá de validez si no reviste valores intrínsecos y no acepta que es válido por el sólo hecho de surgir del legislador y contemplar los requisitos formales, que contribuyeron para su nacimiento a la vida jurídica.

Desde un primer punto de vista, la principal diferencia consistiría en la validez que se le va a otorgar a la norma, siendo válido el derecho natural al reconocer su valor intrínseco, es decir, vale por el contenido de sus preceptos sin considerar requisitos extrínsecos, y por ello se le considera como el único derecho auténtico, justificando el positivismo únicamente en la medida que éste practique lo establecido por el derecho natural. Por el contrario, el derecho positivo va a tener validez por contemplar los procedimientos formales exigidos para su aceptación, sin considerar el contenido de justicia o injusticia al que pudiera atender.

Es decir, cualquier forma en que se pueda presentar el jusnaturalismo debe encontrarse por encima de cualquier disposición del legislador y vincular los principios fundamentales que le dan contenido y fuerza al Derecho, tales como justicia, bien común, seguridad jurídica, igualdad, libertad, etcétera.

Por lo anterior, es imposible hablar de un derecho natural que comprenda un sistema normativo reconocido en todo el mundo. En realidad, no se puede hablar de una sola teoría, sino de infinidad de posiciones naturalistas que se oponen al positivismo jurídico.

Truyol Serra, explica que el jusnaturalismo como toda corriente intelectual comprende diversas manifestaciones, sin embargo, en todas se hace hincapié a principios jurídicos universalmente válidos, mismos que se deben plasmar en derecho positivo para que tengan validez. Así, afirma que todas las corrientes naturalistas coinciden en señalar la existencia de valores universales e inmutables, para todos los pueblos y todos los tiempos.<sup>9</sup>

Díaz Elías habla de dos niveles para los seguidores del jusnaturalismo "según que se aluda al Derecho natural como «ontología» o al derecho natural como «deontología»»: en la primera fórmula el Derecho natural aparece como el «ser del Derecho»; en la segunda, como «sistema universal e inmutable de valores»".<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Cfr. Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2a. ed. Madrid: Taurus Ediciones, 1980 pp. 264 y 265.

<sup>10</sup> Cfr. Elías Díaz, op. cit. p. 266.

### III) Principales críticas a las tesis jusnaturalistas

La doctrina hace referencia a cuatro principales puntos de controversia entre las teorías jusnaturalistas:

1. Una primera discusión ha sido la idea sostenida por cierto grupo de jusnaturalistas, de establecer ciertos valores jurídicos fijos, que otorgan validez al derecho *a priori*, es decir, que se asumen previamente; mientras que otros creen firmemente en la posibilidad de crear todo un sistema jurídico universal fijando valores históricos iguales e inmutables para ellos.

2. La segunda dificultad se presenta, cuando se trata de explicar precisamente, el origen y definición del término que le da su nombre "naturaleza", el cual tiene variadas interpretaciones como ya se explicó.

3. La tercera controversia entre las ideas del derecho natural consiste, en la mutabilidad o inmutabilidad de los valores jurídicos, ya que según algunos no varían con el tiempo.

Es decir, por una parte existen teorías que afirman valores inmutables a lo largo de la historia, mismos que son la base y sirven de modelo para cualquier sistema jurídico. Estas teorías se caracterizan por reconocer un "derecho natural absoluto".

Por otra parte, se encuentran las teorías naturalistas que afirman un "derecho natural de contenido variable", que como su nombre lo indica establecen el desarrollo histórico que sufren los valores jurídicos, lo cual se justifica por el deseo

de conocer el verdadero derecho, objetivo que resultaría imposible si se ubicara en un sólo contexto histórico.

4. Por último, las diferencias y críticas más contrastantes se encuentran desde las posiciones que se adoptan, en virtud de la relación existente entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo.

#### **IV) Jusnaturalismo y juspositivismo**

Existen varias diferencias fundamentales entre estas teorías, las cuales se pueden dividir en dos grupos:

El primer grupo se refiere a la manera en que cada una se encarga de entender los valores que debe contener una norma jurídica.

El jusnaturalismo le otorga a la norma jurídica características invariables e inmodificables, por lo menos, aquellas consideradas como esenciales. No acepta el cambio ni las transformaciones; en vez de ello, el positivismo observa esos valores como el resultado de una conquista histórica.

El segundo grupo establece las diferencias entre estas teorías, en atención a la forma en que cada una de ellas considera la relación existente entre derecho y justicia.

Los jusnaturalistas afirman que sólo es derecho auténtico aquel que es justo, de manera intrínseca. En cambio, el positivismo jurídico establece que el derecho para ser tal, debe ser positivo, mientras que el derecho natural corresponde al campo de la ética por atribuirle consideraciones filosóficas.



Dentro de este apartado, es conveniente referirse a la teoría de los dos órdenes de Arthur Kaufmann, quien establece la imposibilidad de adquirir una posición radical naturalista o un juspositivismo absoluto, ya que al adoptar cualquiera de estas ideas unilateralmente se desconoce la estructura ontológica del derecho.<sup>11</sup>

Para este autor no se puede hablar de dos clases de derecho, porque necesariamente uno excluye al otro, además, tampoco puede haber un derecho "ideal" y otro de aplicación "real", ya que lo que no existe realmente carece de positividad, condición indispensable del derecho, porque de lo contrario no se puede aplicar en la vida jurídica, a través de la labor del juez.

Kaufmann, afirma la importancia de no tener que contraponer el positivismo jurídico con el jusnaturalismo o tener que elegir entre uno de ellos única y forzosamente, como si se tratara de dos realidades opuestas. Él sostiene que la ontología jurídica se debe dar en virtud de la unión entre esencia y existencia jurídica; es decir, del iusnaturalismo y el positivismo jurídico.<sup>12</sup>

De tal forma que una postura monista del derecho, tan sólo puede captar una parte de la realidad jurídica, donde el positivismo atiende únicamente a la existencia real y el iusnaturalismo sólo se ocupa de la esencia jurídica.

Con esta teoría se deduce que los valores aceptados por el naturalismo sólo se aplican en cuanto tienen positividad y éste tiene validez siempre que encierre los valores del primero. Es decir, no se puede separar la esencia (jusnaturalismo) y la existencia (positivismo legal), sino que por el contrario uno complementa al otro.

---

<sup>11</sup> Cfr. Eduardo García Maynez. *Filosofía del Derecho*. 6a. ed. México: Porrúa, 1989, pp. 504 a 516.

<sup>12</sup> Cfr. Eduardo García Maynez. op. cit. p. 504 a 516.

## **Distinción entre validez formal y validez intrínseca**

Durante el desarrollo de este capítulo se ha mencionado mucho sobre la discrepancia que existe en la doctrina alrededor de las teorías iusnaturalistas y positivistas, así como la importancia que cada una otorga a la validez intrínseca u objetiva, o en su caso, extrínseca o formal.

Por validez extrínseca, debemos entender aquellas normas jurídicas que derivan de fuentes formales de creación; mientras que por validez intrínseca se hace referencia al grado de bondad y justicia a las que se alude en una norma jurídica.

Lo anterior no quiere decir que ambas se excluyan o se complementen de manera necesaria, pero desde mi punto de vista, considero que una norma legal debe contener ambos tipos de validez, ya que con esto se consigue que un precepto jurídico reúna los requisitos de seguridad legal (validez extrínseca) y justicia (validez intrínseca).

En relación con este tema, se han presentado algunas de las grandes discusiones entre las corrientes iusnaturalistas y positivistas, ya que mientras para los primeros es indispensable la existencia de validez intrínseca, para que una norma forme parte del derecho "válido"; para los segundos se requiere de todo un procedimiento formal o material para su creación, es decir, de validez extrínseca.

Sin embargo no es indispensable tomar una postura tan radical, sino que, como lo explica Arthur Kaufmann, se puede decidir por un punto medio. Dicho autor lo

explica de la siguiente manera: la estructura ontológica del derecho se establece a través de la compenetración de esencia y existencia jurídica.<sup>13</sup>

El derecho positivo resulta efectivo cuando contempla la esencia jurídica, y ésta se da a través de procedimientos formales. Kaufmann, explica claramente que considerar a cada uno por su parte no tiene sentido: por un lado, el derecho positivo le otorga validez al jusnaturalismo; sin embargo, éste no puede realizar lo mismo con el positivismo.<sup>14</sup>

Como lo señala Kaufmann si se niega la existencia de dos tipos de derecho por contraponerse entre ellos, se niega la posibilidad de hablar de dos clases de validez, ya que para el legislador la única que existe es la formal, pero de cualquier manera pueden cuestionar el valor objetivo de la norma que se va a aplicar.<sup>15</sup>

Es importante señalar la relación que juegan elementos como: vigencia; eficacia y validez, en cualquiera de sus dos manifestaciones.

Atendiendo a la vigencia y a la validez formal, cabe señalar que mientras la positividad de una norma jurídica consiste en la creación de ésta por los órganos del Estado facultados para ello, con el objeto de regular el comportamiento de los particulares y su relación con los órganos de gobierno, así como las relaciones entre ellos por un tiempo y una situación determinada; la vigencia, por su parte, se refiere a la obligatoriedad que los propios órganos le atribuyen a esta norma jurídica.

---

13 Idem.

14 Idem.

15 Idem.

Por consiguiente, al hablar de todo un sistema normativo, forzosamente resultan inseparables dichos términos, aunque según Kaufmann no es que se les deba entender como sinónimos, ni mucho menos encontrar que todos los preceptos de un sistema jurídico contienen estos dos atributos.<sup>16</sup>

Por otro lado, para que una norma sea eficaz, debe ser cumplida por sus destinatarios en forma espontánea o impuesta por el órgano facultado para ello. De aquí, se deriva la diferencia existente entre la validez y la eficacia, ya que esta última, consiste en que la norma sea realmente cumplida, impuesta o aplicada, y por lo tanto goce de vigencia, pero además la norma jurídica puede tener validez extrínseca y carecer de eficacia, lo que no puede ocurrir al revés, toda vez que el legislador únicamente reconoce las normas formalmente válidas.

Por otro lado, en relación a la validez intrínseca y la eficacia, los jusnaturalistas se colocan en dos posiciones:

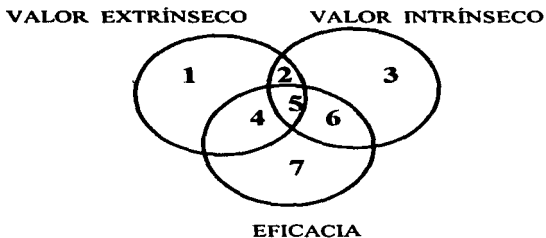
Una norma con validez intrínseca puede tener eficacia, pero si carece de ésta, es decir, no se cumple ni se impone, no deja por ello de ser válida.

Para explicar correctamente la relación que observan la eficacia, la vigencia y la validez intrínseca (denominada por Arthur Kaufmann<sup>17</sup>, "la teoría de los tres círculos"), será necesario ayudarnos del siguiente esquema, de donde se pueden derivar siete posiciones:

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Idem.*



1. Normas extrínsecamente válidas, sin validez intrínseca ni eficacia.
2. Normas extrínsecamente e intrínsecamente válidas, sin eficacia.
3. Normas intrínsecamente válidas, sin vigencia ni efectividad.
4. Normas con validez extrínseca y eficacia, sin valor intrínseco.
5. Normas con validez extrínseca, intrínseca y eficaces.
6. Normas intrínsecamente válidas y eficaces, sin validez extrínseca.
7. Normas únicamente eficaces, sin ninguna clase de validez, como lo son aquellas que derivan de la costumbre.

Las posiciones 1, 2, 4 y 5, son las reconocidas por los positivistas y las 2, 3, 5 y 6 aceptadas por los iusnaturalistas extremos.

Hans Kelsen en su teoría sólo puede aceptar las posturas que resulten de las posiciones 4 y 5, al igual que Alf Ross; lo cual se analizará en los capítulos correspondientes.

## V) Conclusión (críticas y validez actual)

Norberto Bobbio señala sobre las dos corrientes que se han enunciado, que no es correcta una separación tan definitiva y tajante, sino que se puede considerar un punto medio.<sup>18</sup> Los defensores del positivismo atacan este punto de vista al considerar únicamente como derecho el que es realmente válido para determinado lugar y época, siempre y cuando reúna los requisitos de forma exigidos.

Para este autor, el jusnaturalismo consiste en la supremacía del derecho natural sobre el derecho positivo, reconociendo ambos órdenes con sus respectivas diferencias; mientras que por positivismo jurídico, designa como único derecho real el positivo, desconociendo la diferencia entre éste y el natural; es decir, sólo admite exclusividad del derecho positivo. De donde se desprende que mientras el derecho natural concede una posición dualista, el derecho positivo se mantiene en una postura monista.

Esta idea es aceptada igualmente por Alfred Vedross <sup>19</sup> al establecer que el positivismo jurídico aprueba como único derecho al positivo; sin embargo dice que tal afirmación debe considerarse desde dos puntos de vista:

---

<sup>18</sup> Norberto Bobbio, op. cit. *El Problema del Positivismo*, p. 123.

<sup>19</sup> Idem, p.154.

En un primer sentido, el positivismo radical toma al derecho natural como una mera ideología, la cual puede ser considerada para darle fuerza al derecho positivo o contrarrestarlo, pero estos ideales no deben ser reconocidos como derecho, ya que para ellos no existe el derecho natural.

Los autores que se abocan a un segundo criterio son los representantes del positivismo moderado, quienes afirman que el término derecho debe aplicarse exclusivamente al positivo, sin que por ello dejen de reconocer la existencia de un derecho superior. Esta corriente fija como su campo de estudio a la ciencia jurídica consistente en las normas efectivamente válidas y vigentes, mientras que la ética o la ciencia moral debe considerar el valor intrínseco de las normas.

Sin embargo, Bobbio explica que no se puede adoptar un criterio extremo entre dos opciones únicamente; por lo cual sugiere que es posible desprender cuando menos tres soluciones más.

La primera sería la concurrencia de los dos órdenes, mas no como se describió anteriormente, en una relación de dependencia, por el contrario, supone que entre ambos hay una conexión de indiferencia y autonomía. Los simpatizantes de esta tesis, se oponen a la corriente que reconoce la supremacía del derecho natural por encima del derecho positivo, así como al positivismo jurídico, el cual fija la exclusividad de este derecho.

Aceptan ambos derechos como especies de un mismo género y no como dos sistemas ubicados jerárquicamente, es decir, no deben contraponerse ni rechazarse, tan solo se deben fijar y particularizar las bases sobre las cuales se da validez a cada uno de los dos órdenes.

Una segunda alternativa, reconoce únicamente la existencia del derecho natural. Como se observa, esta teoría resulta completamente opuesta al positivismo jurídico; además históricamente no se ha presentado dicho estado social mas que como una utopía en la cual los hombres sólo se gobiernan por las leyes de la naturaleza. En la historia del derecho, el jusnaturalismo únicamente se ha separado del derecho positivo de manera teórica.

Por último, la tercera tesis que propone Bobbio consiste en admitir la existencia de ambos órdenes pero resaltando la supremacía del derecho positivo sobre el derecho natural. Es decir, sería lo contrario de la propuesta del jusnaturalismo.<sup>20</sup>

En esta corriente se reconocen los dos sistemas pero resaltando la dependencia del derecho natural por virtud del derecho positivo. Los autores de esta corriente dan lugar a la existencia de ambos derechos, pero únicamente concediendo la intervención del derecho natural tan sólo cuando existen lagunas jurídicas en el derecho positivo, es decir, sólo tiene una función complementaria, ya que cuando existan normas para regular una controversia se debe atender primordialmente a éstas.

Por otro lado, existen varios autores que se han encargado de negar la realidad del derecho natural.

David Hume negó los principios racionalistas del jusnaturalismo, argumentando la imposibilidad de desprender de la razón los principios rectores de las acciones humanas, ésta sólo puede otorgar los medios para obtener un fin determinado mas no el contenido de las mismas.

---

<sup>20</sup> Idem, p.167.



Platón y Aristóteles ya se habían encargado de emitir su opinión al respecto, al explicar que el ser humano es un ser que necesariamente debe buscar su perfeccionamiento, por lo cual, la naturaleza humana se encarga de proporcionar los medios para alcanzar ese fin, pero por la evolución histórica el hombre se encuentra sujeto a situaciones diferentes.

Estas ideas fueron continuadas por Jeremy Bentham, quien reprochó las tesis basadas en la moral, negando como fundamento para la formación de juicios jurídicos únicamente criterios subjetivos.

La "Ciencia de las Pandectas" se encargó de apoyar al positivismo jurídico al negar para su estudio cualquier clase de consideración ética, moral, política, metafísica, etcétera; ya que todo sistema normativo consiste en un sistema cerrado, por lo que sólo debe atenderse la materia jurídica.

Otros autores negaron las consideraciones metafísicas así como la existencia del derecho natural, fundándose para ello en tres tesis:

1. La imposibilidad de establecer parámetros de una moral a nivel general, ya que ésta necesariamente se encuentra influenciada por las distintas épocas y lugares; es decir, debe ir evolucionando con el transcurso del tiempo.
2. Por consiguiente el derecho únicamente puede tener validez para un tiempo determinado en la historia.
3. Es imposible la existencia concordante del derecho natural y el derecho positivo, ya que indispensablemente la presencia de uno excluye al otro.

A pesar de que muchos juristas se inclinan por el mayor rigor científico del juspositivismo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, hubo un resurgimiento del jusnaturalismo. Los conflictos sociales que provocó dicha experiencia bélica motivaron que la mayoría de los estudiosos del derecho intentaran rescatar los postulados humanitarios sostenidos por el jusnaturalismo, un ejemplo en este sentido es la teoría del suizo Emil Bruner. Tal situación perdura hasta nuestros días. Numerosos filósofos del derecho pretenden rescatar muchos de los conocimientos aportados por los jusnaturalistas, para elaborar teorías filosófico-jurídicas con un mayor grado de rigor científico, pero sin olvidar los problemas que aquejan al ser humano.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **POSITIVISMO JURÍDICO**

## CAPÍTULO TERCERO

### POSITIVISMO JURÍDICO

#### 1) Antecedentes

En cuanto a los antecedentes del positivismo jurídico, se encuentran ciertas teorías previas a esta corriente que dieron origen a condiciones propicias para su nacimiento.

El juspositivismo empirista surge en Inglaterra, a raíz de la revolución por la cual en 1688 se reconoce la *"Declaración de Derechos"* (*Bill of rights*), los cuales una vez que constaron por escrito, constituyeron la garantía de su vigencia, devolviendo sin embargo, al derecho natural algunos de los valores que había perdido. Para el juspositivismo empirista, lo "positivo" consiste en los hechos realizados por la conducta, por ser tangible su comprobación; es decir, un acto de conducta ya existe por el hecho de formar parte de un pasado que no se puede transformar.

El positivismo jurídico se encuentra bajo la influencia de este tipo de análisis filosófico por considerar como derecho, únicamente al hecho producido de manera inmediata, del cual como se dijo, no se puede dudar.

Por otro lado, en Francia surge el juspositivismo racionalista en 1789, prácticamente un siglo después de la revolución inglesa, ya que dio origen al

reconocimiento de ciertos valores como la libertad e igualdad para proteger a la burguesía y su consiguiente necesidad de exponerlo por escrito.

Pocos años más tarde surgió el *Código de Napoleón*, el cual pretendía reunir todas las leyes surgidas por causa de la revolución. Con el sistema del código se revolucionaron todos los sistemas existentes hasta entonces. Para esta corriente, el jurista debe reconocer únicamente como derecho válido a la ley escrita y publicada, sin considerar el contenido de justicia que pueda llegar a tener.

Esta tendencia a la prescripción de un derecho escrito creado por el Estado a través de un órgano público de representación, tuvo mucho que ver con un afán por sistematizar y depurar el derecho, como parte de un movimiento que cada vez fue cobrando más fuerza, la codificación.

La diferencia básica entre el positivismo empirista y el racionalista, consiste en que el primero reconoce como "positivo" a la voluntad individual de la conducta, mientras que el segundo asume como "positivo" a la voluntad general, en cuanto derecho escrito. Sin embargo los naturalistas se oponen a este criterio estableciendo que, si sólo fuera derecho el escrito, entonces seguiríamos rigiéndonos por la "Ley del Talión"; además de que, antes de existir cualquier derecho escrito, no había ninguna ordenación anterior para las relaciones humanas, por no existir otra fuente de derecho.

Asimismo, añaden la existencia de las lagunas en la ley, ya que resulta imposible reglamentar todas las consecuencias de derecho que se pueden presentar y sin embargo, los jueces están obligados a resolver todas las controversias aunque no exista algún precepto específico que las prevea, para lo cual se supone que se basan en una ley natural que pueda resolver un caso concreto.

## II) Diversos aspectos del positivismo jurídico

Con el fin de comprender adecuadamente el positivismo jurídico es importante en primer término, analizarlo tomando en cuenta los tres aspectos que se han presentado históricamente. Fue Norberto Bobbio<sup>21</sup> quien elaboró dicha distinción en los siguientes términos:

### 1) Como forma de aproximarse al estudio del derecho.

En este aspecto se busca delimitar primeramente, el objeto de estudio o investigación; en otras palabras: se debe considerar al derecho tal cual es. Aquí, el positivismo jurídico hace una clara distinción entre el "derecho que es" y el que "debe ser"; es decir, entre el "derecho real" o el "ideal", aceptando como único derecho válido para el jurista, al primero.

En consecuencia, es positivista aquél que considera al derecho de una manera neutral, sin atribuirle valores universales. El criterio utilizado para distinguir a una regla jurídica de otra no jurídica, consiste en que provenga del órgano facultado para expedirla, bajo los procedimientos establecidos con anterioridad y que sea efectivamente aplicada durante cierto tiempo, por un número determinado de individuos.

Para Bobbio, la definición del derecho no debe incluir conceptos teleológicos. Según él, para que algo pueda llamarse derecho no es necesario que deba alcanzar obligatoriamente la justicia, que proponga la libertad, la igualdad o que busque el bien común.

---

<sup>21</sup> Norberto Bobbio, op. cit. *El Problema del Positivismo*, p. 44.

Se considera como derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad. En consecuencia, el positivismo jurídico como teoría del derecho debe delimitar como objeto de estudio de la ciencia jurídica, al derecho positivo.

Cabe aclarar sin embargo, que el juspositivismo no considera al derecho positivo como el único derecho existente. Es importante destacar que el juspositivismo acepta la presencia de un derecho ideal o natural, sólo que éste no tiene el mismo carácter del derecho positivo, por tal razón, lo excluye del objeto de su investigación.

## *2) Como una teoría del derecho.*

En este sentido, se entiende al juspositivismo como un grupo de aseveraciones vinculadas entre sí, para analizarlas e interpretarlas en su conjunto, como un mismo sistema, con el objeto de dar una explicación global sobre los fenómenos que se presentan en cualquier sociedad organizada jurídicamente. En el presente aspecto, lo que se busca es separar los hechos considerados como jurídicos de aquellos que no lo son.

El fenómeno jurídico se deriva a partir de la formación de un poder soberano, con la capacidad de aplicar coactivamente sus preceptos y que tiene además, el monopolio del poder. Tal institución es, como ya se sabe, el Estado. Establecido lo cual podemos deducir, que el positivismo jurídico se identifica con la teoría estatal del derecho.

Ehrlich explica lo anterior de acuerdo a los siguientes principios:

- a) Toda decisión judicial presupone siempre una regla pre-existente;

- b) Esta regla pre-existente está siempre dada por el Estado;
- c) El complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad.<sup>22</sup>

3) *Como una ideología de la justicia*

En la cual se asume una posición frente a un esquema de valores, independientemente de su contenido. Dichos valores ejercen cierta influencia en la realidad misma; modificándola cuando la valoración sea negativa y aceptándola cuando ésta es positiva.

Debido a la creencia en ciertos valores, se le otorga al derecho que es —por el sólo hecho de existir—, un valor positivo, de acuerdo a dos tipos de argumentación:

1. Aquella en la cual el derecho positivo, por derivar de la voluntad estatal es justo. Cuestión que equivale a establecer su justicia o injusticia de acuerdo a su validez o invalidez.
2. La que considera que el derecho, como conjunto de reglas, es útil con su simple existencia, sin considerar su valor moral; ya que finalmente logra ciertos fines, como el orden, la paz y la justicia.

Según Bobbio, con estos argumentos se desprende que los preceptos del orden positivo deben cumplirse con base en un deber moral o ético de obedecer las normas de la comunidad, por respeto a ellas mismas y no por el temor de aplicación de sus sanciones.

---

<sup>22</sup> Idem,



Existe otra manera de clasificar al juspositivismo. En ésta diferenciación se tiene por un lado al "positivismo normativista" y "positivismo conductista".<sup>23</sup>

El primero de ellos, también llamado "legalismo positivista", dirige su análisis hacia un positivismo de origen idealista. Establece que la ley proviene de la razón, la cual pertenece al Estado, por lo que éste, mediante la ley, es la única fuente de derechos y obligaciones. Cataloga al Estado como un poder superior al hombre y afirma que el hombre es para el Estado.

Esta teoría pretende que la ley escrita tenga el máximo poder y dominio sobre los gobernados. En consecuencia, ellos deben cumplirla por sobre todas las cosas.

El "positivismo conductista" por su parte, reconoce como la única fuente de cualquier norma a los hechos reales. En otras palabras, a partir de que se produce un hecho, el derecho nace. Es imposible regular lo que todavía no se conoce.

Augusto Comte apoya a esta corriente fundamentando su análisis desde la perspectiva del "positivismo sociológico", en la cual como es sabido, se especializó. Lo anterior se confirma con la expresión del propio Comte: "No podemos conocer realmente más que los hechos apreciables por nuestro organismo, sin jamás poder obtener noción alguna sobre la naturaleza íntima de ningún ser".<sup>24</sup>

Comte no tomaba en cuenta ningún tipo de cuestiones teleológicas ni metafísicas, únicamente apreciaba las sociológicas. Para este filósofo francés, lo positivo es

---

<sup>23</sup> Cfr. Edgardo Fernández Sabate. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 189-203.

<sup>24</sup> Edgardo Fernández Sabate. op. cit. p.191.

aquellos establecidos en el mundo real. De esta manera, la ley debe buscarse en los fenómenos más generales de la humanidad y no en la conducta individual de los seres humanos. Así, el derecho debe encaminarse al bien de la humanidad y no a un nivel particular.

El positivismo jurídico, por otro lado, al sostener que no hay más derecho que el positivo, puede dar origen a dos posturas diferentes:

*a. Concepción "positivista dogmática" o "radical".*

La cual considera al derecho natural como una ideología que puede influir en los críticos del positivismo para aumentar o disminuir la fuerza de esta corriente. Por otro lado, desconoce al derecho natural y niega la relación con la ética.

*b. Concepción positivista moderada.*

Establece que el término "derecho" únicamente debe aplicarse al derecho positivo, sin desconocer la existencia de un orden jurídico superior. Determina como tema central de su estudio a la ciencia del derecho y en cuanto al análisis del valor intrínseco, debe llevarlo a cabo la moral o la ética.

### **III) Distinción entre derecho real o existente y derecho ideal**

El mundo del "ser" y el del "deber ser" son diferentes. El primero se rige por la razón pura, manifiesta en las leyes constantes, donde no interviene la voluntad humana, ni influye la moral; mientras que el segundo se rige por la razón práctica legislada de acuerdo a la voluntad de los hombres. Estos ámbitos hacen

referencia, como ya se mencionó, a dos aspectos distintos, sin embargo, en ciertas ocasiones pueden llegar a coincidir.

Aristóteles y Platón establecieron que el deber ser, necesitaba estar fundamentado en la naturaleza propia del ser finito, ya que éste regiría su vida con el propósito de lograr su perfeccionamiento. Dichos autores crearon una teoría del valor, la cual estructuraron de la siguiente manera:

1. Los seres finitos son dinámicos, no estáticos.
2. La dinámica de todas las cosas está determinada hacia el fin destinado de acuerdo a su naturaleza.
3. La moral y el derecho no pueden ser impuestas a capricho del hombre, por el contrario, se determinan por la naturaleza esencial del ser humano y por la comunidad basada igualmente en su propia naturaleza.
4. No puede existir una separación total o radical entre ser y deber ser, ya que el segundo se encuentra sumergido en el ser del hombre.<sup>25</sup>

Por otra parte los juristas han propuesto explicaciones diferentes:

Kant hace referencia a la dificultad de encontrar un concepto del "ser", por derivar de la voluntad del hombre. De esta manera, una norma puede prescribir la realización de una conducta, que puede o no presentarse; en cambio, una norma

---

<sup>25</sup> Cfr. Alfred Vedross. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión Panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México: Centro de Estudios Filosóficos, U.N.A.M., 1962. pp. 70 y 71.

de conducta hace referencia a lo que debe ser, ya sea que no haya ocurrido o nunca llegue a realizarse.<sup>26</sup>

Kelsen confirma la absoluta separación entre esos dos mundos, ya que para él, se trata de dos categorías diferentes sin relación alguna y por consiguiente, el campo de estudio para cada uno requiere métodos de conocimiento de naturaleza distinta. El mundo del ser se rige por la ley de causalidad así como por el proceso de finalidad, abarcando todo el mundo físico con carácter general, es decir, el cosmológico, el físico, el biológico, etc. Así mismo, el sector social debe regirse a través del mundo del ser y, siendo la sociología una ciencia encargada de estudiar el fenómeno social por medio de los principios de causalidad y finalidad, le corresponde también su análisis. Considera al "deber ser jurídico" como un concepto absolutamente distinto del "deber ser ético", al cual entiende Kelsen, como la expresión de autonomía del Derecho.

En sus estudios, Kelsen explica que las normas son expresiones del deber ser jurídico, el cual evita cualquier intromisión de cuestiones morales, puesto que para él son tan sólo la manifestación de la conducta que debe regir al hombre.

En el mundo del ser el principio de causalidad es completamente distinto del fenómeno de imputación característico del ámbito del deber ser. La causalidad se refiere al enlace necesario entre la realización del hecho y sus consecuencias, resultando así, que toda causa presupone un efecto, independientemente de que lo conozcamos o lo podamos explicar. Por otro lado, en el mundo del deber ser, el proceso de imputación expresa una relación indispensable, en virtud de que todo hecho condicionante da origen a una consecuencia jurídica, pero ésta tiene el

---

<sup>26</sup> Cfr. Alfred Vedross. op. cit. pp. 228-231.

carácter de contingente, al depender precisamente de la voluntad del hombre el realizar o no lo prescrito por la norma jurídica.<sup>27</sup>

#### **IV) Características del positivismo jurídico**

Con el objeto de comprender mejor la importancia que tiene esta corriente es necesario explicar en primer lugar la diferencia existente entre positividad y vigencia.

Comenzaré por señalar que se puede entender a la 'positividad' como el poder de las normas, creadas o reguladas por los órganos del Estado facultados para regular, tanto el comportamiento de los ciudadanos como el desempeño de sus propias funciones. En cambio, por 'vigencia' se infiere la fuerza vinculante u obligatoria de cada sistema. Como se aprecia, en realidad se trata de términos distintos.

Ambos conceptos se deducen del concepto de sistema normativo, pero el primero alude a la creación de las leyes conforme al procedimiento establecido y por los órganos competentes, mientras que la vigencia se refiere a su obligatoriedad. No se hace referencia a la justicia contenida en las normas en ninguno de los conceptos explicados, sino a su proceso de creación o reforma conforme a lo establecido en las normas de cada sistema.

La eficacia de un sistema legal no depende exclusivamente de la obligatoriedad derivada del poder del Estado, interviene también el reconocimiento de los

---

<sup>27</sup> Cfr. A. E. Serrano. *La Filosofía del Derecho*. Venezuela: Biblioteca de Textos Filosóficos, 1973, pp. 49 y 50.

particulares respecto de ese sistema jurídico, es decir, la subordinación a ese sistema de normas permite la realización de ciertos valores.

Del Vecchio considera la positividad del derecho como la mayor o menor fuerza contemplada en un momento determinado por una norma o un sistema normativo, dependiendo de factores psicológicos, sociales o físicos, los cuales constituyen precisamente el contenido de la historia.<sup>28</sup>

Du Pasquier interpreta al derecho positivo, como el conjunto de reglas que tienen por objeto normar la vida de los miembros de la sociedad, siempre que se impongan precisamente, por el poder facultado.<sup>29</sup>

Geny por su parte hace referencia a dos categorías que influyen en la elaboración del derecho positivo: el 'dato' y la 'construcción'.<sup>30</sup>

El primero consiste en la realidad misma, por ser la representación de la operación intelectual u objeto de conocimiento; en otras palabras, es necesario conocer la esencia de las cosas y sus relaciones por medio de la abstracción y la generalización partiendo de un fundamento real. Este tipo de conocimiento no es producido por el hombre, sino que éste lo estudia, contempla y analiza con el fin de aprehenderlo, es decir, la realidad le es dada al entendimiento humano como objeto de conocimiento. Así, el conocimiento sistematizado de la realidad constituye la ciencia, por lo que se deduce entonces, que el 'dato' es el objeto de todo conocimiento científico.

---

<sup>28</sup> Cfr Norberto Bobbio. op. cit. p. 34.

<sup>29</sup> Idem, p. 53.

<sup>30</sup> Idem, p. 55.

Por otro lado, la 'construcción' consiste en la técnica utilizada, ya sea a través de los medios, procedimientos o métodos, que emplea el ser humano para obtener un conocimiento ordenado y verdadero, sobre algo específico y poder aplicarlo a un fin concreto.

Para explicarlo de una manera resumida el 'dato' consiste en el punto de partida del conocimiento técnico, es decir, aprehender la verdad de las cosas; mientras que la 'construcción', se refiere a la base del conocimiento práctico aplicando esa verdad aprehendida, a un punto específico.

Norberto Bobbio comenta cinco ideas sobre el contenido del derecho:

"1) Con respecto a la definición del derecho, la teoría de la colectividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado;

2) Con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales);

3) Con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes;

4) Con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias;

5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana)".<sup>31</sup>

## **V) Teoría de Hans Kelsen**

La Teoría Pura debe ser plenamente objetivista y general, haciendo caso omiso de lo subjetivo. Precisamente le dio el nombre de "pura" por realizar una separación entre lo real y la moral; es decir, la consideración jurídica pura deriva de una norma positiva emanada del legislador.

Son tres los presupuestos que caracterizan la "Teoría Pura del Derecho":

El primer presupuesto consiste en entender como único objeto de estudio al derecho, eliminando todo lo que no corresponda directamente a su definición; es decir, ignora todo el conocimiento que aporta la sociología, la moral, la psicología, etc.

El segundo presupuesto se refiere a estudiar únicamente el derecho positivo. Con esto quiere decir que la Teoría Pura debe analizar qué es y cómo se forma el

---

<sup>31</sup> Idem, p. 45.



derecho, sin considerar cómo debería formarse y con cuáles valores, consiguientemente es una Teoría de Derecho Positivo.

Por último, el tercer presupuesto lo señala al insertar la palabra "Teoría", ya que exclusivamente se plantea el estudio de las normas jurídicas, limitando como único campo de estudio a las normas sin ocuparse del contenido de las mismas. Así, la ciencia jurídica debe considerarse como una ciencia normativa, contraria a las ciencias del ser. Lo importante para el derecho consistirá en el deber ser jurídico referido en la norma jurídica, separando el fin y el contenido, pues ambos conceptos corresponden al campo de estudio de las ciencias metajurídicas.

La finalidad del derecho para Kelsen es implantar una conducta socialmente válida por medio de la coacción; en cambio, al jurista sólo le corresponde aplicar los efectos jurídicos de las normas.

Las normas morales tienen validez siempre que su contenido y finalidad sean aceptadas socialmente, mientras que las normas integrantes de la ciencia del Derecho serán válidas cuando cumplan los fines que le son propios. Es decir, cuando se presenta determinado presupuesto jurídico da lugar a que surja la consecuencia prevista en la norma legal, justificando la importancia de contener una coerción, sin la cual, la norma carecería de eficacia.

Por otro lado Kelsen dice que el derecho debe ser estudiado desde dos puntos de vista: uno estático y otro dinámico, llamados precisamente nomoestática y nomodinámica.

Desde el primer punto de vista el derecho es un conjunto de normas sobre las cuales el hombre manifiesta su conformidad o desacuerdo. El derecho no

considera las valoraciones morales, sólo es un conjunto de normas, en el que cada una de ellas, enlaza un presupuesto lógico a una consecuencia jurídica (si "A" es, debe ser "B").

Además de su Teoría Pura, Hans Kelsen contribuyó con gran importancia para el desarrollo de diversas ciencias como la sociología, la filosofía, el derecho constitucional, civil, internacional y el comparado.

Kelsen derribó las ideas de Kant sobre la justicia, quien intentó colocar en cada institución de derecho positivo un marco de derecho natural, ya que en la ciencia jurídica de aquél, queda eliminado por completo, debido a que la justicia no se puede comprobar objetivamente.

Para el maestro de Viena, el derecho consiste en un conjunto de normas válidas y eficaces debido a la coacción estatal, por lo que su campo se reduce tan sólo al derecho positivo, siendo positivo todo aquél que reúna estas características.

Cuando Kelsen delimita como campo de estudio a la ciencia jurídica, separando otras ramas del conocimiento, no toma en cuenta la importancia de que este análisis no puede fragmentarse en cuantas ramas del conocimiento existan, ya que cada una aporta algo importante, lo cual debe considerarse enfocándolo al campo de investigación que nos interesa.

Otra de las aportaciones importantes de Kelsen consiste en haber elaborado una distinción jerárquica de las normas jurídicas. Estructura las normas a partir de una norma "básica" o "primera Constitución", de la cual se desprenden las demás, hasta llegar a los actos de los particulares, dando origen a una unidad jurídica perfectamente regulada. Explica que el fundamento de otra norma jurídica debe

encontrarse supraordinada a una jerárquicamente superior sobre la cual ya no exista otra, misma que cuenta con el calificativo de "suprema".

En mi opinión, al reducir al derecho a un conjunto de normas, le corresponde a la ciencia jurídica su estudio, pero no considero conveniente eliminar de su análisis consideraciones morales o éticas, ya que se puede correr el riesgo de deshumanizar una ciencia eminentemente humanística (como sucedió durante la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo). Se debe examinar, tanto su contenido como sus fines. Me parece indispensable tener presente la realidad en la cual y por la cual se presentan los conflictos sociales, contemplando los ideales de justicia que dan el significado más importante para la aparición de una norma jurídica.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **TEORÍA PURA DEL DERECHO**

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **TEORÍA PURA DEL DERECHO**

#### **I) Antecedentes**

Sobre la biografía de Hans Kelsen se sabe que fue judío, nació en Praga en el año de 1881. Se le conoce como "el maestro de Viena", pues en ese lugar estudia y se doctora en Derecho en el año de 1906. Aproximadamente, desde 1905 hasta 1911 enseña y comienza a elaborar su teoría. En el año de 1920 redacta la Constitución Federal Austriaca. En 1933, por el triunfo del nazismo, se ve obligado a abandonar Alemania donde se encontraba impartiendo cátedra en la Universidad de Colonia. A partir de 1940 se estableció en los Estados Unidos, donde impartió clases en la Universidad de California. En 1973 murió en Berkeley, California donde impartía cátedra como Profesor Emérito.

La ideología kelseniana tuvo gran importancia en la ciencia del derecho, encontrando sus raíces en la concepción contemporánea de su época. Su "Teoría Pura del Derecho" la desarrolló en los años anteriores a la Primera Guerra Mundial, en Viena, capital de un gran imperio que pronto se encontraría en decadencia.

Aunque Kelsen no tuvo participación directa en el Círculo de Viena, sus planteamientos son muy cercanos a esta corriente, la cual tenía gran preocupación por elaborar una filosofía científica, basada en los métodos de la física, rechazando toda construcción especulativa, así como las construcciones

consideradas como metafísicas. Ellos aplicaban un análisis lógico del lenguaje, señalando como único criterio para decidir el valor de los significados de los conceptos y enunciados científicos aquellos obtenidos empíricamente.

Esta problemática del Círculo de Viena es la que sirve de apoyo a la teoría kelseniana, al rechazar toda consideración metafísica. Principalmente tuvo gran influencia en su pensamiento toda la corriente de Emmanuel Kant.

Cuando publica su primera obra en 1911, se comienzan a percibir las bases de su Teoría, señalando una rigurosa separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre causalidad e imputación jurídica, de las ciencias naturales y las ciencias normativas y entre ciencia del derecho y sociología.

Fue en 1907, cuando Hans Kelsen publicó por primera vez una obra explicando la consistencia de la teoría pura del derecho, lo cual creó una gran confusión entre los juristas de entonces, se atacó su obra e incluso revolucionó el pensamiento jurídico-filosófico de su época al romper con la ideología que había imperado hasta entonces. Su teoría ha tenido gran influencia en casi todo el mundo, en ocasiones ha sido para apoyarla y otras atacada por la sociología, la política o la filosofía.

## **II) Definición de Teoría Pura del Derecho**

La Teoría Pura, es una "teoría general del derecho" que, según el propio autor debe enfocarse exclusivamente al derecho positivo, el cual será su único tema de estudio. Es decir, para Kelsen el estudio jurídico debe atender tan solo a las normas jurídicas y sustraer cualquier otro concepto que pueda reparar en cuestiones jusnaturalistas o morales.

Kelsen explicó el concepto de *pura* "porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no le pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico."<sup>32</sup>

Esta teoría por tener el carácter de ciencia, explica Kelsen, no puede aprobar o censurar su objeto de estudio, es decir la norma jurídica no puede cuestionar la legalidad o no del derecho. Corresponde a otras ciencias como la Filosofía o la Moral, el plantearle interrogantes valorativas o ideológicas.

Kelsen sostiene lo anterior en virtud de que la ciencia jurídica (cabe advertir que Kelsen utiliza como sinónimos los términos de "teoría general del derecho" y "ciencia jurídica") en muchas ocasiones confunde su contenido con el material de estudio que compete a otras ciencias, tales como la sociología, la moral, la política, etc.

A través de su Teoría Pura aspira a crear una ciencia jurídica valorativamente neutra, libre de cualquier influencia filosófica, donde la fuerza obligatoria del derecho se diera, no en función de los principios morales o de justicia defendidos por ella, sino por la existencia de una norma jurídica positiva, la cual se manifiesta en un "deber ser" y se aplica por jueces y abogados. Una norma que no contemple un "deber ser" no puede ser considerada como jurídica, según los planteamientos de este autor.

La obligación del jurista de aplicar la norma jurídica se presenta con independencia de la actitud valorativa que se tenga, es decir, se puede estar a

---

<sup>32</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 1990, p. 15.

favor o en contra de su contenido; seguir la corriente filosófica que se prefiera, pero teóricamente, insiste, la ciencia jurídica estudia a la norma jurídica sin considerar su contenido o forma de creación.

Con lo anterior, Kelsen pretende deslindar dos ramas del conocimiento, como son la filosofía jurídica y la teoría general del derecho, toda vez que el fin de la primera se enfoca principalmente en revelar cuáles son las condiciones sobre las cuales debe girar el derecho prevaleciendo ante todo la justicia.

Esta teoría del derecho es general, ya que su campo de estudio no se limita a un determinado sistema jurídico, sino que se ocupa del derecho positivo de manera universal.

La teoría pura pretende comprender únicamente su objeto de estudio, es decir, qué es y cómo se forma el derecho, ignorando todo aquello que pueda rebasar su definición, se debe buscar el conocimiento del Derecho sin investigar lo que debería ser, ni la manera en que debería formarse. Por lo tanto, como afirma Serrano, "El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños".<sup>33</sup>

Con esto, Kelsen recalca la necesidad de separar la sociología jurídica de la ciencia del derecho y en general, obtener una ciencia autónoma, siendo tarea de la primera analizar la manera en que el hombre se conduce de acuerdo a leyes causales (de la naturaleza), mientras que, corresponde a la ciencia jurídica estudiar las normas contenidas en un orden jurídico positivo y determinar la forma en que el ser humano debe conducirse.

---

<sup>33</sup> A. E. Serrano. *La Filosofía del Derecho*. Venezuela: Facultad de Humanidades y Educación, Escuela de Filosofía, 1973. p. 45.



Por lo anterior, se afirma que la Teoría Pura toma en cuenta las manifestaciones exclusivas del derecho, con el fin de estudiar su esencia, con independencia de la multitud de expresiones con que se le ha estudiado y relacionado a lo largo del tiempo por aquéllos juristas dedicados a encontrar un concepto de derecho.

En virtud de ser una teoría exclusiva del conocimiento jurídico y como el mismo Kelsen sostiene "somete a un análisis lógico las proposiciones con las cuales esta ciencia describe su objeto; es decir, constata los presupuestos que hacen posible las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos, responsabilidad jurídica, sujeto jurídico, personas físicas y jurídicas, órganos jurídicos, competencia jurídica, etc. De esta manera, obtiene el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma que afirma que algo, o más exactamente, una determinada conducta humana, debe ser".<sup>34</sup>

### III) Diferencia entre causalidad e imputación

Una ley natural establece una relación de causa y efecto, lo cual no es otra cosa que la conexión entre dos hechos a partir de un principio de causalidad. Por su parte, una norma jurídica fija esta unión a partir de la existencia de una regla predeterminada encargada de permitir o prohibir esa conducta, por medio de la imputación, y esta posición es la que en el transcurso de la historia ha regulado la vida en sociedad, a través de la ley.

Es decir, la norma jurídica no se rige por medio de la causalidad, por lo cual no es posible explicarla estableciendo al delito como la causa de la sanción y a ésta como el efecto del primero. Por el contrario, entre el delito y la sanción, existe una

---

<sup>34</sup> Hans Kelsen. *¿Que es la Teoría Pura del Derecho?*. México: Fontamara, 1992. p. 9.

relación previa como consecuencia de la existencia de una ley jurídica positiva, la cual se crea para permitir o prohibir la realización de determinadas conductas. De lo anterior se desprende que "la diferencia entre causalidad e imputación reside en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, sino que es enteramente independiente de semejante intervención humana".<sup>35</sup>

Cuando el ser humano comete un acto ilícito, se le imputa una sanción, en virtud de la existencia de una regla jurídica. De acuerdo a lo anterior, para que un acto sea considerado ilícito debe ser porque previamente existía una norma jurídica, la cual contemplaba la imposición de una sanción. Para la ley causal esto es irrelevante, ya que el efecto se produce sin tener en cuenta la existencia previa de una norma jurídica.

Así, para Kelsen la ciencia jurídica tan sólo debe comprender dentro de su campo de estudio a las normas positivas, entendidas en el sentido de que se crearon por un acto establecido para desempeñar una función en el tiempo y el espacio.

La relación entre un acto ilícito y una sanción, por ser ésta la consecuencia del primero, se conoce con el nombre de "imputación" cabe añadir, que la norma jurídica debe aplicarse efectivamente al sujeto responsable del hecho cometido y cuando al individuo no se le puede aplicar la sanción correspondiente, ya sea porque éste es menor de edad o incapaz, se le llama irresponsable.

---

<sup>35</sup> Idem, p.104.

Con lo cual podemos señalar que la imputación tiene el papel de relacionar y desentrañar efectivamente al sujeto realizador de una conducta ilícita comprobando la existencia entre el hecho cometido y la sanción.

J. Puente Egido aporta un comentario interesante referente a lo anterior, "Que el sujeto A sufra la sanción de la norma N no significa en términos de la teoría kelseniana que el sujeto A sea el que realmente incumplió la norma, esto es, el que realmente realizó la acción sancionada, sino que es responsable jurídicamente única y exclusivamente porque existe una norma jurídica que le impone una sanción".<sup>36</sup>

Así pues para la Teoría Pura del Derecho no existe ninguna obligación jurídica fuera de una norma jurídica. Reduce el problema de la norma jurídica al vínculo existente entre ésta y un sistema jurídico, cualquier otra relación puede tener el carácter de obligación moral o religiosa, ya que su cumplimiento no se puede coaccionar.

Kelsen establece así la diferencia entre el ser (*sein*), donde pertenecen las leyes causales de la naturaleza y el deber ser (*sollen*), integrado por el derecho.

Sin embargo, este "deber ser" tiene que surgir a partir de la formación de juicios lógicos en estricto sentido. A partir de esta lógica, el derecho utiliza conceptos que le son propios, para hacer efectivo el enlace que surge de un hecho y su imputación normativa, que es en sí el objeto de estudio de la Teoría Pura del Derecho.

---

<sup>36</sup> J. Puente Egido. *La Teoría Pura del Derecho*. México: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1981. p. 13.

Como ya se dijo, la ley natural implica una causa y una consecuencia o efecto, lo cual quiere decir que su presencia se manifiesta independientemente de la voluntad humana y su conexión se encuentra a través de la causalidad. Ahora bien, la norma jurídica presupone un antecedente, el cual constituye su condición, y una consecuencia que debe ser por imputación de la misma norma jurídica, creada por un acto en el cual intervino la voluntad del hombre.

Establecida perfectamente la diferencia entre ser y deber ser, es importante aclarar también, que este "deber ser", tiene que entenderse como el contenido de las normas jurídicas al ser éstas, precisamente el objeto de estudio de la ciencia jurídica; pero nunca por el valor intrínseco que puedan o no contemplar, ya que ese tema de estudio corresponde a otras disciplinas con tendencias jusnaturalistas.

Por consiguiente, una de las principales finalidades de la Teoría Pura del Derecho, consiste en dejar muy clara la diferencia entre ser y deber ser y la inconveniencia de mezclar dichos conceptos, ya que el primero pertenece a lo que conforme al derecho es el derecho o lo que debería ser, mientras que el segundo, constituye lo que jurídica y positivamente debe ser para la Teoría Pura, es decir, es una teoría enfocada a la realidad jurídica.

Teniendo la ciencia jurídica como objeto de estudio al conjunto de normas pertenecientes al mundo del deber ser, Kelsen especifica la necesidad de que éstas cuenten con validez y fuerza obligatoria, lo cual significa que efectivamente sean cumplidas y lleven a cabo la misión por la cual fueron creadas.

Sin embargo, Kelsen establece la necesidad de unificar a las normas jurídicas en un sistema u orden jurídico basándolo en una norma fundamental, la cual

concede validez al resto de las normas legales que integran a dicho cuerpo legal. Con este criterio se deduce la posibilidad de hablar de validez de una norma dentro de un determinado sistema jurídico; sin olvidar que lo anterior es independiente del contenido de tales leyes.

Específicamente, una norma según Kelsen, va dirigida a través de actos humanos a guiar la conducta de otros individuos, ya sea para permitirles, prohibirles u ordenarles un comportamiento determinado; pero resulta indispensable que dichos enunciados contemplen un deber ser, por ejemplo "X debe hacer A".

Lo esencial en las normas jurídicas, es el sentido objetivo o subjetivo que se les otorgue. Este último se presenta cuando reúne la característica primordial: "deber ser", la forma lingüística en que se manifieste, por su parte no resulta tan importante, ya que una norma jurídica tiene diversas maneras de presentarse, es decir, se pueden exteriorizar mediante gestos o ademanes y no necesariamente en una ley escrita. "En el término "deber" está comprendido el "estar permitido" y el "estar facultado". Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo, y especialmente, autorizarlo".<sup>37</sup>

Con relación al sentido objetivo, se debe atender:

"a) La acción o conducta es considerada como debida no sólo por el autor del acto intencional dirigido al destinatario, sino también desde el punto de vista de un tercero desinteresado;

b) El deber subsiste aun cuando desaparezca la voluntad que lo creó, y

---

<sup>37</sup> Hans Kelsen. op. cit. Que es la Teoría Pura. p. 19.

c) El deber ser "vale" (o existe) aun cuando aquel a quien se dirige, el destinatario, ignore la existencia del acto creador. Al reunirse las tres condiciones se está en presencia de un deber ser objetivo, de una norma válida que obliga".<sup>38</sup>

Kelsen atribuye ciertas características a las normas jurídicas, en primer lugar, establece la diferencia entre éstas, los mandatos y las órdenes. Como se ha dicho, las normas constituyen un juicio hipotético mediante la sujeción de una sanción a un antecedente, a través de la conocida expresión "Si A es, B debe ser".

De lo cual se desprende, que este juicio de "deber ser" no se refiere al contenido de valor moral, sino a la imputación que surge por la consecuencia de un acto. La sanción impuesta por esta norma se da mediante un acto coactivo del Estado y es a través de ella que nacen los demás conceptos jurídicos fundamentales.

En seguida, vale la pena añadir una clasificación realizada por Serrano<sup>39</sup>, con relación a las normas jurídicas y las reglas de derecho, con el fin de aclarar aún más las anteriores ideas. Explica que las normas jurídicas generalmente se han considerado por la mayoría de los juristas como el elemento útil para describir al derecho, razón por la cual han habido confusiones entre ambos términos.

Para él, las reglas de derecho constituyen proposiciones a través de las cuales la ciencia del derecho explica en que consiste su objeto de estudio, las normas jurídicas por su parte, derivan de actos de creación jurídicos. Sin embargo de

---

<sup>38</sup> Javier Esquivel Pérez. *Kelsen y Ross, Formalismo y Realismo en la Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 47.

<sup>39</sup> A. E. Serrano, op. cit. p. 50.

acuerdo a la Teoría Pura, no deben ser éstas el tema de análisis de una ciencia jurídica, porque no interesa si contienen determinados valores morales.

Por otro lado, las reglas de derecho no provienen precisamente de actos jurídicos de creación, es decir, no provienen de la mente de los legisladores, sino de juristas comprometidos en explicar el objeto mismo de la ciencia del derecho.

Una situación adversa es la referente a la actividad de los legisladores, cuya función consiste en elaborar las normas; es cierto que para ello se requiere un exhaustivo examen, mas no por ello se encuentran en la obligación de considerarlas como instrumentos de una ciencia en el sentido estricto de la palabra.

Como se explicó anteriormente, los legisladores sólo hacen normas de derecho, la función primordial de los juristas es recabar el conocimiento del derecho mediante las reglas de derecho, objeto de la ciencia jurídica.

Las reglas de derecho pueden considerarse tan sólo como verdaderas o falsas, en cambio las normas jurídicas pueden otorgar derechos, ya sean subjetivos u objetivos.

Resumiendo lo anterior, según palabras del propio Serrano, podemos decir que: "La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad".<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Idem. p. 52.

Es decir, las reglas de derecho son aquéllos juicios creados por la ciencia jurídica, en la cual dentro de su objeto de estudio se encuentran las normas jurídicas, es por ello que anteriormente se explicó que las normas jurídicas constituyen juicios hipotéticos.

Enrique Aftalión y José Vilanova, en su libro de *Introducción al Derecho*,<sup>41</sup> resumen en dos puntos el porqué se denomina "pura" la teoría de Hans Kelsen.

Primero, porque es indispensable desligar el mundo del ser con el del deber ser, es decir, el primero se rige por leyes naturales de la causalidad, independientemente de nuestra voluntad y su estudio corresponde a otras ciencias, con lo cual se distingue de lo que debemos hacer.

Asimismo, es necesario aclarar que en lo referente al término deber ser que hace alusión al contenido de preceptos de valor que debe comprender una norma y el deber ser, referente al contenido de las normas y que es además, el objeto de estudio de esta ciencia jurídica conocida como Teoría Pura del Derecho.

#### **IV) Principales diferencias entre la Teoría Pura del Derecho y el derecho natural**

Estas dos teorías se encuentran en abierta oposición, ya que contemplan al derecho desde una perspectiva diametralmente opuesta.

---

<sup>41</sup> Enrique Aftalión y José Vilanova. *Introducción al estudio del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 234.



Por un lado, la teoría del jusnaturalismo señala valores eternos, universales y perennes. El derecho, para ser tal, según ellos, debe necesariamente observar los postulados que reconoce esta teoría, que además surgen independientemente de la voluntad del ser humano.

Mientras que la Teoría Pura, habla de una norma jurídica formal, cuyo contenido va a cambiar en cada época, así que su objetivo de estudio no es el asunto de ésta, sino la norma en si, aislándola de cualquier otra clase de consideración.

Sin embargo, el propio Kelsen señaló un punto de coincidencia entre estas dos teorías, y es que ambas se encargan de realizar una estricta separación entre lo que es y lo que debe ser.

Pero así como señaló un punto de coincidencia, se encargó de negar la eficacia del juspositivismo desde dos puntos de vista. Señala que el derecho natural a pesar de los esfuerzos que ha llevado al cabo no ha podido conceptualizar clara y satisfactoriamente lo que entiende por justicia.

Por otro lado, acusa de ineficaz a su teoría rival, ya que según él, para su aplicación se auxilia de los órganos legislativos, y entonces éstos ya no aplican normas de derecho natural sino de derecho positivo.

Asimismo, Kelsen reconoce que aún cuando no es motivo de estudio de la ciencia jurídica el conjunto de valores que pueda contener una norma, el legislador al aplicarla y los miembros de una sociedad al aceptarla, indirectamente lo hacen porque éstas deben guardar algún valor para cumplir con la misión de resguardar el orden social.

**Aun así, Kelsen afirma que la teoría del derecho natural tan solo es la ideología de lo que los filósofos, sociólogos, entre otros, deben ocupar como tema de estudio, dejando a la ciencia jurídica el estudio de la norma jurídica.**

**Kelsen justifica lo anterior, de acuerdo a la explicación de que la Teoría Pura pretende analizar y mostrar la esencia del derecho, es decir, no trata de juzgarlo o de justificarlo, así como tampoco toma en cuenta si es o no justo, tan solo lo expone tal cual es por ser precisamente una ciencia. Para él, una ideología va a derivar de la voluntad humana y no del conocimiento como surge la ciencia.**

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **JUSREALISMO**

## CAPÍTULO QUINTO

### EL JUSREALISMO

#### 1) Modelo de ciencia jurídica

El realismo jurídico es una teoría que se desarrolla principalmente en Estados Unidos y algunos países escandinavos. Surge como una teoría opuesta al formalismo, es decir, manifiesta su reserva en las normas.

Ellos consideran que la norma es útil como una medida para pronosticar la actitud que pueden tomar los jueces. Esto se debe a que el sistema jurídico sobre el cual se rigen, es el llamado *common law*, en el cual las normas jurídicas no surgen a través de un proceso legislativo como el de los países que se gobiernan por el derecho escrito, sino en las decisiones de los jueces, llamadas precedentes.

Sin embargo, el realismo también estudia el acto de creación de las normas o proceso legislativo desde un enfoque diferente, es decir no analiza el nexo causal que existe entre ellas, ni el hecho de que sea necesario que cumplan con ciertas características o reúnan determinados valores, sino porque al derecho también le compete su propia creación.

La idea principal de los realistas consiste en crear una ciencia del derecho que tenga por objeto describirlo mediante proposiciones verificables a través de los métodos empíricos, donde el hecho más contundente se refiere a las decisiones judiciales.

El autor escandinavo Alf Ross, es uno de los principales exponentes del jusrealismo, propone como método de estudio idóneo para conocer el derecho, uno basado en los principios y lineamientos de las ciencias empíricas, la ciencia jurídica, no debe tener por tanto, como único fin la descripción del derecho, sino que además debe buscar su comprobación mediante la observación y la experimentación, tal y como se aplica para la investigación empleada en las ciencias naturales.

Su teoría elimina toda concepción que haga referencia a los valores morales, éticos, religiosos o de cualquier otra índole, que puedan encontrarse en los preceptos jurídicos, así como al elemento de validez; ya que según este autor, son precisamente estos lineamientos los que han causado tanta confusión y error en la doctrina, así, la ciencia jurídica debe describir tan sólo los hechos sociales.

De tal manera, siguiendo sus ideas no tendría por qué existir discusión entre el positivismo jurídico o el jusnaturalismo principalmente, por lo menos en el sentido teórico, toda vez que el objeto de estudio no consistiría en analizar el contenido valorativo o avalorativo de las normas. Este último le corresponde a otras disciplinas, tales como la sociología jurídica.

Para comprender y estudiar al Derecho, es necesario analizarlo a través del comportamiento del ser humano dentro de una comunidad, es decir la "realidad social". Con esto, lo que Ross pretende explicar es que tan sólo los hechos del ser pueden constituir una ciencia jurídica empírica, que es el derecho y elevarlo al carácter de una verdadera ciencia.

Sin embargo es necesario establecer en este punto, una diferencia que el propio Ross reconoce entre la Teoría Pura del Derecho y el Realismo Jurídico.

Para la Teoría Pura, el derecho es un sistema normativo, pero como las normas no se refieren al ser sino al deber ser, no puede por lo tanto, hablarse de una ciencia del Derecho. Aquí la norma prescribe la forma en que los hombres dentro de determinada comunidad deben conducirse.

En contraposición a ello, Ross dice que la norma es producto del ser, es decir, surge pensando en la manera como deben conducirse los hombres a quienes va dirigida. Distingue el proceso de creación de una norma, entendida como el ser, de la norma en sí, que hace referencia a su alcance.

Ross se opone firmemente a la idea de que el estudio de esta ciencia se dirija a obtener un conocimiento normativo, es cierto que el derecho se compone de normas y que la dogmática jurídica las estudia. Su propósito consiste en excluir cualquier consideración metafísica: hay que estudiar los hechos sociales.<sup>42</sup>

El autor describe al derecho como el conjunto de normas de deber ser dirigidas a los órganos jurídicos para prescribirles la manera en que deben de actuar en determinadas circunstancias y bajo que condiciones aplicarlas, aun si es necesario coactivamente a los miembros de la sociedad.

Es decir, la ciencia jurídica no se encarga de establecer el modo en que los seres humanos actúan de hecho, sino la forma en que deben de comportarse según las reglas establecidas en la sociedad a la cual pertenecen, describiendo los hechos de esa comunidad.

---

<sup>42</sup> Alf Ross. *Hacia una ciencia realista del derecho*. Argentina: Abeledo Perrot, 1961. p.29.

Por el contrario, las teorías tradicionales enfocan su estudio considerando el elemento de validez, ya sea como una característica *a priori* (como lo hace el positivismo jurídico) o como una característica que deriva de la razón (el jusnaturalismo en sus diferentes tendencias), lo que conduce a los estudiosos del derecho a una serie de interminables discusiones de carácter metafísico, olvidando el objeto fundamental de estudio para conocer y comprender la disciplina jurídica y atribuirle el rango de ciencia del derecho.

## **II) Análisis de la norma jurídica desde el punto de vista del realismo**

Como señalé en el primer punto del presente capítulo, el realismo asume una postura de indiferencia frente a las normas legisladas; sin embargo, esto no significa que no reconozcan su existencia, tan sólo las estudian desde un punto de vista diferente.

Las predicciones sobre las decisiones de los jueces, son sustituidas por las normas jurídicas de acuerdo al realismo; es decir, buscan obtener una ciencia que defina la realidad jurídica o social mediante la comprobación del método empírico, y los hechos que pretende describir son, precisamente las decisiones judiciales.

Sin embargo, como el derecho únicamente describe los hechos jurídicos, las normas tan sólo regulan el comportamiento de los jueces, cuando un individuo realice una conducta contraria a éstas. Es por ello que los realistas se aferran a la

idea de elaborar predicciones sobre la actitud de los jueces al dictar una sentencia.

Las normas de derecho determinan las sanciones para el hombre que las quebranta, pero no explican cuales son sus obligaciones o facultades cuando desean actuar de manera correcta o cuando actúan en forma desinteresada, independientemente de la existencia de una sanción. Para actuar así, deben proceder de acuerdo a su moral y principios éticos, lo que queda fuera del campo jurídico, ya que el derecho tan sólo se ocupa de analizar la manera en que se comportarán los jueces y de fijar la conducta que "no" deben seguir los individuos.

Ross no niega el hecho de que un sistema jurídico se encuentre formado de normas, solo que "Concibe a las normas como contenidos abstractos (vale decir, abstraídos de ciertas creencias, actitudes, etc.) de naturaleza directiva que sirve como esquema de interpretación de ciertos fenómenos sociales".<sup>43</sup> De aquí se deriva, que la principal finalidad del jurista consista en reseñar hechos.

Cabe aclarar que para interpretar los fenómenos sociales en su conjunto, es decir, como una serie de acciones realizadas con un significado lógico, es indispensable que las normas regulen esos fenómenos y sobre las cuales, exista un vínculo y los sujetos además, las cumplan porque tienen la obligación de hacerlo.

Para Ross, las normas jurídicas tienen la finalidad de inducir a los individuos a comportarse de determinada manera, y su explicación la compara con el juego de ajedrez, donde para poder participar es indispensable, conocer tanto las reglas como la teoría del juego; es decir, entre mayor conocimiento se tenga de éstas,

---

<sup>43</sup> Carlos Santiago Nino. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. 2a. ed. Venezuela: Distribuciones Fontamara, 1979. p. 42.



mas oportunidades se tendrán de predecir los movimientos, mentalidad, o intenciones del contrincante para vencerlo y ser el ganador.

Las reglas del juego se encuentran dispuestas para que cada uno de los participantes realice las tiradas correspondientes con un sentido lógico y coherente entre cada partida, y no sean sólo movimientos aislados e independientes. Con base en esto, Ross realiza una analogía y le llama "fenómeno social", donde las normas sirven de pauta precisamente, para descifrarlo bajo una serie de actos llevados al cabo con un orden determinado por las mismas normas.

Así, la conducta de los seres humanos no se rige por acciones al azar, por el contrario se trata de actos que dependen de una serie de reglas de comportamiento elaboradas para ese lugar determinado, y sobre las cuales esos individuos sienten un vínculo definido.

Como ya expliqué, las normas jurídicas se encuentran destinadas a los jueces para imponerlas a determinados sujetos cuando lleven al cabo una conducta que se adecue a la sanción que establecen y así, cumplir con un objetivo previamente definido, además cuando disponen de vigencia, van a servir de medio para interpretar las acciones reguladas por las propias normas.

De acuerdo a lo anterior surge el planteamiento, en relación a quienes son las personas autorizadas para aplicar las sanciones. En este caso quiénes pueden ser considerados como jueces, ya que el derecho no elabora una definición precisa; y quiénes son los individuos que deben acatarlas.

Ross resuelve este problema y clasifica a las normas jurídicas en dos clases atendiendo a su contenido, y con base en las personas a quienes va dirigida su observación y aplicación:

a) Normas de Comportamiento.- Son aquellas dirigidas a los particulares prescribiéndoles la conducta que deben observar.

b) Normas de Competencia o Procesales.- Como su nombre lo indica otorgan competencia a una autoridad o poder, para actuar en circunstancias determinadas. "Se trata de directivas que establecen en qué casos otras directivas, formuladas con sujeción a determinados procedimientos, han de ser vistas como reglas de conducta".<sup>44</sup>

Si las normas no incluyeran esta característica de coercibilidad, no podrían considerarse como jurídicas y serían tan sólo, preceptos morales sin obligatoriedad alguna. Esta es la principal característica que las distingue de otros ordenamientos de rango social únicamente.

Para Ross, las normas se encuentran dirigidas a las autoridades y no tanto a los particulares. Estas regulan la forma en que deben actuar los órganos de poder cuando los individuos llevan al cabo un comportamiento determinado. Por ejemplo, la ley no le exige a un sujeto que no robe, sino que existe una norma estableciendo la actitud y sanción que el juez le debe aplicar a este sujeto en caso de que robe.

---

<sup>44</sup> Eduardo García Máynez. *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. 3a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. pp. 87 y 88.

Del ejemplo anterior se deduce, que la norma de derecho se encuentra encausada hacia los órganos jurisdiccionales, y por lo que se refiere al particular surge únicamente como una consecuencia del primero.

Cuando los jueces emplean las normas jurídicas, deben hacerlo siguiendo reglas determinadas, es decir, aplican el derecho y con base en esto la ciencia jurídica predice cuales serán las normas a utilizar en el momento de plantear su decisión judicial. En nuestro país, los jueces deben atender principalmente, los ordenamientos jurídicos dispuestos por el legislador y tan sólo en segundo término pueden guiarse por la jurisprudencia, que son el sinónimo de las decisiones judiciales a que hacen referencia los realistas.

Ross, principal exponente del realismo moderado, señala a las predicciones de los jueces, como la principal característica del derecho, pero se justifica al expresar "que esta caracterización corresponde a la ciencia jurídica y no al objeto de estudio de la misma. Por otra parte, analiza qué aspectos de las decisiones judiciales constituyen el objeto de predicción por parte de los juristas: lo que la ciencia del derecho predice es qué normas o directiva van a ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias".<sup>45</sup>

De tal forma que para Ross, el derecho vigente consiste, en el conjunto de directivas que los jueces posiblemente utilizaran en sus decisiones. Este autor se diferencia del resto de los partidarios del realismo, porque para determinar cuales son las normas jurídicas que integran un sistema legal vigente, excluye la necesidad de comprobar su validez o fuerza obligatoria, y afirma que sólo se debe verificar la probabilidad de que éstas sean efectivamente aplicadas por los jueces.

---

<sup>45</sup> Carlos Santiago Nino. *Introducción al Análisis del Derecho*, 2a. ed. Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988. p. 49.

"Es decir, que las decisiones judiciales no constituyen el derecho sino que determinan qué normas integran el derecho de un cierto país".<sup>46</sup>

La ciencia del derecho debe detallar cuales normas jurídicas integran un sistema jurídico, o lo que es lo mismo para un realista, hechos sociales, y separarlo de otro, sistema jurídico nacional, entendido como "el conjunto de reglas relativas a la organización y el funcionamiento del aparato coactivo estatal".<sup>47</sup>

Quienes apoyan al realismo jurídico, parten de la idea de que la vigencia de una norma se debe considerar tomando como base su efectividad en el reconocimiento concedido por la comunidad. Así, los realistas no consideran a las normas como falsas o verdaderas, sino como válidas o no válidas.

### **III) Análisis de la vigencia y validez de las normas jurídicas según el realismo**

Las normas de un sistema jurídico sirven como esquema de interpretación cuando éstas son realmente respetadas porque los individuos se sienten obligados y además existe un vínculo hacia éstas. Además determinan cuándo y cómo, los jueces por ser los encargados de aplicar las normas de competencia, pueden hacer uso de la fuerza estatal, en caso de ser necesario por falta de cumplimiento autónomo por el particular para acatar sus disposiciones, y entonces sean consideradas como un ordenamiento jurídico eficaz.

---

<sup>46</sup> Carlos Santiago Nino. op. cit. *Introducción al Análisis del Derecho*. p. 50.

<sup>47</sup> Eduardo García Maynez. op. cit. *Positivismo Jurídico, Realismo*. p. 89.

Este autor plantea, que para verificar si las proposiciones pertenecen a un sistema jurídico vigente, además de que sean aplicadas por los jueces, deben reunir dos circunstancias, primero, que sus afirmaciones en tiempo y lugar no se refieran a hechos pertenecientes al pasado, y segundo, que tengan que ver con sucesos relacionados con un porvenir muy lejano. Sin embargo, los jueces al administrar el derecho deben hacerlo aceptando exteriormente a las normas, y además deben considerarse obligados a ello.

De cualquier forma, estas proposiciones, aun con tal método de comprobación, deben ser forzosamente definitivas, ya que sólo son una "predicción" de la manera en que actuará un juez en determinadas circunstancias y de los motivos que tendrá. Es decir, no porque una norma se haya aplicado en el pasado significa necesariamente su aplicación en el futuro indefinidamente. Así como también existen casos en que las normas no se han aplicado y, sin embargo son vigentes.

La ciencia jurídica concentra su estudio solamente en el derecho positivo, que tiene por objeto regular la conducta del hombre, entendiéndolo como derecho vigente según Ross, "el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas".<sup>48</sup>

El análisis sobre la relación que existe entre los conceptos de validez y eficacia entre las diferentes teorías positivistas, ha generado una serie de discusiones sin que hasta el momento se haya llegado a una respuesta aceptada por la

---

<sup>48</sup> Eduardo García Maynez. op. cit. *Positivismismo Jurídico, Realismo*. p. 84.

generalidad de las corrientes filosóficas, aunque todas pretenden encontrar el justo medio que las defina correctamente.

De tal manera, las teorías realistas establecen su estudio en un principio considerando la validez de las normas de derecho desde el punto de vista de la eficacia, es decir de su real aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de la impartición de justicia. Existen algunos autores que establecen que entre la validez y la eficacia no existe ninguna relación en lo absoluto, ya que el primero se refiere al deber ser y el segundo al ser. Otros afirman que la relación entre la validez y eficacia se da en forma evidente, toda vez que al establecer la validez de una norma, automáticamente se deduce que resulta efectivamente cumplida y observada y por lo tanto, es eficaz.

Las teorías idealistas se encuadran en la primera hipótesis y, por supuesto las realistas se abocan a la segunda postura.

Se dice que la primera postura está equivocada, porque la norma jurídica al perder validez, deja de ser eficaz en ese momento, pues entre el deber ser jurídico y el ser del mundo real necesariamente existe relación, porque para que una norma sea válida, debe ser creada indispensablemente por un acto del ser.

Como se analizó en el capítulo anterior, la Teoría Pura del Derecho establece que la validez de una norma de derecho se basa en la ley fundamental, de la cual se deriva que los individuos deben comportarse de acuerdo a la Constitución. Es decir, "La eficacia es condición de la validez en el sentido de que la eficacia debe

añadirse a la creación para que tanto el ordenamiento jurídico como un todo, como también una norma individual, no pierdan su validez".<sup>49</sup>

La contradicción en la segunda corriente se presenta porque existen normas que gozan de validez, y sin embargo no se presume su eficacia, puesto que éstas no son acatadas y aplicadas de hecho.

Con base en este último criterio, su fundamento se da en el sentido de que las normas se crean con el objeto de ser cumplidas; es decir, los individuos deben conducirse de tal forma que eviten la sanción, y en caso de que las incumplan los jueces deben realmente aplicar la sanción prevista a esos individuos; sin embargo, cuando se aplican aun contra la voluntad del particular la norma pierde su efectividad, y cuando los individuos las respetan ya sea por temor a recibir la sanción o porque su conciencia moral se los prescribe resultan eficaces, aunque pierden su validez, y a pesar de esta explicación filosófica, el conjunto de normas que integran un sistema jurídico es válido, independientemente de que todas sean aplicadas.

Alf Ross se distingue del resto de los partidarios del realismo, al determinar que los hechos, no pueden gozar de validez porque son producto del ser, sólo las normas del deber ser pueden tener validez, mientras que para la generalidad de realistas, el Derecho se define a través de hechos.

Por otra parte, Ross establece que los individuos al conducirse conforme a derecho en la sociedad, lo hacen tomando dos posiciones opuestas, a las que define, como un interés psicológico, de acuerdo a las siguientes tendencias:

---

<sup>49</sup> Hans Kelsen. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. 3a. ed. México: Distribuciones Fontamara, 1982. p. 24.

Por un lado, dice, lo respetan por el temor a las sanciones que las normas establecen, es decir, se guían con un interés de por medio para satisfacer necesidades propias, y de esta manera no se puede aceptar la eficacia del derecho, ya que así, los sujetos contra quienes van dirigidas las sanciones lo acatan no por convicción propia tan sólo por miedo a una represión de las autoridades. O bien, se conducen desinteresadamente cuando lo acatan porque en verdad creen en las instituciones creadoras del derecho y, por lo tanto se encuentran obligados a él; esta es la validez aceptada por el realismo, la que exponen como "un motivo determinado por aquel comportamiento fáctico que se define como eficacia del derecho".<sup>50</sup> Eficacia que depende, tanto de la real aplicación por parte de las autoridades, como de que los hombres respeten el Derecho.

Este jurista considera, que este segundo tipo de interés, es el motivo que mueve a los jueces a actuar, es decir por el derecho como tal, ya que éstos no se sujetan al derecho por el temor de recibir las sanciones, sino por el respeto que le profesan, y es precisamente este sentimiento el que ha originado parte de la discusión metafísica en las diferentes teorías del derecho, al intentar explicar el concepto de validez.

Por una parte se encuentra la idea de que el derecho se debe cumplir en virtud de que su contenido se basa en ideas morales y religiosas, concordes a las ideas del jurista, a lo que Ross denomina "conciencia jurídica material"; y en contraste, la idea de respetar el derecho por provenir de las instituciones jurídicas, con independencia del contenido valorativo que encierran sobre la moral, justicia, etc.

---

<sup>50</sup> Idem, p. 33.



La validez de las normas jurídicas para Ross, se obtiene en la medida en que los jueces, como órganos jurisdiccionales realmente las aplican a los particulares y no tomando como base el derecho que surge entre los particulares. Un ejemplo sería el caso del homicidio, el cual se encuentra prohibido en una norma y establece una sanción para quien lo cometa, aquí el derecho válido se encuentra en una directiva para el juez de aplicar esa sanción a quien se encuadre en este supuesto.

Con base en lo anterior, la validez del derecho depende directamente de que el poder judicial de verdad aplique las normas jurídicas cuando se cometen los actos de manera expresa regulados por la ley.

Además, es necesario para considerar la validez del derecho, que los jueces al emplear el conjunto de normas que lo integran, hagan esto porque verdaderamente se sienten obligados a llevarlo a cabo.

Mientras que por otro lado, la eficacia de las normas se debe al hecho de que su cumplimiento se lleve al cabo, no por el temor de recibir una sanción, sino porque los tribunales efectivamente aplican las normas jurídicas por sentirse obligados a ello y los sujetos que se encuentran sometidos a ellas se conduzcan de tal forma que se evite la sanción.

Con la explicación anterior, se puede resumir que el conjunto normativo de un sistema jurídico resulta válido y eficaz, en la medida que se los considere como socialmente obligatorios y por consiguiente, se apliquen.

Sin embargo, es posible que existan normas válidas que nunca se hayan aplicado, pero pueden llegar a considerarse eficaces cuando existe la posibilidad

de suponer que en algún momento serán aplicadas por los tribunales, aunque claro, sobre esto no existe ninguna seguridad absoluta, por lo cual Ross, distingue entre "validez de deber ser" y "eficacia como hecho del ser".

Estas normas aún cuando todavía no sean eficaces y tal vez nunca lleguen a serlo, ya son válidas, por lo que Ross únicamente establece la posibilidad de poder afirmar sobre la validez de una norma, ya que en estos casos la eficacia varía del grado de posibilidad de que los jueces lleguen a aplicarla.

Así que, Ross al explicar cuándo las normas forman parte del derecho vigente, son válidas y eficaces, lo hace a través de predicciones acerca de la probabilidad de que se lleguen a aplicar en una decisión judicial posterior, independientemente de que se hayan dictado en el pasado, lo cual no garantiza su función en el futuro.

Con lo anterior, podemos esquematizar que la ciencia jurídica propuesta por Ross, consiste en aplicar el método empírico en forma análoga al utilizado en las ciencias naturales para verificar y comprobar la vigencia de las normas en un determinado sistema jurídico, a través de las decisiones judiciales.

#### **IV) Principales tipos de Realismo**

Con el objeto de hacer una primera clasificación, es necesario resumir la explicación acerca de la definición de derecho vigente, el cual como expliqué anteriormente, es el conjunto de preceptos que integran el sistema normativo de un país, mediante el cual es posible predecir las decisiones judiciales que los órganos jurisdiccionales van a aplicar en un caso determinado, siendo además indispensable que los jueces realmente las apliquen y que se sientan obligados a ello.

Con base en lo anterior, Ross realiza una división entre realismo psicológico, defendido por autores como Illum y Karl Olivecrona, el cual se caracteriza por entender al derecho como parte de la conciencia popular, lo cual, según Ross, se encuentra en igualdad de condiciones que la moral, ya que resulta esencial definir lo que significa esa conciencia popular y por ser un concepto tan subjetivo no puede darse una explicación aceptada por la mayoría de juristas, por el contrario, genera toda una discusión filosófica al respecto desviando por completo el tema de estudio primordial.

Es decir, para esta concepción del realismo, la aplicación de las normas por los jueces en los tribunales resulta secundario, en este sentido, la efectividad no es considerada por su aplicación real, sino que el derecho es aplicado porque es vigente.

El realismo psicológico establece el deber de llevar al cabo las investigaciones y estudios que sean necesarios para comprobar la aceptación de las normas por la conciencia jurídica popular, ya que es en la ideología del pueblo donde precisamente, se encuentra la convicción de obedecerlas, por el sólo hecho de provenir de la norma suprema que es la Constitución.

En contraposición expone el realismo conductista, representado principalmente por el célebre jurista norteamericano Oliver W. Holmes, éste hace referencia al derecho, en el sentido de analizar únicamente el comportamiento externo de los jueces, donde lo importante es la aplicación de las normas jurídicas en los tribunales, quedando en segundo término la conciencia popular, de tal forma que el derecho es vigente porque es aplicado, sin embargo la objeción de Ross se

presenta en el sentido de la dificultad de predecir las decisiones de la autoridad, tan solo por hechos externos.

En síntesis, para Ross lo adecuado es enlazar las dos corrientes, es decir, el realismo psicológico y el conductista para obtener una doctrina completa en la que se integren todos los elementos necesarios para una auténtica teoría del derecho.

**CAPÍTULO SEXTO**  
**TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO**

## **CAPÍTULO SEXTO**

### **TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO**

#### **I) Antecedentes**

El autor de esta teoría es el jurista tucumano Carlos Cossio, nacido en 1903. Fue el fundador de la Escuela Argentina de la Filosofía Jurídica. Se desempeñó como catedrático de la Universidad de la Plata desde 1934. Pasó en 1947 a presidir la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. En 1949 Cossio se encontró con Kelsen en Buenos Aires y llevaron a cabo una intensa discusión académica, que habían iniciado por correo varios años antes. Fue privado de su cátedra en 1956 por el gobierno militar.

Cossio pretendió exponer la propuesta de un modelo epistemológico nuevo, distinto al de Kelsen, pero nunca fuera de él, lo que le generó severas críticas a las que tuvo que ir respondiendo a través de sus obras. La Teoría Ecológica tiene ciertamente como punto de partida a Kelsen, pretende superarlo, pero se le considera nekelseniana. Durante los años en que Cossio expuso su Teoría, se vio forzado a presentar más que una propuesta, una proclama de ataque y en cierta forma de defensa a sus ideas frente a la teoría de Kelsen, que en esos días gozaba de casi unánime aceptación.

## II) Teoría Ecológica del Derecho

La palabra "egología" no debe entenderse en el sentido que se desprende de su etimología, según la cual sería el estudio del "yo". Se refiere en realidad, a una propuesta de estudio del derecho, entendiéndolo como "experiencia" o "experiencia jurídica" llevada a cabo necesariamente por "alguien". En este sentido, la egología estudia la ontología del *cuidam* según su conciencia, es decir, tiene como objeto de estudio al sujeto que realiza una conducta jurídica.

Esta teoría se funda teniendo como punto de partida la corriente positivista que surge desde Savigny, quien con el advenimiento del Estado-Nación como forma de organización política, busca encontrar el sustrato filosófico del derecho de la verdad empírica, con un enfoque historicista. En otras palabras, el sustento de esta propuesta está en delimitar la ontología del derecho en el derecho positivo.

El jurista es el hombre de ciencia que tiene como objeto de análisis al derecho (como género), y que se manifiesta en diversas especies, entre las cuales, Cossio considera de manera sobresaliente a la sentencia. Este es un punto de coincidencia con el realismo jurídico.

Uno de los puntos más importantes de esta teoría, es la distinción tajante que hace entre norma jurídica y derecho. La norma jurídica no es el derecho, sino simplemente un concepto (un medio) que sirve para enunciar la conducta hipotética, cuya realización es en sí el objeto de conocimiento real del derecho, y que es propiamente la experiencia jurídica.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Carlos Cossio, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 251.

Otro aspecto relevante es la propuesta que hace para unir a la filosofía con la jurisprudencia (entendida como estudio del derecho), ya que con el positivismo se dio un efecto de ruptura entre ambas disciplinas. En vez del estudio meramente científico del derecho, producto del formalismo jurídico, sugiere un estudio filosófico de la Ciencia del Derecho. Para el autor, el derecho, es una Ciencia Dogmática, a la que denomina precisamente Ciencia Dogmática del Derecho. La palabra dogmática la emplea como lo opuesto a lo fáctico, es decir, como sinónimo de lo teórico.

Cossio otorga excesiva importancia a la figura del juez y a su función hermeneútica, a la que estima como eje central de todo derecho.

La Filosofía Jurídica pasó muchos siglos estática bajo una óptica jusnaturalista, con una sola variante, la de cambiar la idea de "Dios" (jusnaturalismo teológico) por la de "Razón" (jusnaturalismo secular o racional), como producto del fuerte movimiento antropocentrista característico de la Ilustración. Hasta el presente siglo, Hans Kelsen vino a revolucionar la manera de estudiar y concebir al derecho. Puede afirmarse que la Filosofía del Derecho es una antes de Kelsen y otra después de él, ya que es referencia obligada para todos los autores.

El tema de la concepción del derecho es parte medular y punto de inicio de esta Teoría. Es notable la claridad que logra el autor en su expresión en esta parte, cuando señala que el derecho no es la voluntad de Dios, ni la voluntad del pueblo, ni menos la norma dictada por el Estado, sino la conducta de la gente, la experiencia jurídica real. Ontológicamente el derecho es la conducta desplegada por un sujeto cuando ésta interfiere con la de otro. A la intersección o cruce de conductas le denomina conducta en interferencia intersubjetiva, es decir,



conductas que se cruzan entre dos o más sujetos; por lo anterior, el derecho radica en ese acto.

Otra crítica que el autor hace a Kelsen, es el concepto de persona jurídica que propone. Para el autor de la pirámide jurídica, la persona es el centro de imputación de la norma, condición que consiste en un atributo que la ley le asigna al hombre necesariamente para poder ser titular de derechos y obligaciones. Según Daniel Herrendorf, el más destacado discípulo de Cossio, la persona lo es porque en ella radica de manera exclusiva la personalidad, y la ley lo que hace es sólo una reiteración de ese hecho; en otras palabras, la persona es el sujeto en sí, ontológicamente, y el derecho reconoce esta situación.<sup>52</sup>

Existen múltiples teorías de la personalidad, pero la crítica carece de sustento, en cuanto que el autor se olvida de que no obstante que la naturaleza ontológica del hombre siempre ha sido la misma, su reconocimiento como persona para efectos jurídicos ha estado a través de la historia, supeditado a un acuerdo social según el paradigma de valores de cada tiempo y lugar. Como ejemplo, basta recordar el Derecho Romano, en donde ser humano y persona no eran sinónimos, ya que para llegar a tener esta condición jurídica según las *leges romanae*, se debía contar con tres requisitos: ser hombre libre, ciudadano y *sui iuris* (*status libertatis, civitatis y familiaris*).

La esencia del hombre radica en la personalidad intrínseca, pero el reconocimiento legal de persona como *status* jurídico, es otra cosa distinta.

---

<sup>52</sup> Cfr. Daniel E. Herrendorf, *El estado actual de la Teoría General del Derecho*. México: Cárdenas Editor, 1990. p. 11.

Por otra parte, Herrendorf explica a la luz de la egología el tema del "deber ser" y el derecho. Para ello, rechaza que el hombre viva según la norma como un deber ser, sino que vive según su "deber ser existencial" que se explica a continuación.<sup>53</sup> Primero plantea una apología de la filosofía de Heidegger y una severa crítica en contra del posmodernismo. Explica que el hombre vive proyectando hacia el futuro, y que al tener conciencia de su propia existencia su presente es un deber ser existencial, que se compone no sólo del instante del momento, sino del pasado inmediato que ha generado la situación actual y su prolongación hacia el futuro según las expectativas o posibilidades que éste le ofrece en este sentido, el hombre es persona debido a que tiene una vida biográfica, está consciente de ella y la programa; esto lo diferencia de los demás seres del reino animal, que sólo tienen una vida biológica.

Las vidas biográficas de los hombres se encuentran unidas y conforman una historicidad. Ese vínculo produce que el deber ser existencial de todos, genere anhelos hacia el futuro. Así entonces, el hombre no sólo vive conforme al deber ser de la norma, sino conforme a su deber ser existencial.

El hombre actúa en su vida jurídica con plena conciencia y desde ella misma, es decir, desde su ego. Por ello, la conducta humana no es simplemente una conducta animal, sino una conducta egológica. Esa conducta responde a la lógica del ego, ya que esa lógica es un deber ser existencial (recordemos que tiene un pasado y un futuro).

En su vida biográfica (hay que tener en cuenta la diferencia con la vida simplemente biológica), el hombre despliega conductas conscientes de manera egológica, las cuales atienden a ciertos valores, según el deber ser existencial de

---

<sup>53</sup> Cfr. Idem, p. 16.

cada persona. En este sentido, el primer deber para el hombre es: la libertad, ya que puede elegir entre varias posibilidades la conducta que ha de seguir.

Pero el hombre no sólo existe, sino que coexiste con sus semejantes, con quienes no únicamente vive, sino que convive. Por ello, la conducta egológica es existencial y societaria, es decir, es coexistencial. Así, el derecho es una manifestación de coexistencia de conductas compartidas.

Herrendorf distingue cuatro tipos de modos de ser de los objetos, según su *onticidad*, a los que denomina regiones ónticas.<sup>54</sup>

Primero.- Objetos naturales: Están en la experiencia sensible, pues tienen existencia. Carecen de valor. Se conocen por el método empírico-inductivo (por ejemplo: piedras, árboles, etc.).

Segundo.- Objetos ideales: No tienen existencia. No están en la experiencia. Son neutros al valor. Se conocen por el método racional deductivo (por ejemplo: los números).

Tercero.- Objetos metafísicos: Son intrascendentes para esta investigación. Según los filósofos tienen existencia, aunque improbable. No están en la experiencia. Son valiosos (por ejemplo: Dios).

Cuarto.- Objetos culturales: Tienen existencia. Están en la experiencia. Son valiosos con signo positivo o negativo. Se conocen por el método empírico-dialéctico (Por ejemplo: un cuadro, una balada, la conducta).

---

<sup>54</sup> Cfr. *Idem*, p. 23.

Este último tipo de objetos es el más importante para el autor, ya que entre ellos se encuentra el derecho como conducta. Estos objetos que son producto de la cultura y que realizan valores sociales son en su existencia simples objetos, sin embargo, reconocemos en ellos algo más que eso, y es precisamente su valor, el cual se logra por medio de la conducta de quien lo ha realizado.

El valor no está en el objeto en sí, de lo contrario todos lo percibirían de igual manera. Tampoco está en el sujeto que lo percibe, pues de ser así, todo le parecería de cierta manera. El valor está en la relación dialéctica entre el objeto cultural y el sujeto que lo aprecia.

La conducta egológica es en este orden de ideas, el principal objeto cultural, ya que todo objeto cultural se realiza mediante una conducta. Así entonces, la vida humana es un objeto cultural, pero cabe diferenciar entre dos clases de vida humana:

A) Vida humana objetivada.- Como forma de vida humana que se convierte en un objeto (cosa), por ejemplo: una obra de arte que es resultado de la conducta desplegada por el artista.

B) Vida humana viviente.- Es la conducta que es, sin convertirse en una cosa objetivada, sino simplemente existiendo como conducta valiosa.

Este objeto que es la conducta humana viviente es lo que se denomina objeto egológico, por el despliegue consciente del ego.

Así el autor llega a ubicar al derecho dentro de la conducta egológica, es decir, dentro del cuarto tipo de región ontica como objeto cultural y como especie de

vida humana viviente. El método para su estudio es el empírico-dialéctico y se conoce mediante la intuición intelectual (como camino gnoseológico).

El autor distingue entre intuición sensible, como la percepción de objetos por medio de los sentidos, y la intuición intelectual, como la comprensión de una verdad, con una mínima actividad mental, sin necesidad de un elevado ejercicio racional, ya que es evidente.

Esta intuición intelectual es la vía por la que el jurista busca la verdad jurídica, y en general es utilizada siempre que se estudia un objeto cultural.

### **III) Cossio contra Kelsen**

Herrendorf señala que generalmente se acepta a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen como la base de la ciencia jurídica moderna, y que en su opinión, la única crítica que ha resaltado problemas contundentes ha sido la efectuada por la Teoría Ecológica del Derecho, y por su fundador Carlos Cossio.

Herrendorf plantea la siguiente pregunta: ¿Qué conoce el jurista según la Teoría Pura original?. El jurista conoce normas; es decir idealidades semánticas, que dicen algo de alguna realidad, de alguna conducta, reduciéndose por tanto al aspecto meramente formalista.

Por otra parte, para la Teoría Ecológica lo que el jurista conoce es la conducta única resultante coactuada (inferencia de conductas) por dos o más personas, es decir, que el jurista conocería siempre una realidad biográfica. La realidad biográfica, corresponde a las vidas biográficas de quienes participan en relación intersubjetiva. En palabras de Herrendorf, la realidad biográfica es el poder ser

una posibilidad, siendo la posibilidad que llega a ser, cuya estructura obligada es la vida biográfica.

Para evidenciar esta afirmación, Herrendorf recurre al ejemplo del concepto de persona como sujeto del derecho tanto en Kelsen como en Cossio, de la siguiente manera:

### **1) Kelsen**

Para referirse a la persona, Kelsen distingue dos tipos de imputaciones:

a) Una imputación periférica, en la que se tienen dos hechos, uno imputado al otro (ejemplo: dada la transgresión debe ser la sanción) que se podría esquematizar con la siguiente forma: "Si es "A" entonces "B".

b) Una imputación central, compuesta de un número indeterminado de imputaciones periféricas, todas ellas imputadas sobre un mismo centro ideal. Dicha imputación podría ser esquematizada como los rayos que convergen en el centro de una rueda.

Esta imputación central sería para Kelsen la personalidad jurídica de un derecho. Kelsen, para referirse a la personalidad, no distingue entre personas físicas y morales, dice que ambas son el resultado que les imputan las normas; Kelsen dice que en ninguna de las dos existe persona alguna, solo habría una personificación imaginaria, como se ejemplifica con su teoría de las imputaciones. Afirma que en el caso de la persona física ese individuo es un ente biológico del ser, y el derecho, siendo un deber ser, es cosa ajena a los dominios del ser.

## 2) Cossio

Este autor argentino defiende una posición contraria a la de Kelsen, las personas físicas son personas porque en ellas radica la personalidad, no es ninguna imputación o personificación que otorgan las normas. Señala que los hombres siendo hombres, son también personas pudiendo prescindir de que las normas les den esa cualidad.

Siendo esto así, no pueden ser personas otros entes. Cossio rechaza que el ser humano como persona natural sea un ente biológico del ser, pues la realidad de la persona es de carácter biográfico y no biológico, aunque sea este su principal atributo.

Así, Cossio rechaza totalmente la tesis kelseniana de la personalidad por lo que toca a las personas físicas y, en lo que se refiere a las personas morales, se adhiere parcialmente a la tesis de Kelsen, pero agrega que la personalidad humana puede ser individual o colectiva, porque la existencia humana es a su vez coexistencia y, no la personalidad colectiva es meramente imputación, como afirma Kelsen. De una u otra manera, la personalidad jurídica exhibe esa dimensión humana que resulta ser la esencia a la luz de la Teoría Ecológica.

Cossio identifica en las personas morales una realidad biográfica única, es decir, las personas que la integran tienen pasado, presente y futuro común; y en cuanto al fin que persiguen, tienen los mismos anhelos.

La crítica a Kelsen por parte de Cossio se centra, según Herrendorf, en que el primero no advierte que una cosa es la significación de un concepto y otra muy diferente es el objeto significado por esa significación. En mi opinión Kelsen

**intencionalmente decidió prescindir de todo lo que no fuera la norma para elaborar su Teoría Pura.**

**En conclusión, Kelsen señala que el derecho es ese conjunto de idealidades semánticas que las normas positivas expresan de cierta manera, es decir, que el derecho son las normas, porque éstas son lo que ellas dicen. Contrariamente, la Teoría Egológica de Cossio sostiene que el derecho es el conjunto de las realidades biográficas que las normas positivas pueden mantener significativamente, pero no crear como realidad.**

**Carlos Cossio aborda en su teoría el concepto de justicia. Para él, se trata de un valor en esencia, pero no un valor determinado o más propiamente, predeterminado ni absoluto, sino de un valor situacional, esto es, un producto de la conducta que es calificado como relevante según la situación específica de un tiempo y lugar.**

**Para ilustrar la idea, Herrendorf pone como ejemplo una partida de ajedrez. Estando a medio juego, notamos que cada ajedrecista tiene muchas opciones posibles para tirar; entre ellas debe elegir solo una; si analizamos las posibles jugadas, opina que podremos ubicar una sola que es objetivamente la mejor, según nuestra estrategia de juego. Asimismo, encontraremos una que es objetivamente la peor de la misma manera, pero con muchas más variantes, la vida ofrece al hombre la posibilidad de elegir entre las opciones de su vida conforme a sus metas vitales. Según el autor, se puede escoger la mejor posibilidad situacional de esa circunstancia específica.**

**Si seguimos esta idea, en cada caso jurídico subyace una mejor posibilidad situacional para su solución y la misión del juez es descubrirla, no inventarla. Esta**



calificación de "mejor", se define según la importancia que atribuye a los valores que expresa cada sociedad, de acuerdo a su realidad histórica; es decir, que la justicia es la mejor posibilidad situacional para resolver un caso, conforme a los valores históricos. Recapitulando todo lo que se ha expuesto, Cossio distingue claramente entre:

**A) Norma.-** Como idealidad semántica, o medio para expresar con palabras el derecho (palabras, significaciones, estructuras lógicas);

**B) Derecho.-** Como conducta en interferencia intersubjetiva;

**C) Persona.-** Como el ser consciente, con vida biográfica, que despliega la conducta que va a interferir con otra.

**D) Justicia.-** Como la mejor posibilidad situacional, conforme a los valores históricos.

La conducta del hombre se distingue de la animal como ya se expresó, porque la primera es biográfica y la segunda simplemente biológica. Ahora se amplía: sólo la conducta del hombre responde a valores, es en sí calificada de valiosa o no valiosa, según los valores reconocidos como relevantes históricamente. La razón por la que esto es así, consiste en que el ser humano requiere de una justificación de sus actos ante sí mismo. La autojustificación de la conducta es necesaria para sustentarla conforme a los valores históricos.

Una crítica más a Kelsen se encuentra cuando se explica que el *logos* de la conducta "es" vivo, mientras que el de la norma "es" estático. Considerar al derecho como simple norma equivale a quitarle su vitalidad. En el *Common law* no

se suele caer en este desacierto, ya que identifican al derecho a través de la costumbre y la jurisprudencia como conductas repetitivas.

En resumen, la función del juez no debe consistir en interpretar la norma, lo que sería característico de un normativismo semántico, sino descubrir a la justicia como valor sustancial. La simple interpretación lleva con frecuencia al caso de que los jueces sentencien aplicando la ley en contra de la justicia.

En cuanto a la crisis del pensamiento kelseniano, el autor explica que éste se encuentra en franca decadencia, debido a varios factores.

Comienza el texto señalando que uno de los discípulos de Kelsen divide cuatro obras que marcan sendos hitos en la obra de este autor:

- 1.- *Teoría General del Estado* (1925)
- 2.- *La Teoría Pura del Derecho* (1a. ed. 1934)
- 3.- *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945)
- 4.- *La Teoría Pura del Derecho* (2a. ed. 1960)

Las dos primeras dice, son expansivas y las dos últimas defensivas, ya que algunos autores han acometido contra sus ideas.

Así mismo, enuncia tres causas de la crisis del pensamiento kelseniano a partir de 1941:

A) El impacto que le produjo su contacto con el *Common law* en los Estados Unidos;

**B) La crítica formulada por Cossio (1941), a partir de una semblanza biográfica que circuló, en la que le señala la insuficiencia del objeto de significación cognoscente como cópula del deber ser;**

**C) Las posteriores críticas de Ross y Olivecrona en el mismo sentido (realistas escandinavos).**

**En la última de las obras citadas, Kelsen enmienda su propuesta debido a la crítica de Cossio, en el sentido de que el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica no es la norma como medio de expresión de pensamiento prescriptivo, y por tanto como valoración subjetiva susceptible de ser considerada como justa o injusta, sino la regla del derecho, como pensamiento cognitivo, como teoría del jurista.**

**Kelsen dio un gran paso a su teoría, al reconocer que la norma era el objeto a conocer por el jurista, cuando anteriormente la consideraba sólo como una imputación lógica. Se ha criticado que con esto, Kelsen dio marcha atrás a su pureza metódica, ya que reconoció validez al enfoque imperativista y con ello al método del sociologismo.**

**Cuando Kelsen fue invitado a Buenos Aires para dictar algunas conferencias, en realidad lo que encuentra es una trampa muy bien preparada, con la cual intentaba Cossio derrotar al gran maestro generacional. Aunque el libro no lo señala por razones entendibles, Kelsen fue objeto de un trato inquisitivo en el que los partidarios de Cossio pensaron que lograron vencerlo, cuando en realidad lo que sucedió, según relato de algún profesor mexicano, fue que incomodaron de manera por demás irrespetuosa y descortés a Kelsen, quien notoriamente**

enfadado cayó en el mutismo y se limitó a escuchar la serie de críticas insistentes e incluso a condescender ante ellas por prudencia.

Según Daniel Herrendorf, la gran victoria que tuvieron consistió en que Kelsen no respondió a la siguiente pregunta: ¿En dónde se ubica el deber ser imputativo de la Teoría Pura, en la regla de derecho o en la norma jurídica? Como parte de la misma, le expusieron las tres únicas posibilidades según ellos mismos:

- a) En los dos términos.- Que sería un error porque identificaría al objeto significante con el cognoscente.
- b) En la regla de derecho.- Que identificaría al derecho con la norma, al margen del mundo del deber ser.
- c) En la norma jurídica.- Que sería contrario a la pureza metódica.

Como se puede notar, el propio planteamiento es en sí una celada, pues no hay respuesta correcta en ese sentido.

Herrendorf enuncia tres momentos que marcan la decadencia del pensamiento kelseniano:

1945.- Kelsen publica su *Teoría General del Derecho y del Estado*, en donde corrige el pensamiento expresado en su *Teoría General del Estado* de 1925 (distingue entre regla de derecho y norma).

1949.- La gran batalla en la Universidad de Buenos Aires en donde a su parecer Cossio resulta vencedor.

**1963.- La retractación pública del simposio de Salzburgo, en donde admite que la norma fundamental es un acto de volición ficticio, que realmente no existe.**

**En cuanto al primer momento, pienso que es muy jactancioso que Cossio se arroge el mérito de la redefinición de Kelsen.**

**Por lo que respecta al segundo, creo que tanto la versión, como la interpretación de esa infortunada visita, es sumamente tendenciosa y exagerada.**

**Por último, me llama la atención que el autor señale que Salzburgo es un momento de 'desacreditación de la teoría de Kelsen', cuando páginas adelante explica con claridad la verdadera intención que el propio maestro vienés dio a su rectificación, no en el sentido de negar la validez de su teoría, sino en la reconsideración de su idea de la norma fundante básica, como un postulado epistemológico y necesario para su teoría, entendiéndola como un acto volitivo ficticio y no intelectual.**

**En conclusión, estimo que no existe tal crisis del pensamiento kelseniano y que tal vez se trata de un enfoque tendencioso y de exagerada pretensión, derivado de una interpretación descontextualizada.**

**Con esto, no quiero sugerir que no haya puntos oscuros o equivocados en la teoría de Kelsen, de hecho sería antiacadémico aceptarla de manera dogmática. Por el contrario, se puede estar de acuerdo o no, en todo o en parte con su pensamiento, pero es injusto desconocer la trascendencia que ha tenido en las demás teorías jurídicas del presente siglo. Asimismo, reafirmo que me parece carente de sustento real la supuesta derrota de Cossio sobre Kelsen.**

**CAPÍTULO SÉPTIMO**  
**JUSMARXISMO Y SUS**  
**PRINCIPALES EXPONENTES**

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### JUSMARXISMO

#### Y SUS PRINCIPALES EXPONENTES

##### **I) Problemática para determinar la existencia del jusmarxismo.**

Los estudiosos de las corrientes jurídicas han mantenido durante el presente siglo, una intensa polémica en relación a la existencia de una teoría marxista del derecho. Resulta muy evidente que las opiniones sobre el jusmarxismo están divididas y en nuestros días, incluso desacreditadas. Sin embargo, en términos generales, las diferencias teóricas respecto de su conformación, se pueden resumir en los siguientes planteamientos: considerar que existe la teoría marxista del derecho; pensar que aún no está plenamente configurada, pero que en algún tiempo lo estará y decir que no hay ni puede haber una teoría en tal sentido.<sup>55</sup>

Algunos autores dicen que Marx nunca pretendió elaborar una auténtica 'teoría del derecho'; otros, en cambio, afirman que dicha construcción teórica se puede llevar a cabo perfectamente a partir de sus obras. Los que sostienen este último planteamiento, se dividen entre quienes seleccionan las múltiples referencias al derecho desperdigadas en las obras de Marx; y aquellos que pretenden elaborar dicha teoría, con base en el método marxista aplicado al derecho.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Marxismo y Filosofía del Derecho*. México: Fontamara, 1993. p.68.

<sup>56</sup> Cfr. Idem, pp. 67 y 68.

Determinar qué significa la expresión 'teoría jurídica marxista' es la primera dificultad por resolver. En este sentido surgen diversas interpretaciones, por ejemplo: para ciertos seguidores de Marx, la "teoría jurídica" se entiende como un "instrumento de dominio de clase"; otros, la consideran como una "ideología"; algunos más, como una teoría de la justicia; así como una ciencia de la legitimación del derecho socialista. Para resumir a un mínimo las principales ideas comunes de los teóricos jusmarxistas, se puede decir que comparten los siguientes planteamientos:

- 1.- El derecho tiene un carácter clasista.
- 2.- Es un fenómeno histórico, en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social.
- 3.- Desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente), en relación con otros elementos del todo social.
- 4.- Tiene un carácter ideológico.
- 5.- Comparten una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica.
- 6.- Poseen una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los "valores" que el derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. *idem*, p.13.



## II) Ideas jurídicas de Carlos Marx

El primer paso entonces, es determinar cuál era la concepción jurídica de Marx. Al revisar sus escritos, se ha descubierto, como ya se mencionó, que no se ocupó específicamente del derecho en tanto objeto de estudio. Para descubrir una supuesta 'teoría del derecho' en Marx, es necesario entresacar pensamientos relativos a la ciencia jurídica dispersos en documentos que se ocupan de otros campos de las disciplinas sociales, en los cuales el filósofo alemán se ocupó con más detenimiento y rigor.

Manuel Ovilla Mandujano dice en su libro,<sup>58</sup> que existe un aspecto de la ciencia jurídica en el cual se ocupó concretamente Marx --aunque lo hizo de una manera no muy específica-- el papel que desempeñado por el derecho y el lugar que ocupa en el proceso de producción de la riqueza social.

En Marx se observan dos momentos distintos y separados en cuanto a su concepción del derecho. La época de sus manuscritos juveniles y tiempo después, cuando escribe *El Capital*. En el primer caso, influido fuertemente por Hegel, concebía al derecho como la encarnación de la libertad y al Estado como el guardián de la misma. Desde este punto de vista, puede entenderse a dicho planteamiento como jusnaturalista aunque con una orientación materialista ya que, como dice Manuel Ovilla, la libertad la concibe como la autoconciencia del sujeto histórico.<sup>59</sup>

Posteriormente, Marx se distancia de los planteamientos de Hegel y sigue el modelo de Feuerbach. En el caso del derecho y del Estado siguió el modelo de la

---

<sup>58</sup> Cfr. Manuel Ovilla Mandujano. *Teoría del derecho*. México: Duero 1990. p. 81.

<sup>59</sup> Cfr. Idem. p. 80.

alineación, según el cual estos dos objetos (que más adelante va a considerar uno solo) constituyen fenómenos por completo ilusorios y falsos; son una auténtica mistificación cuya única utilidad es ocultar la esencia de la realidad social, es decir al hombre.

Identifica al Estado y al derecho como una "ideología" (la cual entiende como una falsa conciencia) que opera como un fenómeno alienante. La tesis de la desaparición del derecho como forma de vida social se plantea en torno a un famoso texto de Marx en la *Crítica del programa de Gotha*: "en la fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la subordinación esclavizadora de los individuos a la división del trabajo y con ella la oposición entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo no sea solamente un medio de vida sino la primera necesidad vital; cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos crezcan también las fuerzas productivas y corran y a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: 'De cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades'..."<sup>60</sup>

El Marx de la madurez abandona esta concepción que resalta hasta cierto punto la esencia del hombre, para ocuparse en el estudio de las estructuras, lo cual significó una ruptura teórica con su concepción de juventud.

Una definición importante en Marx es la siguiente:

"Una estructura social, un modo de producción o una formación social, consiste en un conjunto de niveles, con estructuras propias y

---

<sup>60</sup> Cfr. Gregorio Peces Barba. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1993, p. 83.

eficacia específica, con predominio, en última instancia, de lo económico. La unidad de una formación social o de un modo de producción no está de ningún modo referida a una contradicción simple y originaria —la contradicción económica: capital/trabajo—{...} la unidad social es siempre compleja en el sentido de que las estructuras económicas, como dominantes en última instancia, sólo pueden ser localizadas en el interior de esa ciudad".<sup>61</sup>

Dentro de la estructura social está localizado el derecho y su definición no depende de su naturaleza, sino de su ubicación y de su función en el tipo de relaciones de los niveles en el interior de esa unidad compleja. Según Bobbio, Marx reduce al derecho a un momento meramente superestructural de la sociedad o, como dice en una frase del *Manifiesto Comunista*: "...vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a ley".<sup>62</sup>

En las obras de Marx puede apreciarse que entendía al derecho como una 'estructura'. Ésta se deriva a su vez de otra, denominada 'superestructura económica', sobre la cual se fundamenta la sociedad en su conjunto. La 'superestructura económica' no es otra cosa que la manera en como se produce la riqueza social en una determinada sociedad.<sup>63</sup> Marx, en consecuencia, concibe al derecho como un fenómeno social que hay que explicar en términos estructurales.

Carlos Marx puso las bases del socialismo moderno. Según Marx, la superestructura económica de la sociedad determina la estructura jurídica y

---

<sup>61</sup> Manuel Ovilla Mandujano. op. cit. p. 80. apud. Nicos Poulantzas. *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*.

<sup>62</sup> Norberto Bobbio. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992. p. 215.

<sup>63</sup> Cfr. Manuel Ovilla Mandujano. op. cit. p.79.

política, a la cual corresponden las formas sociales de conciencia. Esta teoría, llamada del "materialismo histórico" o determinismo económico, o también como ahora se prefiere llamarla, "materialismo dialéctico".<sup>64</sup>

Según algunos intérpretes recientes, el materialismo histórico no consistiría esencialmente en el determinismo económico, sino en una concepción de la historia como creación continua de la actividad humana (materialismo dialéctico). Efectivamente, algunas frases de Marx parecen justificar esta interpretación. Pero la verdad es que la más clara y explícita enunciación de la doctrina fue proporcionada por el propio Marx sin posibilidad de duda, en el sentido explicado anteriormente. Es verdad que Marx habla alguna vez de la actividad humana como factor de la historia, pero entiende siempre esta actividad como determinada esencialmente por las necesidades económicas. La distinción entre determinismo económico y materialismo histórico o dialéctico no afecta, pues, si bien se mira, a los fundamentos de la doctrina y frente a ésta, incluso como materialismo dialéctico, permanecen válidas las objeciones antes hechas.<sup>65</sup>

En relación con los planteamientos de Marx, en su libro la *Ideología alemana*: "La producción de las ideas y representaciones de la conciencia, aparece al principio directamente entrelazadas con la actividad material y el comercio material de los hombres, como el lenguaje de la vida real. Las representaciones, los pensamientos, el comercio espiritual de los hombres se presentan todavía aquí, como emanación directa de su comportamiento material. Y lo mismo ocurre con la producción espiritual, tal y como se manifiesta en el lenguaje de la política de las leyes, de la moral, de la religión, de la metafísica [...]".<sup>66</sup> Añade además: "[...]Las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época, o dicho en

---

<sup>64</sup> Giorgio del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Bosch, 1980. p. 200.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 484.

<sup>66</sup> Cfr. Gregorio Peces Barba. *op. cit.* p. 76.

otros términos, la clase que ejerce el poder material dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su poder espiritual dominante. La clase que tiene a su disposición los medios para la producción material, dispone, con ello, al mismo tiempo, de los medios para la producción espiritual, lo que hace que se le sometan, al propio tiempo, por término medio, las ideas de quienes carecen de los medios necesarios para producir espiritualmente. Las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las mismas relaciones materiales dominantes concebidas como ideas[...].<sup>87</sup>

La relación que hay entre producción, sociedad y derecho tiene una base epistemológica monista y materialista dialéctica. La concepción marxista del derecho se ha expresado en tres direcciones distintas en la época actual: la línea del condicionamiento económico-social del derecho; la línea de la reducción económica del derecho y la línea de la reducción política del derecho.

La primera línea neo-marxista del condicionamiento económico social, defiende que el fenómeno jurídico, lejos de ser una categoría eterna, es una categoría histórica y socialmente condicionada.

La segunda línea que reduce al derecho como un hecho económico, niega el carácter normativo del mismo y postula que el derecho es relación social. Analiza la conexión entre producción, el cambio de mercancías y el fenómeno jurídico.

Y la tercer línea de la expresión de la voluntad de la clase dominante, parte de que el derecho es norma donde se expresa la voluntad de los sectores dominantes de la sociedad.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Idem, p. 77.

<sup>88</sup> Cfr. Umberto Cerroni. *Marx y el Derecho Moderno*. México: Grijalbo, 1975. p. 27.

Nicos Poulantzas, coincide que el esquema de la historia de la teoría marxista del derecho se puede trazar en sus oscilaciones, que va de una tendencia que se puede caracterizar como economicista a otra que se le puede llamar voluntarista. La primera opera una reducción del nivel jurídico a la instancia económica y la segunda considera al derecho como un conjunto de normas emitidas por el Estado, que encarna la voluntad de la clase dominante.

Para el marxismo contemporáneo, el examinar científicamente el nivel jurídico del modo de producción capitalista, supone localizarlo en cierto nivel particular en el mismo modo de producción.

El jusmarxismo como tendencia teórica de interpretación, en proceso de elaboración conceptual, aún trata de precisar su problemática a resolver; sin embargo, podemos observar que básicamente sus intereses se orientan a descubrirla.

Pueden reducirse los autores que profesan el jusmarxismo a todos aquellos que han hecho suyos los postulados de Carlos Marx. Para ser más precisos, es conveniente decir que son marxistas debido a que los criterios epistemológicos que los sostienen son de corte materialista dialéctico.

Los principales teóricos jusmarxistas son:

**Pedro Stucka** (1865-1932) jurista soviético. Ve al derecho como relación social es autor de la *Teoría Revolucionaria del Derecho y del Estado; La concepción Marxista del derecho; Revolución y legalidad revolucionarias.*

**A. J. Vischisky** (1873-1954) jurista soviético, representa la corriente “voluntarista” del derecho. Es autor de las obras *The Law of Soviet State* y de la *Teoría Stalinista del Estado socialista*.

**Eugenio Pashukanis** (1891-1937) jurista soviético autor de la *Teoría General del Derecho* y *El Marxismo y el Estado Soviético* y la *Revolución en el terreno del Derecho*.

**Umberto Cerroni** (1926 - ) jurista italiano ha publicado *Marx y el derecho moderno*, *La libertad de los Modernos* y *Metodología y Ciencia social*, entre otros.

**Nicos Poulantzas** (1938-1980) jurista y sociólogo griego radicado en Francia, autor de *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, *El Fascismo*.

**Oscar Correas** (1944- ) jurista argentino, autor de *La ciencia jurídica, Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*.

### III) Vigencia

Hasta hace no mucho tiempo, como dicen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, el marxismo era una de las concepciones generales que podían orientar el trabajo de los científicos sociales y de los filósofos. Sin embargo, en nuestros días, el jusmarxismo es un corriente que no se puede adoptar si lo que se busca es cierta respetabilidad académica. La explicación es básicamente histórica: con la caída de toda la superestructura teórica marxista, el jusmarxismo queda en consecuencia, desacreditado.

**CAPÍTULO OCTAVO**  
**TEORÍA TRIDIMENSIONAL**  
**Y OTRAS AFINES**



## CAPÍTULO OCTAVO

### TEORÍA TRIDIMENSIONAL Y OTRAS AFINES

#### 1) Introducción

Como se ha dicho a lo largo de la presente tesis, el origen de la gran diversidad de definiciones del derecho, está muy relacionado con la posición teórica adoptada por aquél que se ocupe en definir al derecho. Esta situación, se presenta debido a que las distintas corrientes jurídicas encargadas de estudiar el fenómeno jurídico resaltan uno o varios aspectos diferentes. Al respecto, es conveniente citar al maestro Villoro Toranzo: "La raíz de este disentiimiento se debe a que se han propuesto nociones del Derecho que resaltan un aspecto del mismo y niegan --o, por lo menos, disminuyen-- la importancia de los demás. El porqué de esta unilateralidad de los puntos de vista hay que buscarlo en las filosofías defendidas por los juristas".<sup>69</sup>

Lo expresado en el párrafo anterior demuestra la diversidad de aspectos que comprende el fenómeno jurídico. Es evidente que la naturaleza del derecho es múltiple, por lo que su estudio se presenta, tanto en el aspecto epistemológico como en su terminología de manera muy diversa.

A pesar de que algunos filósofos del derecho sólo han destacado algún aspecto del fenómeno jurídico, otros, sin embargo, lo han estudiado de manera íntegra.

---

<sup>69</sup> Miguel Villoro Toranzo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1988. p. 12.

Para estos últimos, el derecho se entiende como un todo en el que se advierten tres dimensiones complementarias entre sí, las cuales son: el valor, la norma jurídica y el hecho social. He dejado al final la exposición de este enfoque, ya que como se nota, es eminentemente ecléctico.

Miguel Reale fue quien estudió estos tres elementos en forma sistemática en su Teoría de la tridimensionalidad del Derecho.

## II) Teoría Tridimensional de Miguel Reale

Según Reale, la diversidad de sentidos contenidos en la palabra "derecho", revela la amplitud de aspectos contenidos en la experiencia jurídica. Mediante un análisis profundo, se puede descubrir que tales experiencias pueden reducirse básicamente a tres: un aspecto normativo (el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto fáctico (el derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto axiológico (el derecho como valor de justicia).<sup>70</sup>

Expresa que el problema de la tridimensionalidad del derecho se ha estudiado sistemáticamente durante más de cuatro décadas. Para él, todos esos estudios han culminado en la teoría que él expone.

Esta afirmación la sostiene sobre las siguientes demostraciones:

---

<sup>70</sup> Cfr. Luis Recasens Siches. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 159.

a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (puede ser de tipo económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una sola unidad concreta.

c) Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso (el derecho es una realidad histórico-cultural) de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.<sup>71</sup>

Para esclarecer lo anterior, se hace necesario un análisis de la estructura de la norma:

a) Si es H (hecho), debe ser P (prestación).

b) Si no fuera P (prestación), deberá ser SP (sanción penal).

Reale pone el ejemplo de una norma legal que prevé el pago de una letra de cambio, en la fecha de su vencimiento, bajo la pena de protesto, gozando el acreedor de la facultad de promover la ejecución del crédito. En este caso diríamos:

---

<sup>71</sup> Cfr. Miguel Reale. *Introducción al estudio del derecho*. Madrid: Pirámide, 1986. pp. 69 y 70.

- a) Si hay una deuda cambiaria (H), debe ser pagada (P).
- b) Si la deuda no fuese pagada (no P), deberá existir una sanción penal (SP).

En el ejemplo, la norma de derecho cambiario representa una disposición legal que se basa en un hecho de orden económico (el hecho de que en la vida moderna, las necesidades del comercio exigen formas adecuadas de relación) y que busca asegurar un valor, el valor de crédito, en orden a un pronto pago sobre la base de lo que está formalmente declarado en la letra de cambio. Como puede verse, un hecho económico queda ligado a un valor de garantía para expresarse a través de una norma legal que atiende a las relaciones que deben existir entre aquellos elementos.

De este modo, hechos, valores y normas se implican y se exigen recíprocamente, lo cual, se refleja de igual forma, en el momento que el jurisprudente (abogado, juez, administrador) interpreta una norma jurídica para aplicarla.

Así pues, desde su origen, es decir, desde la aparición de la norma jurídica --que es síntesis integrante de hechos ordenados según valores-- hasta el momento final de su aplicación, el derecho se caracteriza por su estructura tridimensional en la cual hechos y valores se dialectizan, esto es, entran en un proceso dinámico.

Para Reale, este proceso del derecho obedece a una forma especial de dialéctica que llama "dialéctica de implicación -polaridad" que no tiene que ver con la dialéctica hegeliana o marxista de los opuestos. Según la dialéctica de implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo, que cada uno de ellos se mantiene

irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del derecho.

Se puede decir respecto a la noción de derecho conjugada con la nota específica de bilateralidad atributiva diciendo que: el derecho es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva. O en forma analítica: el derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores.<sup>72</sup>

### III) Teoría Integral de Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches expone una teoría muy similar a la de Reale. Basta citar un párrafo de su libro para ilustrarlo: "... aunque se reconozca la posibilidad de estos tres diferentes estudios, resulta que no puede existir una total independencia entre esos tres ángulos, antes bien, cada uno de ellos necesariamente aparece enlazado con los otros dos. Esto es así, porque el Derecho es una obra humana, es un producto de la cultura, y por ende es histórico; de forma normativa, con validez dada por el poder público; obra humana que aspira a realizar en la vida social unos determinados valores y que consigue eficacia en la conducta de los sujetos".<sup>73</sup>

Ambas teorías coinciden en integrar los diferentes aspectos que componen al derecho en un sólo concepto. Sugieren que ninguno de ellos niega al otro, sino al

---

<sup>72</sup> Cfr. *idem*, p. 72.

<sup>73</sup> Luis Recasens Siches. *op. cit.* p. 159.

contrario se involucran y vinculan de manera indefectible. Por ello se les denomina corrientes eclécticas.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El jusnaturalismo se caracteriza por considerar como su objeto de estudio el contenido de principios y valores éticos en las normas, éstas son consideradas en forma diferente dependiendo de qué variante jusnaturalista se asuma, sin embargo, resulta esencial para esta teoría la creación de un sistema normativo que reúna los principios básicos de justicia, mismos que además tienen reconocimiento universal.

**SEGUNDA.-** La importancia del derecho natural radica en que las normas contienen valores universales en favor del ser humano, sin embargo se debe complementar con el juspositivismo, ya que para que realmente se apliquen deben cubrir forzosamente el procedimiento formal, y por consiguiente al completarse entre ambas, se favorezca a la sociedad al aplicar las normas que surgieron conforme a derecho y no arbitrariamente, en favor de los individuos y su comunidad contemplando los principales valores éticos.

**TERCERA.-** El Juspositivismo no hace referencia al contenido de justicia o injusticia de las normas jurídicas, sino que reconoce los términos de validez o invalidez, para lo cual es necesario transformar la norma, de acuerdo a las nuevas necesidades de la sociedad, y por lo tanto, al adecuar la ley, indirectamente, las normas contienen aquellos principios que requiere en ese momento la sociedad sobre la cual se van a aplicar.



- CUARTA.-** El Juspositivismo concentra en su campo de estudio al Derecho tal cual es, considerando como normas jurídicas tan sólo aquellas que son creadas por el órgano facultado bajo los procedimientos establecidos, destinadas a regular la conducta de ciertos individuos en un determinado lugar y época; es decir, su objeto de estudio únicamente es el Derecho Positivo, excluyendo cualquier consideración metafísica para ser estudiadas por las otras ramas del conocimiento.
- QUINTA.-** Dentro de las corrientes positivistas se destaca la Teoría Pura del Derecho, la cual elimina toda consideración metafísica para el estudio de las normas jurídicas, que además contemplan el tema absoluto de su teoría del derecho, sin llegar a la necesidad de cuestionar, censurarla o aprobarla.
- SEXTA.-** Resulta relevante para la Teoría Pura del Derecho el haber establecido diferencia entre los términos de causalidad e imputación, consistente en separar y delimitar como campo de estudio para la ciencia jurídica únicamente, el fenómeno de imputación que se deriva de la existencia previa de una norma jurídica, mientras que la causalidad sostiene a las leyes de la naturaleza y no interviene la voluntad del hombre. La importancia de esta tesis radica en que de esta manera Kelsen hace una clara separación entre lo que debe ser el estudio para una teoría del derecho, independientemente de la posición metafísica que se tenga, ya que sobre ese tema se encarga la filosofía jurídica.
- SÉPTIMA.-** En oposición a la Teoría Pura del Derecho surge la teoría del Jusrealismo, que se encarga de estudiar y pronosticar la manera en que los jueces se comportarán bajo determinadas circunstancias. En

este sentido, la norma jurídica únicamente se analiza en el sentido de que ésta es precisamente, la que regula la actitud que probablemente asumirá un juez frente a determinado hecho.

**OCTAVA.-** El jusrealismo, tiene gran aceptación en aquéllos países regidos por el *Common law*, tal es el caso de los Estados Unidos de América o Inglaterra, pero en países como el nuestro gobernados por el derecho escrito, dónde existen normas específicas, creadas por un procedimiento legislativo, resulta ineficaz e inaceptable dicha teoría.

**NOVENA.-** La Teoría Ecológica estudia al derecho a través del hombre, donde la norma únicamente ocupa el lugar de explicar la conducta hipotética, objeto real de conocimiento para el derecho.

**DÉCIMA.-** De los escritos de Carlos Marx, algunos autores han podido conformar en términos generales, una teoría jurídica coherente. Marx consideraba al derecho como una estructura dependiente de la superestructura económica. Por ello creía que su principal función era la de servir como un instrumento de la clase dominante para controlar al proletariado.

**DÉCIMA PRIMERA.-** El jusmarxismo tuvo mayor aceptación en la época en que el comunismo se consideró realmente como una respuesta social, pero en la actualidad dichas ideas resultan anacrónicas por el fracaso y desuso de esta ideología; sin embargo, su estudio resulta importante para comprender mejor los hechos históricos y además por la influencia en las ideas que surgieron con posterioridad a Marx.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La Teoría Tridimensional determina que para estudiar al derecho, es necesario hacerlo a través de los elementos: norma, hecho y valor, toda vez que éstos no pueden separarse, sino que por el contrario los tres se entrelazan. Con esta idea, la Teoría Tridimensional propone una solución a la polémica que originan las diferentes teorías del derecho.

**DÉCIMA TERCERA.-** La definición del derecho es un tema de gran relevancia para la filosofía del derecho, ya que es la primera reflexión esencial que se debe hacer, y su conclusión será el punto de partida que defina la corriente filosófico-jurídica que se adopte. Es decir, cada teoría concibe al derecho de manera diferente, lo que determina la fundamentación de su validez y de los fines que persigue. Cada corriente destaca diferentes aspectos del fenómeno jurídico.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. 7º ed.. México: Fondo de Cultura Económica, 1982. 1206 pp.
- AFTALIÓN, Enrique y VILANOVA José. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. 843 pp.
- ALCHOURRON, Carlos E. BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993. 277 pp.
- ATIENZA, Manuel. Y RUIZ MANERO, Juan. *Marxismo y Filosofía del Derecho*. México: Fontamara, 1993. 70 pp.
- BATIFFOL, Henri. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Eudera, 1983. 118 pp.
- BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. 2º ed. Buenos Aires: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política-12, 1984. 113 pp.
- *Contribución a la Teoría del Derecho*. 1º ed. Madrid: Debate, 1990. 406 pp.
- *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992. 1213 pp.
- BONNECASE, Julian. *Introducción al Estudio del Derecho*. 2º ed. Bogotá: Temis, 1991. 339 pp.

COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. 375 pp.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1980. 982 pp.

DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 17ª ed. México: Porrúa, 1991. 529 pp.

DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Taurus Ediciones, 1980. 439 pp.

ESQUIVEL PÉREZ, Javier. *Kelsen y Ross, Formalismo y Realismo en la Teoría del Derecho*. 1ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1980. 196 pp.

FASSO, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho. 1. Antigüedad y Edad Media*. 3ª ed. Madrid: Ediciones Pirámide, 1982. 254 pp.

FERNÁNDEZ SABATE, Edgardo. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984. 483 pp.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Filosofía del Derecho*. 1ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. 443 pp.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 6ª ed. México: Porrúa, 1989. 542 pp.

---

----- *Ensayos Filosófico- Jurídicos 1934-1979*. 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. 413 pp.

----- *Introducción al Estudio del Derecho*. 41° ed. México:  
Porrúa, 1992. 444 pp.

----- *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y  
Iusnaturalismo*. 3° ed. México: Universidad Nacional Autónoma de  
México, 1986. 178 pp.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. 2° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,  
1986. 332 pp.

HERRENDORF, Daniel E. *El Estado Actual de la Teoría General del Derecho*.  
México: Cárdenas, 1990. 350 pp.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12° ed. Buenos Aires: Editorial  
Universitaria de Buenos Aires, 1991. 245 pp.

----- *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. México: Fontamara, 1992.  
385 pp.

----- *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. 3°. ed. México:  
Distribuciones Fontamara, 1990. 286 pp.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Filosofía del Derecho*. 1° ed. México: Trillas, 1990. 67  
pp.

NINO S., Carlos. *Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*. 2° ed.  
Venezuela: Distribuciones Fontamara, 1979. 115 pp.

----- *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea,  
1980. 864 pp.

OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del Derecho*. México: Duero, 1990. 407 pp.

PATTARO, Enrico. *Elementos para una Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1989. 311 pp.

PENICHE BOLIO, Francisco J. *Introducción al Estudio del Derecho*. 11ª ed. México: Porrúa, 1993. 238 pp.

PECES BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate, 1993. 357 pp.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 2ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. 313 pp.

PUENTE EGIDO, J. *La Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria, 1962. 240 pp.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 3ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1982. 192 pp.

RAMOS VERASTEGUI, Rosa María. *Esquema Fundamental del Derecho Mexicano*. México: Porrúa, 1982. 327 pp.

REALE, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Madrid: Pirámide, 1986. 386 pp.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 9ª ed. México: Porrúa, 1986. 717 pp.

RIBÓ DURÁN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. 655 pp.



- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado*. Tomo I. México: Porrúa, 342. 678 pp.
- ROSS, Alf. *Hacia una ciencia Realista del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. 354 pp.
- ROMO MICHAUD, Javier. *Teoría del Derecho. Antología*. 1º ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. Sistema Universidad Abierta, 1994. 334 pp.
- SANTIAGO, NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del derecho*. 2º ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988. 477 pp.
- SERRANO, A. E. *La Filosofía del Derecho*. Venezuela: Biblioteca de Textos Filosóficos, 1973. 358 pp.
- TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. 11º ed. México: Porrúa, 1989. 370 pp.
- VEDROSS, Alfred. *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión Panorámica de sus fundamentos y principales problemas*. México: Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962. 433 pp.
- VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 2º ed. México: Porrúa, 1984. 538 pp.
- 
1988. 648 pp. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa,