



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO
(TAMAYO)
Y
CRÍTICA JURÍDICA
(CORREAS)**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

JACQUELINE GPE. ORTIZ ANDRADE

ASESOR:

MTRO. ARTURO BERUMEN CAMPOS



MÉXICO, D.F. 2004.





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
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM
P R E S E N T E .

La **C. JACQUELINE GUADALUPE ORTIZ ANDRADE**, con número de cuenta 95157913, elaboró en este Seminario bajo la dirección del Mtro. Arturo Berumen Campos, el trabajo de investigación intitulado: "TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO (TAMAYO) Y CRÍTICA JURÍDICA (CORREAS)". La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VII 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.

Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.



A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, 17 de septiembre de 2004

MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

DEDICATORIAS

Para: el maestro Arturo Berumen.

Mi mejor maestro. Quien me enseñó con arte y sabiduría lo que yo deseaba, o lo que es más, lo que necesitaba aprender.

Para: el doctor Oscar Correas.

Hombre de inteligencia sagaz y temperamento crítico, que me enseñó a ver el mundo con una mirada nueva.

Para: el doctor Rolando Tamayo.

El primer sabio de carne y hueso que conocí en mi vida. Pues antes de él, los sabios para mí, no tenían rostro.

Para: el maestro Alfonso Nava Negrete.

Por enseñarme con gracia e ingenio. Pero sobre todo, por enseñarme a amar y valorar el conocimiento.

Para: el maestro Alberto F. Señor.

Hombre afable, de juventud eterna y fuerza alegre.

Para: mi hermano, Mauricio.

Mi primer maestro.

El símbolo de la ternura,

el ejemplo a seguir;

mis mejores recuerdos

una mano siempre abierta;

la palabra exacta;

Mis padres: Pablo y María de Jesús.

Para: mis amigos (as):

Susana, Janet, Ernesto, Felipe, Paola, por hacer de mi estancia en la escuela un recreo constante y, en el especial a Nadia, por ser la única que apoyo y creyó en este proyecto desde el principio.

INTRODUCCIÓN	3
I. UNA TEORÍA ANALÍTICA Y UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO	5
1.1. El derecho como discurso	5
1.2. Análisis positivista del derecho	13
1.3. Análisis crítico del derecho	23
1.4. Conclusiones del capítulo I	28
II. EL LENGUAJE DEL DERECHO	31
2.1. Sentido prescriptivo del derecho	31
2.1.1. Operadores deónticos	32
2.1.2. El carácter coactivo del derecho	39
2.1.2.1. La reducción de las opciones del comportamiento	40
2.1.2.2. La técnica del castigo o el derecho como discurso que amenaza con violencia	41
2.2. Sentido descriptivo del derecho	48
2.2.1. Lenguaje demiúrgico del derecho	48
2.2.2. Ideología del derecho	54
2.3. Eficacia del derecho	57
2.3.1. Eficacia y validez	57
2.3.2. Eficacia y efectividad	59
2.4. Conclusiones del capítulo II	62
III. SISTEMA JURÍDICO	66
3.1. Apertura y clausura de los sistemas	66
3.2. Sociedad y derecho	67
3.3. La pirámide jurídica como encadenamiento normativo	69
3.4. Sistema jurídico capitalista	87
3.4.1. Existencia de los sistemas jurídicos	87
3.4.2. El derecho privado y la circulación de mercancías	90
3.4.3. El derecho laboral y la producción de plusvalía	92
3.4. El derecho económico y la reproducción del capital	97

3.4.5. Estructura del sistema jurídico capitalista	99
3.5. Norma hipotética fundamental	102
3.5.1. Norma hipotética fundamental y regla de reconocimiento y acto fundante	103
3.5.2. Norma hipotética fundamental y ciencia del derecho	108
3.5.3. La norma hipotética fundamental como ficción jurídica	111
3.6. Pluralismo jurídico	118
3.7. Conclusiones del capítulo III	124
IV. LACIENCIA DEL DERECHO	130
4.1. Jurisprudencia analítica	130
4.1.1. Modelo de ciencia clásica	132
4.1.2. Modelo romano de ciencia jurídica	140
4.1.3. Argumentación jurídica (Tamayo)	146
4.1.4. Dogmática jurídica y filosofía del derecho	149
4.2. El discurso de la ciencia	159
4.2.1. Racionalismo absoluto, empirismo y dualismo (Aristóteles, Hume y Kant)	162
4.2.2. Las ciencias jurídicas	171
4.2.2.1. Dogmática y sociología jurídica	171
4.2.2.2. Hermenéutica jurídica	180
4.2.2.3. Argumentación jurídica (Correas)	184
4.3. Conclusiones del capítulo IV	188
V. DERECHO Y POLÍTICA	193
5.1. Jurisprudencia, ideas política y constitución	193
5.1.1. La <i>societas</i> y la soberanía popular	200
5.1.2. Constitución	203
5.2. Construcción jurídica del poder	209
5.3. Persona jurídica y la ficción del "como si"	216
5.4. Conclusiones del capítulo V	227
VI. CONCLUSIONES FINALES	229
Bibliografía	241

Es indudable que la teoría analítica de Rolando Tamayo y la teoría crítica de Óscar Correas han contribuido, de manera importante, en el desarrollo de la filosofía del derecho en México. Estas dos corrientes filosóficas que a primera vista parecen incompatibles, comparte sin embargo, elementos básicos, pues ambas se fundamentan –principalmente- en la teoría kelseniana, aunque es innegable que cada uno de estos autores resalta aspectos distintos de esta teoría.

Por un lado la teoría crítica enfatiza el aspecto teórico y por su parte la teoría analítica su aspecto positivo. Asimismo ambos autores parten de la idea, de que el derecho es un discurso, o bien está formulado en un lenguaje, de ahí que ambas posturas se ocupen de estudiar la estructura y operación de ese lenguaje tratando de esclarecerlo, con el propósito de determinar los efectos que el lenguaje jurídico trata de conseguir, así como los medios que utiliza para obtenerlos.

El presente trabajo tiene como propósito principal, el de conciliar estas dos importantes teorías, bajo el supuesto de que ambas pueden complementarse. Por una parte la teoría analítica se ocupa del aspecto estrictamente formal del derecho, describiéndolo y estudiándolo aisladamente respecto de los sistemas que lo rodean, es decir de una manera abstracta, contrariamente la teoría crítica, estudia al fenómeno jurídico en su relación con los sistemas a su alrededor, es decir en forma concreta.

Ocultar o evadir la relación del derecho con otros sistemas, puede convertirse en lo que Correas denomina como ideología, sin embargo no toda la teoría analítica es una ideología sino solo

algunas de sus partes, lo que pretendemos es distinguir la ideología jurídica mediante la crítica jurídica.

Desde un punto de vista teórico y metódico, nos planteamos el problema de buscar los elementos para hacer compatibles, prácticamente, la teoría analítica del derecho y la teoría crítica, sin olvidar, por supuesto, sus diferencias.

Los elementos que utilizaremos para conseguir nuestro propósito, los tomaremos (entre otras), primordialmente, de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en razón de que, como ya, hemos dicho, ambas teorías, tanto la analítica como la crítica la toman como punto de partida, en ese sentido la teoría de Kelsen nos servirá para identificar las ideologías del lenguaje jurídico y la teoría crítica nos permitirá concretar dicho lenguaje.

Es importante, sin embargo, señalar, que la naturaleza de este trabajo, es primordialmente, descriptivo y comparativo. La crítica a ambas teorías, se resalta cuando se relativizan sus propuestas en orden a su conciliación y complementación.

1.1. El derecho como discurso

En este primer capítulo no pretendemos agotar el problema del discurso llamado derecho. Los siguientes renglones no son sino un esbozo de dos de las más importantes teorías del derecho que se han desarrollado en México.

En primer lugar, nos ocuparemos de la teoría analítica de Rolando Tamayo, destacando que su análisis del derecho como discurso es de tipo positivista y no sociológico, como el de Correas. Asimismo en la segunda parte de este capítulo nos ocuparemos de la teoría crítica de Oscar Correas, exponiendo de una manera sucinta lo que para este autor significa que el derecho sea un discurso.

De las diversas creaciones del hombre, la más asombrosa, sin duda es, el lenguaje. La palabra es el instrumento que utiliza un espíritu para mandar un mensaje a otro espíritu.¹

Tanto la teoría analítica como la teoría crítica consideran que el derecho es un discurso o bien, que está formulado en un lenguaje.²

Resulta un tanto difícil aceptar, a primera vista que el derecho es un lenguaje, pues podría pensarse que las acciones que regula, tales como, matar, comprar o vender, entre muchas otras, no tiene ninguna relación con el lenguaje, sin embargo habría que recordar que dichas acciones son de carácter social, esto es, que se dan entre varios individuos y no de manera aislada

¹ Borges, Jorge Luis, *Oral*, Emecé, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 13.

² Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el Sistema Jurídico y su Creación*, UNAM, México, 1976, p. 36. "Todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulado en un lenguaje".

(interacciones). Las interacciones requieren del lenguaje no solo para su realización, sino también para su interpretación.

El lenguaje es el medio para interpretar (dar significado) a ciertos signos (cuando lo que se interpreta es un lenguaje) y acontecimientos. Sin el lenguaje jurídico los interactuantes no podrían interpretar la acción de matar, como algo prohibido, es mediante éste que saben que matar esta prohibido en sus relaciones recíprocas.³

Lo que dificulta entender la función constitutiva del lenguaje para la acción social, nos dice Berumen es, que lo, que se entiende tradicionalmente por lenguaje, es solamente la relación de signos (sintaxis), sin embargo, también forman parte de éste, los significados, de dichos signos (semántica), y el sentido que se le da a las palabras (referente). Las cosas físicas no tiene ningún sentido, éste se les asigna mediante el lenguaje.⁴

El lenguaje es un sistema de signos que da forma a las ideas o "contenidos de conciencia" para que estos puedan manifestarse. Sin embargo para que el lenguaje sea comprendido entre los interactuantes, es necesario que sea conocido por ellos.⁵

³ Berumen Campos, Arturo " El delito como acto de habla", en *Iter Criminis*, INACIPE, México, 2000, p. 15.

⁴ *Ibidem*; Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Cárdenas, México, 2003, p. 4 y ss, "La semántica es la parte de la semiótica que estudia las relaciones de los signos con el significado. El "significado" es el referente, es decir, el significado es a lo que se refieren las palabras., podemos distinguir tres tipos de referentes y, por tanto, tres tipos de significado: el referente empírico, el referente normativo y el referente emotivo...referente fáctico o empírico..., es aquel que puede señalarse con el dedo, ostensiblemente, o que se refiere a un "estado de cosas"...Otro significado o referente de las palabras es el referente normativo. Es decir, hay palabras que se refieren a normas o, más bien, a modalidades normativas o deónticas : la permisión, la obligación y la prohibición. Las palabras con significado o referente normativo permiten, obligan o prohíben...Existe otro tipo de referente para determinar el significado de las palabras, el referente emotivo. Hay palabras que no tienen un referente empírico ni un referente normativo, que no se refieren ni a normas ni a estados de cosas sino a estados de ánimo, es decir, a emociones o sentimientos..."

⁵ Correas Óscar, *Crítica de la Ideología Jurídica*, UNAM, México 1993 p. 22.

El lenguaje, nos dice Correas, hace que las ideas o "contenidos de conciencia" aparezcan bajo una determinada forma, y en ese sentido es un sistema formalizador, pues sin esa forma las ideas, no podrían manifestarse.

Para que las ideas o "contenidos de conciencia" puedan manifestarse, es necesario que el lenguaje sea compartido, conocido por los sujetos, es decir, que exista un código, (conjunto de signos necesarios para la interpretación de un lenguaje) dicha ideas y "contenidos de conciencia" solo existen en -lo que Correas- denomina como "textos".⁶

Es evidente, nos sigue diciendo Correas, que entre los diferentes tipos de textos (literarios, científicos, etcétera) se encuentran los textos jurídicos, en los que podemos encontrar, a los "contenidos de conciencia" en la forma, que le proporciona el lenguaje que sostiene a ese texto y que será transmitido al interlocutor mediante el lenguaje que le es conocido (código).

Lo que es necesario destacar es que pueden existir varios códigos, de tal manera que un mismo texto pueda ser leído mediante esos diferentes códigos, es decir, que puede ser leído o interpretado de diversas maneras. Los textos jurídicos puede decir diversas cosas según el código con que se lean,⁷ lo que puede producir una ideología (contendido de conciencia).

Para hacer un estudio sobre el lenguaje jurídico es imprescindible hacer uso de los textos, pues es donde se encuentra el discurso del derecho y el discurso jurídico, así como las ideologías, tanto jurídicas como ideologías del derecho.

⁶ *Idem.*, pp. 21 y 23, "Llamaremos "textos" a cualesquiera objetos culturales, es decir objetos en los cuales se manifiesta el trabajo humano...que transmiten --o en ellos se puede leer-, ideas o pensamientos..., ideologías.

... los códigos son unos otros discursos que permiten entender los textos, que, por eso mismo, pueden ser mensajes."

⁷ Correas Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993 p. 24.

En lo que a la palabra ideología se refiere tomaremos el concepto que Berumen nos propone en su libro de ética jurídica.

“...podemos decir que la ideología como falsa conciencia de la realidad es considerar a la realidad en uno solo de sus aspectos, pero creyendo que es toda la realidad, y, por tanto, ocultando el o los aspectos de la realidad que no consideramos, lo cual lleva como consecuencia, **la inversión de la realidad en nuestra conciencia, es decir, la realidad aparece en nuestra conciencia, como lo contrario, de lo que es en realidad**”.⁸

Las ideologías solo existen en textos constituidos por un lenguaje con un código determinado, de tal forma que están limitadas por el significado de los signos que constituyen a dicho lenguaje, y que aparecen al servicio del mismo. El discurso es una “ideología ya formalizada” es decir, un lenguaje abstracto, que oculta el pensamiento, que oculta parte de la realidad, es un lenguaje ideológico, que tiene como propósito favorecer a un grupo (clase en el poder) respecto de otro sector de la sociedad.⁹

Mediante la expresión “discurso del derecho”, siguiendo, siempre, la teoría crítica de Correas, haremos referencia a las prescripciones que amenazan con un castigo, emitidas por autoridades reconocidas con base en un sistema jurídico, (discurso con que están escritas las normas). Por otro lado, mediante la expresión “discurso jurídico” nos referiremos a los discursos descriptivos, que se encuentran en los textos jurídicos que constituyen un metalenguaje¹⁰ de él, esto es, los fundamentos

⁸ Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación Dialéctica del Derecho Natural*, Cárdenas, México 2000, p. 77 y 78.

⁹ Correas Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 26

¹⁰ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía del derecho*, Cárdenas, México, 2003, p. 12 y ss, “El metalenguaje es un lenguaje que habla o que se refiere a otro lenguaje. Y el lenguaje objeto es el lenguaje del cual se habla o el lenguaje que es el referente de otro lenguaje... el derecho es, antes que nada, un lenguaje, y cualquiera que hable del derecho tendrá que hacerlo mediante un metalenguaje, en especial el lenguaje de la doctrina jurídica es un metalenguaje, pero también el

de resoluciones jurídicas, explicaciones de maestros, jueces, científicos, etcétera (discurso con el que se habla de las normas).

El discurso del derecho tiene un sentido, y el sentido de los discursos deriva del uso de los signos, como dice Wittgenstein "*El significado de una palabra depende del uso lingüístico que se haga de ella*"¹¹. Utilizar el lenguaje de diferentes formas trae como consecuencia la transmisión de diferentes mensajes (sentidos).

El sentido del discurso del derecho puede ser de dos tipos el sentidos, deóntico (prescriptivo) y el sentido ideológico (descriptivo) asimismo tiene una ideología jurídica y una ideología del derecho.

La ideología jurídica hace referencia al sentido que los juristas otorgan al discurso del derecho (prescripciones que amenazan con violencia). Mostrar y criticar la ideología jurídica (lo oculto, la parte abstracta del discurso derecho), es el objetivo de la teoría crítica del derecho.¹²

Por su parte la teoría analítica del derecho se ocupa del estudio de la parte normativa de éste, y si bien admite que el derecho está formulado en un lenguaje, o que es un lenguaje, no se ocupa de un análisis sociológico del mismo, toda vez que lo, que le interesa es describir como es el derecho, ya que tiene como propósito proporcionar un análisis positivista de la estructura general del pensamiento jurídico y no una crítica del derecho,¹³ lo que significa que la teoría analítica del derecho, intenta describir su objeto de estudio, tal y como es, de una forma

lenguaje de la jurisprudencia, el lenguaje de las demandas, de las sentencia, entre otros. Ahora bien, un metalenguaje que tiene por objeto otro lenguaje, puede, a su vez, convertirse en un lenguaje objeto, de modo que este último sería un metalenguaje de segundo nivel y aquél sería un metalenguaje de primer nivel."

¹¹ Magee, Bryan, *Historia de la Filosofía*, Planeta, México 1999 p.205

¹² Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 46

¹³ H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Trad. Genaro R. Carrio, ABELEDO-PERROT, Segunda edición, Buenos Aires, 1980, p. XI

abstracta, y no dar una explicación económica o sociológica del mismo, ni tampoco prescribir como debería ser a partir de ciertos juicios estimativos.¹⁴

La tarea de la teoría analítica del derecho es, entonces, describir el fenómeno jurídico (la experiencia jurídica), que se presenta como un conjunto de fenómenos observables que se manifiestan mediante un lenguaje por lo que necesariamente debe ocuparse de la estructura y operación de ese lenguaje.¹⁵

Antes de preguntar ¿qué es derecho?, ¿no sería más razonable, nos dice Tamayo, comenzar preguntando por el objeto que la expresión derecho nombra? ¿No sería más sensato determinar las características que tienen presente los juristas cuando usan tal expresión? Es así, pues que el punto de partida de la teoría analítica -de Tamayo-, es el uso de la expresión derecho.

Cuando no contamos con una definición empírica, es necesario tomar como punto de partida el uso de las expresiones para saber que nombran.¹⁶

Es indiscutible, nos sigue diciendo Tamayo, que la presencia del derecho trae como consecuencia una reducción en las opciones de comportamiento de los individuos, lo que significa que ciertas conductas dejan de ser optativas para pasar a ser

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México 1995, P. VI. "Lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positiva, no puede formar parte de un concepto jurídico. La teoría general...se dirige a un análisis estructural del derecho positivo, más que a una explicación psicológica o económica de sus condiciones, o una estimación moral o política de sus fines."

¹⁵ Tamayo y Salmoran Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, Themis, segunda edición, México, 1998, Pp.419 y 187 "...los juristas "no sabían que el enemigo más peligroso para la ciencia es aquel siervo desleal, amo secreto del pensamiento: el lenguaje..."

¹⁶ *Idem*, p. 4. "Cuando como en el caso, no contamos con la posibilidad de una definición ostensiva tenemos que observar con atención cómo se usa una expresión para saber qué nombra..."

obligatorias, en algún sentido. De acuerdo con lo anterior resulta que cuando utilizamos la expresión derecho, de cierta forma se alude a un "constreñimiento artificial" de la conducta, lo que también supone, el accionar de determinados individuos, que desean que otros hagan o de dejen de hacer algo, amenazados con la aplicación de un castigo en caso de no obedecer, lo que indica que existen instituciones sociales, que van a determinar cuáles conductas son optativa y cuáles no lo son, asimismo habrán otras instituciones, que ejecuten las sanciones. De ahí que se pueda decir, que el derecho tiene un carácter institucional, en razón de que es creado y aplicado por instituciones.¹⁷

En una sociedad, entonces, existen individuos, que juegan un papel social especial, crear o establecer la conducta obligatoria, mediante la creación de mandatos o reglas (normas jurídicas).¹⁸

Sin duda uno de los conceptos más importantes en el derecho es el de norma ya que, la idea de, que el derecho es algo que contiene normas (entre otras cosas), es aceptada por todos los teóricos del derecho.¹⁹ Sin embargo, existe una falta de precisión en relación a lo qué es una norma. "Pero, cualquier cosa, que pueda ser, es siempre formulada lingüísticamente, mediante actos de habla,"²⁰ razón por la que la teoría analítica del

¹⁷ *Idem*, p. 11, "...la presencia del derecho indica la existencia de instituciones sociales de cierto tipo: una que declara o establece qué conductas no son optativas y otra que aplica o ejecuta las sanciones. De ahí que se pueda decir que el derecho tiene un carácter institucional: es creado y aplicado por instituciones."

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 10 "...A primera vista puede parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en reglas, no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. Tanto aquellos para quienes la clave de la composición del derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la ven en su relación con la moral o la justicia, hablan del derecho como algo que contiene reglas, si no está compuesto principalmente de ellas."

²⁰ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p.,419

derecho tiene, que ocuparse de las formulaciones lingüísticas que los juristas llaman normas.

El lenguaje es el medio para interpretar (dotar de significado) ciertos actos, así pues, -de acuerdo con la teoría analítica-, el derecho, atribuye un sentido -objetivo- y consecuencias jurídicas a ciertos actos, a través, de las normas.²¹

De conformidad con lo anteriormente dicho, resulta que el propósito inmediato de una norma es, que una determinada conducta se convierta en obligatoria, -en el sentido descrito-.

Asimismo, nos dice Tamayo, las normas, son razones para que los individuos actúen de una cierta manera, sin embargo, no son sólo una razón para actuar, sino, que también son un "...esquema de interpretación del comportamiento humano...",²² ya que el comportamiento, que se adecue a las norma, será el comportamiento conforme a derecho (conducta obligada) y, por el contrario el comportamiento que vaya en contra de las normas (conducta prohibida = hecho ilícito, antijurídico), será el comportamiento contrario a derecho, que trae aparejada la aplicación de una sanción impuesta y ejecutada por determinadas instituciones sociales.

Es así que surge el carácter imperativo del derecho (teoría imperativa del derecho). El derecho exige obediencia, mediante la amenaza de una sanción.

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo Porrúa, segunda edición, México, 1995, p. 17. "Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural..., sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma, que se refiere a él en su contenido, que le otorga significación en derecho..."

²² Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p.13

"Esta marcada relación entre órdenes respaldadas por amenazas y el uso de la palabra 'derecho' ha sido tan clara y persistente que llevó a Jeremías Bentham y a John Austin -fundadores de la jurisprudencia analítica- a caracterizar el derecho como un conjunto de mandatos."²³

La teoría imperativa del derecho, concentra sus estudios en los conceptos de obligación, sanción, responsabilidad, y demás correlativos, mostrando que donde existe el derecho hay una reducción en las opciones del comportamiento humano, y que como consecuencia, aparecen conductas, que en cierto sentido, serán consideradas como obligatorias. Sin embargo, nos dice Tamayo, existen problemas jurídicos que no es posible explicar mediante un enfoque imperativo. Una muy buena parte, del derecho no está formulado en términos de obligaciones.

1.2. Análisis positivista del derecho

Una muy buena parte de la teoría jurídica -nos dice Tamayo- se concentra en describir al derecho como un conjunto de normas jurídicas que imponen obligaciones, esta idea imperativa del derecho ha provocado, que muchos teóricos reduzcan al fenómeno jurídico en sólo normas impositivas, dejando de lado las facultades y derechos.²⁴

²³ *Idem*, p. 16

²⁴ *Idem*, p. 45, "El enfoque imperativo concentra su atención en la idea de obligación y en sus implicaciones. Ciertamente, el enfoque imperativo revela que ahí donde hay derecho existe una reducción de las opciones del comportamiento y, consecuentemente, aparecen conductas, que en ese sentido, son consideradas obligatorias. Sin embargo, existen hechos (situaciones materiales, conductas), normalmente reconocidos como jurídicos que difícilmente pueden explicarse desde el punto de vista del enfoque imperativo. Pareciera que, en ocasiones, el derecho nos indica qué hacer sin necesidad de imponernos obligaciones. Cuando el derecho señala, por ejemplo, cómo producir un testamento o cómo celebrar un contrato no nos obliga a testar o contratar. Por otro lado, se pueden constatar que gran parte del discurso jurídico no necesariamente se formula en términos de obligaciones."

"...jueces y abogados se comunican entre sí en términos de "facultades" y "derechos...Los términos 'facultad' y 'derecho', se usan para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, 'facultad' y 'derecho' designan una permisión otorgada a alguien (o a algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial".²⁵

Este tipo de permisión que incluye la posibilidad de la omisión, dice Tamayo, puede ser denominada como permisión completa. La permisión completa conlleva la idea de que alguien (el derechohabiente) tiene derecho, es decir, es libre de hacer u omitir cierta conducta, como por ejemplo, comprar, contratar, heredar, etcétera.

Antes de la reducción de opciones del comportamiento, que la aparición del derecho tiene como consecuencia, la conducta es optativa, los sujetos pueden, si así lo quieren, realizar u omitir cualquier conducta. Si una conducta es optativa, en el sentido en que no encuentra limitada por el derecho, podríamos decir, entonces, que esta conducta está permitida.

Tamayo considera, que de conformidad con el propio funcionamiento de la permisión (acto de permitir), la permisión presupone, que sin ella, la conducta no está permitida propiamente. Ahora bien, no es lo mismo una conducta "permitida", por falta de constreñimiento, (permisión débil), que una conducta permitida en virtud de un derecho. En la primera situación, no existe fuente jurídica de permisión, en tanto, que en la segunda, la permisión es establecida por una fuente jurídica (permisión fuerte o expresa).

Los derechos, son conferidos, no cuando una conducta es permitida, sino cuando el derecho confiere una *permisión* especial,

²⁵ *Idem*, pp. 45, 47 y 49

exclusiva (fuerte o expresa). Si a alguien se le concede el derecho de hacer algo, eso significa, que en principio, ese algo no estaba permitido y que es en virtud de ese derecho, que se permite.

En el caso de la permisión débil, no existe ningún fundamento jurídico para, que un sujeto realice la conducta permitida, toda vez, que su omisión no es obligada, en tanto, que en la permisión fuerte, (cuando la permisión está concedida por un derecho), por el contrario, el derecho que otorga la permisión, es el fundamento jurídico de la misma.

Es necesario, tener presente, que no todas las conductas permitidas pueden explicarse en términos de derechos. Es claro, nos dice Tamayo, que la conducta obligada está permitida²⁶ y es claro, también, que esta conducta no se explica en términos de derechos.

La diferencia entre la permisión fuerte y la permisión "limitada" (con alcances restringidos) de la conducta obligada, radica en el alcance, que tiene ésta última, pues si bien es cierto, que se permite una conducta (la conducta obligada), también es cierto, que no está permitida la omisión de dicha conducta, y para el caso de, que el sujeto omitiera la conducta obligada, incurriría en un ilícito. Con los derechos -permisión fuerte-, el sujeto puede omitir realizar la conducta permitida, lo cual no significaría un ilícito, como en el caso anterior. Esto es lo que distingue al derecho, de aquellas situaciones en las, que a los individuos les está permitida la realización de una conducta, pero nunca su

²⁶ *Idem*, p. 50 "Debemos tener presente que aunque la conducta, objeto de un derecho. Se encuentre permitida, no toda la conducta permitida puede explicarse en términos de derechos. Es claro que la conducta obligada puede realizarse, i.e., está permitida. Ahora bien, ciertamente la conducta obligada se encuentra permitida, pero es igualmente cierto que ésta no se explica en términos de derechos. La permisión implicada por la obligación se distingue claramente de la permisión completa que el derecho subjetivo confiere."

omisión (obligación), es por esto, que es erróneo hablar de "derechos de ejercicio obligatorio"

Hemos dicho, -siguiendo, en todo momento la teoría analítica de Tamayo-, que la permisión que confiere un derecho se diferencia de la permisión débil, precisamente en que la permisión en caso de los derechos es *expresa* por lo, que necesariamente se manifiesta de alguna forma comunicativa; es formulable lingüísticamente (en una disposición legislativa, por ejemplo), lo cual significa que el derecho (subjeto), "siempre tiene una fuente que lo establece...un derecho (subjeto) existe si y solo sí, hay una fuente que determine su contenido y existencia. Por "fuente" (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (i.e., norma jurídica) es válida y su contenido identificado."²⁷

Así tenemos, que para que un sujeto pueda ser privilegiado mediante un derecho (una permisión fuerte o expresa), es necesaria la existencia de una disposición jurídica (fuente del derecho) que lo establezca, lo que significa, que dicha disposición jurídica será el único fundamento jurídico para que ese sujeto tenga un derecho.

Los derechos, como modalidad de la permisión, contienen como ya hemos dicho, una conducta permitida, la cual se encuentra íntimamente relacionada con la conducta de los demás y en cierta medida, señala Tamayo, depende de la acción de los mismos.

El hecho de que alguien tenga un derecho, significa, que tiene fundamento jurídico, para realizar u omitir una conducta. Conducta que los demás no pueden realizar u omitir por lo que se encuentran en el perímetro del derecho. Así tenemos que el mismo derecho, que otorga a un sujeto la posibilidad de realizar u omitir

²⁷*Idem*, pp., 52 y 53.

una conducta es el, que le impide a otro(s) obstruir en el ejercicio del derecho conferido, asimismo incluye, también, la incapacidad de los otros para cambiar la situación, del que fue beneficiado con el derecho.²⁸

Con fundamento en lo antes expuesto podemos decir, que el derecho (subjetivo), además de conferir una permisión fuerte o expresa, también confiere (al derechohabiente), la facultad de exigir que los demás realicen la conducta correspondiente -no interferir en el ejercicio de su derecho y de ser necesario cooperar para hacer efectivo tal derecho-²⁹, facultad que va a derivar de la misma norma que confiere el derecho.

Otra facultad, que confieren los derechos, según nos dice Tamayo, es aquella que tiene el derechohabiente, para renunciar a su derecho, lo que no es lo mismo que no ejercitarlo, pues en este caso, cuando se renuncia a un derecho, éste se deja de tener definitivamente y no sólo no se usa.

Renunciar a un derecho resulta especialmente significativo, cuando dicha renuncia tiene como consecuencia la extinción de una obligación correlativa a éste. Hemos dicho que la facultad de ejercitar y de no ejercitar un derecho derivan de la norma, que lo confiere, asimismo resulta, que la facultad de renunciar a un derecho, así como el poder de extinguir la obligación correlativa a éste, derivan de la misma norma (la norma que confiere el derecho).

Es claro, que un derecho existe, cuando existe una norma, que lo confiere, sin embargo es necesario aclarar que los derechos pueden ser superados por otras consideraciones

²⁸ *Idem*, p., 53

²⁹ En este sentido, la norma que confiere un derecho -nos dice Tamayo-, puede funcionar también como norma que impone deberes.

jurídicas (carácter *prima facie* de los derechos)³⁰, lo, que significa que pueden entrar en conflicto con otros derechos, sin embargo – nos dice nuestro autor-, este tipo de conflictos sólo puede ser resuelto definitivamente por los tribunales.

Hasta aquí tenemos, entonces, que pueden existir cuatro tipos o clases de permisiones: **permisión completa, permisión débil, permisión fuerte y permisión limitada**. Con la intención de dejar más claro esta clasificación a continuación haremos un cuadro comparativo entre las diferentes clases de **Permisión**:

³⁰ *Idem*, p. 57. “*Prima facie*...significa ‘un derecho que puede ser superado por otras circunstancias jurídicas’.”

CLASES DE PERMISIONES (TAMAYO)

Clases	Diferencias	Semejanzas
Permisi3n completa	General; no siempre es renunciabile. Vg. derecho de propiedad especial;	Potestad jur3dicamente Protegida, otorgada a alguien para hacer u omitir cierta conducta; deriva de una fuente jur3dica; confiere facultades y derechos
Permisi3n fuerte	renunciabile; en algunos casos se agota con su ejercicio Vg. Servidumbre, leg3tima defensa	puede no ejercitarse.
Permisi3n d3bil	Resulta de la falta de constreñimiento "lo que no est3 prohibido est3 permitido".	puede no ejercitarse
Permisi3n limitada	Se permite la realizaci3n de una conducta pero nunca su omisi3n (conducta obligada) Vg. Pagar impuestos	deriva de una fuente jur3dica

Tamayo, sin dejar de lado el carácter imperativo del discurso jurídico, hace una pausa para resaltar el enfoque alternativo (no imperativo)³¹ del mismo. El elemento central de dicho enfoque lo constituye el concepto de facultad.

El término facultad desde un punto de vista jurídico presupone la potestad de una persona para cambiar la situación jurídica existente de esa misma persona o de otra(s).³²

Es importante diferenciar el término facultad, del de derecho subjetivo, en razón de que este último suele ser usado indiscriminadamente para referir lo que en algunos casos es una facultad. Si bien es cierto, -nos dice Tamayo- el concepto facultad se refiere a algo que se puede hacer u omitir, como en el caso de los derechos, cabe aclarar que la diferencia radica en que, en el caso de la facultad no se trata solamente, de realizar hechos jurídicamente permitidos, sino de producir efectos jurídicos válidos.³³

La facultad (como potestad para crea actos jurídicos que produzcan efectos jurídicos validos) no es correlativa a ningún tipo de deber pero si lo es de la responsabilidad³⁴. Asimismo el

³¹ *Idem.* p. 61; Tamayo considera que las facultades y derechos (permisiones) no forman parte del enfoque imperativo del derecho, sino que constituyen uno diferente. El enfoque alternativo (conformado por las permisiones) se contraponen al imperativo, en el sentido de que en este último los destinatarios de derecho deben cumplir con las normas (realizando la conducta obligada u omitiendo la conducta prohibida, pues de lo contrario recibirán un castigo-sanción), en tanto que en el primero los sujetos tienen la posibilidad, *la alternativa* de decidir si realizan o no (en la medida en que se le ha otorgado un derecho y con ello la facultad de ejercitarlo o no) la conducta prescrita en la norma, sin temor de hacerse "merecedores" a una sanción.

³² *Idem.* p. 61

³³ *Idem.* pp. 61 y 62 "El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos...El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica existente."

³⁴ *Idem* p. 63 "Facultad se opone, así a incapacidad (ausencia de potestad) y es correlativa de la responsabilidad. Estas relaciones pueden observarse claramente en el mandato. Por virtud de un mandato, *inter alia*, se confieren al mandatario ciertas

ejercicio de la facultad puede, -a diferencia del ejercicio de un derecho-, ser obligatorio. Otra diferencia radica en el hecho de que el derecho subjetivo se termina con su ejercicio, (en el caso de la permisión expresa o fuerte) la facultad, no se agota con su ejercicio, la facultad tiene como propósito la producción de determinados actos jurídicos válidos.³⁵

El objetivo de la facultad, es que los actos que con fundamento en ella se realicen tengan los efectos que desea que tengan (que sean válidos). El término facultad jurídica, también, presupone el facultamiento, lo que significa que cuando alguien no se encuentra facultado para realizar un determinado acto, y sin embargo lo realiza, dicho acto será nulo (no se produjeron los efectos jurídicos deseados), lo cual no sucede en caso de los derechos, pues cuando alguien ejercita un derecho que no le ha sido otorgado, su acto no es nulo, es ilícito.

La facultad jurídica al igual que los derechos subjetivos, va ha derivar de una norma, norma, que no impone obligaciones, deberes, ni establece ilícitos o delitos. Las normas que confieren facultades determinan la manera (formas) como deben celebrarse ciertos actos jurídicos (testamentos, contratos válidos), da - otorgándoles facultades jurídicas- a los individuos los medios necesarios para crear, mediante determinados procedimientos, obligaciones y derechos.

facultades, para que éste se encuentre en posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos válidos, que tengan los efectos jurídicos previstos, actos de los que, en última instancia, el mandatario será responsable."

³⁵ *Idem*, p. 210 "Los componentes de una cadena normativa *vaien* como tales (tienen los efectos jurídicos que pretender tener, i.e., valen como leyes, como contratos, etcétera) si satisfacen las "reglas de formación" del conjunto impuestas (sucesivamente) por los actos jurídicos que les preceden. Estas "reglas de formación" no son otras sino aquellas que se introducen por la norma que *faculta* la realización de ciertos actos."

Sin embargo, nos dice Tamayo, el aspecto más relevante de la facultad está relacionado con la creación del orden jurídico, pues las facultades muestran una función esencial de cualquier orden jurídico, que es el facultamiento o atribución de poderes, indispensable para la creación y modificación de un orden jurídico cualquiera. Razón por la que estudiaremos este aspecto de la facultad con mayor detenimiento en el tercer capítulo de este trabajo, cuando nos ocupemos del sistema jurídico.

Para efecto de dejar más claro este tema, haremos un cuadro comparativo entre los conceptos de derecho y facultad:

DERECHO Y FACULTAD (TAMAYO)

Facultad	Derecho
Diferencias	
Potestad para cambiar la situación Jurídica del facultado o de otra (s) persona.	Potestad jurídica mediante la que no se puede cambiar ninguna situación jurídica.
Es correlativa a una responsabilidad	Es correlativo a un deber
Su ejercicio puede ser obligatorio	Su ejercicio no es Obligatorio
Si alguien realiza una conducta sin estar facultado para ello, su acto es NULO	Si alguien ejercita un derecho sin ser el derechohabiente su acto es ILÍCITO.
Semejanzas	
Derivan de una norma jurídica Potestad para realizar hechos jurídicamente permitidos	

1.3. Análisis crítico del derecho (Correas)

La crítica del derecho, nos dice Correas, no pretende hacer un estudio cuidadoso y minucioso del discurso jurídico.

"La palabra crítica es utilizada con la significación que le da Marx...La crítica, en su acepción marxista, es un acto de rechazo, desde el punto de vista ético, de la organización social que utiliza éste y no cualquier otro derecho. Además supone que se comprende perfectamente la función de la ideología jurídica como técnica de dominación: se critica *este* derecho porque *este* derecho constituye una técnica utilizada por *este* poder."³⁶

Pero esta crítica no pretende señalar la injusticia capitalista ("esta crítica no es de la justicia de la normas"), ni la "maldad intrínseca del derecho que lo reproduce". Lo que le interesa a la crítica del derecho es la parte no normativa del mismo, la ideología que la normas generan al ser usadas (ideología jurídica).

El análisis del derecho que hace Correas no es sino una explicación "sociosemiológica" de éste, mediante una crítica marxista (a dicho discurso) con el objetivo de mostrar y criticar la ideología jurídica.

Existen diferentes tipos de textos y entre ellos se encuentran los textos jurídicos. Textos en donde coexisten el discurso del derecho y el discurso jurídico, lo que significa, que en estos mismos textos se encuentra la ideología jurídica.

Ahora bien, un texto lo es en razón de, que hay alguien que lo crea, y por supuesto porque hay alguien, que lo toma como tal. De tal suerte, que tanto los lectores como los autores hacen los textos. Pues de nada vale la voluntad del creador del texto si éste

³⁶ Correas Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 135

no es aceptado, identificado por los lectores como tal. En el caso de los textos jurídicos su identificación depende del investigador y de la teoría del derecho aceptada.³⁷

Los textos están compuestos por signos, que no son sino las palabras, esto es, "contrato", "matrimonio", "testamento", son algunos de los signos que componen los textos jurídicos. Sin embargo, siguiendo siempre la teoría crítica de Correas, ampliaremos el término signo a conjuntos de palabras que tienen un significado, tales como "jornada laboral" o "capacidad jurídica", con el propósito, nos dice nuestro autor, de mantener "un nivel de significaciones familiares para los juristas".³⁸

Es claro que las ideas o "contenidos de conciencia" (ideología) se manifiestan en la forma que el lenguaje (sistema de signos, que constituye a los textos) les ha proporcionado. Como ya hemos dicho en este sentido el lenguaje es un sistema formalizador de ideas o contenidos de conciencia.

Sin embargo, nos dice Correas, lo que permite que una ideología que aparece en un lenguaje sea identificada, reconocida por los lectores es el hecho de que existe un "código" que es conocido por dichos lectores. Sin la existencia del código no puede manifestarse ninguna idea o ideología. Para poder transmitir una idea o ideología es necesario que el receptor del mensaje conozca el código del lenguaje que le da forma a dicho mensaje.

Los textos pueden transmitir cualquier ideología, en primer lugar, -nos dice Correas-, porque son coherentes,³⁹ es decir, que

³⁷ Correas, Óscar. *Crítica de la ideología jurídica*, p., 22

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Idem*, p. 32, "Con la palabra "coherencia" aplicada los textos, no quiero significar otra cosa que obediencia a ciertas reglas. Un texto es coherente, en primer lugar, si sus signos están organizados conforme con ciertas reglas preestablecidas y preaceptadas."

son *inteligibles*, claros, comprensibles. tienen un sentido independientemente de, que propaguen una ideología. El mensaje que transmiten los textos es inteligible solo cuando lo es para alguien diferente al emisor, lo cual es posible porque el receptor conoce el código para descifrar dicho mensaje. En este sentido diremos, que los textos son un medio necesario para la transmisión de las ideologías.

Como hemos dicho, una característica indispensable para, que los textos puedan transmitir una ideología es, que sean *inteligibles*. La inteligibilidad de los textos deriva de su "coherencia sintáctica" lo que también convierte a un texto en un producto cultural intersubjetivo.

El lenguaje, como hemos dicho, está constituido de un conjunto de signos que se relacionan entre si, obedeciendo determinadas reglas preestablecidas y preceptadas. La sintaxis entonces, en términos de la teoría crítica de Correas, es el código que posibilita interpretar y entender el mensaje contenido en un texto.⁴⁰

Hasta aquí tenemos, que un texto, para serlo debe contar con un discurso coherente desde un punto de vista sintáctico. Sin embargo, para transmitir un mensaje, lo textos además de la coherencia sintáctica, deben contener otro tipo de coherencia. Coherencia que Correas nombra como "coherencia de sentido, semántica". La semántica se ocupa del estudio del sentido o significado de los signos que contienen los discursos.

⁴⁰ *Ibidem*, "El código constituye en este caso la descripción de las reglas y las reglas para el uso de éstas. Por lo tanto, es otro discurso, previo, que reconoce tanto del productor como el receptor del discurso. Ambos lo reconocen como el conjunto de reglas que se han seguido para disponer de los signos que componen el texto."

La coherencia semántica de los textos, al igual que la sintáctica, va a ser inteligible únicamente en la recepción del mensaje. Que un discurso (mensaje) sea coherente semánticamente depende del orden⁴¹ que le proporcione el código que le antecede, es decir que debe existir una identificación entre el sentido del discurso y el del código que lo descifra. Identidad que es completamente subjetiva: debe haber "alguien" que emita, es decir, que produzca el discurso, quien afirme que el sentido del discurso analizado corresponde con el del código utilizado para descifrarlo. Esta afirmación subjetiva debe ser compartida con otros (intersubjetiva), que también identifiquen la coherencia (sintáctica y semántica) del discurso con la del código utilizado para su análisis.⁴²

En los textos jurídicos, (discurso analizado) podemos encontrar, además de su sentido deóntico, ideologías organizadas en sistemas significantes⁴³. El principio de coherencia de dichos sistemas es proporcionado por la teoría social aceptada (código). "Ese discurso constituirá para nosotros el punto de partida para

⁴¹ *Idem*, p. 35, "El orden no pertenece a los objetos de estudio sino a los instrumentos teóricos producidos para realizar ese estudio. Es decir, el orden es, en realidad, un discurso."

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*, "Llamaremos *sistemas significantes* a conjuntos de enunciados pertenecientes a uno o varios textos, que pueden ser identificados como parte de una unidad conforme con los siguientes criterios. La unidad que proporcionaría la coherencia de sentido a una fracción del continuo discursivo, sería, en primer lugar, construida teóricamente... "Descubrir" el sentido de un discurso, su coherencia, sólo es una forma de habla: en realidad no hay "descubrimiento" sino *identificación* entre sentido del discurso y sentido del código que lo descifra o "descubre". Por otra parte, esta identidad entre discurso y código de recepción es absolutamente *subjetiva*: debe haber "alguien" que recepte, es decir que produzca el discurso que dice que el sentido del discurso analizado corresponde con el del código utilizado... Un sistema *significante* entonces, sería el resultado de atribuir coherencia de sentido a un sector de un complejo discursivo en virtud de que ese sector puede identificarse con el discurso que funciona como código.

construir el código o principio de la coherencia de sentido de los otros discursos incluidos en el discurso del derecho."⁴⁴

Lo que a Correas le interesa mostrar es que los otros discursos presentes en el derecho constituyen sistemas significantes que tienen su origen en la relaciones sociales⁴⁵ y pretenden mostrar dichas relaciones como justas, buenas, etcétera. Al tratarse de sistemas, el reconocimiento (identificación) de tan solo uno de sus elementos por el auditorio del derecho produce, que el discurso (mensaje) de todos los sistemas sea recibido de forma subliminal o inconsciente, de ahí, que Correas, señale, que en los textos jurídicos es posible encontrar -independientemente de su sentido deóntico-, ideologías organizadas en este tipo de sistemas.⁴⁶

Del hecho de que toda ideología no puede existir sino en textos constituidos por signos que pertenecen a un lenguaje en particular, resulta que los límites del lenguaje (que constituye los textos) son los límites de la ideología. Esto -nos dice Correas- tiene una gran importancia, toda vez que la ideología, que se expresa en textos de idioma alemán, francés o español, está limitada por el significado de la palabras de ese lenguaje⁴⁷.

De la misma forma el discurso del derecho solo puede manifestarse mediante las palabras del lenguaje natural y con el significado que la mismas tienen en ese lenguaje. Lo que el

⁴⁴ *Idem*, p. 36 Y 118.

⁴⁵ *Idem*, p. 35, "...el código debe ser, a su vez, construido como cualquier otro discurso. Para lo que a nosotros nos interesa aquí, se trata, el código, de un discurso construido desde el punto de vista de otras ciencias distintas a la ciencia que estudia el sentido normativo del discurso del derecho."

⁴⁶ *Idem*, p. 36

⁴⁷ *Idem*, p. 24 "El tipo de textos que son el objeto de este trabajo, existe bajo la forma de los lenguajes naturales, esto es, del español, el francés o el inglés, que son sistemas formalizadores llamados lenguajes naturales. Estos textos son producidos para ser transmitidos a individuos que conocen el código del lenguaje natural en que se formulan."

Correas pretende entonces es, analizar la ideología del discurso del derecho, que toma forma en los textos, pero que se encuentra limitada por la significación de las palabras que lo componen.⁴⁸

1.4. Conclusiones del capítulo I

1. Partiendo de la idea de que el derecho es un lenguaje o bien, que está formulado en un lenguaje, tanto Tamayo como Correas hacen un análisis de la estructura y operación de éste. Las diferencias entre estos dos análisis derivan principalmente de la teoría que cada uno de estos autores, utiliza para interpretar (leer) los textos jurídicos.

2. Sin embargo es necesario recordar que aun cuando nuestros autores caminan por senderos diferentes, hay un punto en que se encuentran. La teoría kelseniana. Solo que la interpretan de manera diferente. El Kelsen de la teoría analítica es formal, positivista, abstracto, en tanto que el Kelsen de la teoría marxista del derecho es un Kelsen crítico.

Por un lado, Tamayo analiza el derecho mediante la teoría analítica separándolo con precisión de otros conceptos afines, para evitar que se le confunda con conceptos como el de economía, moral o política. Correas, por su parte, analiza el derecho a través de la teoría marxista, haciendo un estudio del derecho en relación con lo económico, lo social y lo político.

⁴⁸ *Idem*, p. 25 "Encontraremos, es la hipótesis, que la ideología creada por el grupo en el poder desfigura las relaciones sociales, enmascarándolas con el significado de las palabras que se usan cotidianamente para hacer referencia a esas relaciones. El "desenmascaramiento" depende, como se adivina, de que pueda justificarse razonablemente que el uso cotidiano de las palabras constituye un uso "incorrecto", o bien, que esas palabras se refieren a ficciones y no a las relaciones sociales a la que pretenden referirse."

3. Como hemos dicho nuestros autores parten de la idea de que el derecho es un lenguaje. El lenguaje es el medio para interpretar, transmitir (dotar) sentido a ciertos actos o signos, el derecho en tanto que es un lenguaje dota de sentido a determinados actos.

Así tenemos que la teoría analítica considera que el derecho transmite un solo sentido, el prescriptivo o deóntico, pues aún cuando Tamayo habla de un enfoque alternativo del derecho, éste es un desdoblamiento de una de las modalidades deónticas, la permisión. Para la teoría crítica el derecho no solo contiene prescripciones, no solo transmite un sentido prescriptivo, sino que, contiene además descripciones y puede transmitir ideologías.

Para terminar tenemos un cuadro comparativo entre los autores fundamentales (Tamayo y Correas) de los que nos ocupamos en este trabajo, con un tercero que es Kelsen.

**CUADRO DE CONCEPTOS BÁSICOS DE KELSEN, TAMAYO
Y CORREAS**

Concepto Autor	Concepto de derecho	Contenidos del derecho		Lenguaje del derecho		Tipos de análisis
Kelsen	Orden Coactivo de la conducta humana	Prescrip- tivo	no prescrip- tivo	Norma jurídica	Regla jurídica	Puramente jurídico
Tamayo	Lenguaje que reduce las opciones opciones del comporta- miento	Imperativo	Alternativo	Prescrip- tivo	Cognos- citivo	positivista analítico forma abstracto
Correas	Discurso que amenaza con La violencia	Deóntico	Ideológico	Discurso del derecho		crítico marxista sociológico concreto

2.1. Sentido prescriptivo del derecho

El derecho como todo discurso transmite un sentido, que va a depender de la manera en la que se use el lenguaje. El sentido del discurso del derecho puede ser -como ya hemos dicho- de dos tipos, el sentido prescriptivo y el sentido descriptivo.

Usar las palabras de una manera determinada produce un cierto sentido, lo que significa que, el sentido de las palabras deriva de su uso, por lo que es posible decir que el sentido prescriptivo del derecho se deriva del uso prescriptivo del lenguaje y el sentido descriptivo va a derivarse del uso descriptivo del mismo.

Que un discurso sea prescriptivo significa que es producido con la intención de hacer que otro haga algo. Este es sin duda el caso del derecho cuya finalidad es influenciar la conducta de los miembros de una comunidad, es decir, hacer que hagan algo.⁴⁹ Esta idea del deber (hacer hacer) ha sido desdoblada, por la lógica deóntica en tres calificativos, modalidades u operadores deónticos: prohibición, permisión y obligación. Así el sentido prescriptivo de un enunciado se otorga mediante estos tres operadores

⁴⁹ Correas Óscar, *Critica de la ideología jurídica*, p. 51

2.1.1. Operadores deónticos

Si la reducción de las opciones del comportamiento, de los miembros de una comunidad determinada, es la característica principal de la existencia del derecho, entonces estamos en la posibilidad de afirmar, que la presencia del derecho significa paralelamente que existen conductas que son prohibidas, obligatorias o permitidas.⁵⁰

El sentido deóntico o prescriptivo del derecho, está constituido, sin duda por la norma, pues es la norma el enunciado en el que se modaliza la conducta,⁵¹ y es además a partir de la cual pueden deducirse las consecuencias jurídicas.

En lo que a la palabra norma se refiere, tomaremos el concepto, que Correas nos propone en su libro de sociología jurídica. La norma jurídica es la descripción de una conducta modalizada deónticamente.⁵²

⁵⁰ Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Trad., Genaro. R. Carrió, Fontamara, México, 1991, p. 7. "La existencia de un orden jurídico en una determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en las que pueden hallarse los miembros de esa comunidad. Por lo pronto, ello posibilita afirmar que hay acciones u omisiones *juridicamente* prohibidas, obligatorias o permitidas...Los mencionados son los predicados deónticos más generales y, en ese sentido, los de más alto nivel."

⁵¹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p.67. "...el único criterio que nos permite determinar lo *debidó*, lo *prohibido*, lo *permitido* y lo *autorizado* es la norma jurídica. Por fuera de las normas jurídicas no es posible caracterizar, mediante modalidades jurídicas -P, Q, F, A-, el comportamiento humano."

⁵² Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, Coyoacán, México, 1994, p.184. "...una norma cualquiera se compone de la descripción de una conducta más un modalizador deóntico..."; Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 225, "Para los juristas el signo "conducta" está en el lugar de la imagen de un movimiento humano, aunque en algunos casos la conducta es, más que un movimiento, un discurso, como en el caso de la injurias o la "autoría intelectual" de delitos. Este sentido es adjudicado a dos referentes distintos: por una parte,

La teoría analítica del derecho, a diferencia de la teoría crítica, cuando habla de las normas se ocupa preferentemente de la modalización de la conducta (operadores deónticos) y no de la conducta modalizada (la descripción de la conducta), la cual es ampliamente estudiada por la teoría crítica del derecho y de la que nos ocuparemos en el siguiente inciso de este mismo capítulo.

Cuando se habla de la norma en términos de lógica deóntica es posible equiparar las modalidades deóntica con las modalidades lógicas. Incluso puede hacerse uso de símbolos (fórmulas) para representar la modalización de una conducta determinada.

Tales símbolos pueden representar cualquier norma. Para la permisión se utiliza la fórmula: Pp , donde "p" simboliza la descripción de cualquier conducta y "P" simboliza la modalidad deóntica de permisión y se lee como "permitido p". Para la prohibición se utiliza la fórmula: PHp , donde "p" de igual forma, simboliza la descripción de cualquier conducta, y "PH", la modalidad deóntica de prohibición, y debe leerse como "prohibido p". Por último, para la obligación se utiliza la fórmula: Op , en donde "p", simboliza la descripción de cualquier conducta y "O", simboliza la modalidad deóntica de obligación, y se lee como "obligado p".⁵³

De acuerdo con la teoría de Tamayo, puede decirse que la función prescriptiva de las normas jurídicas deriva de la manera en que éstas prohíben el comportamiento, (PHp). Cuando una

"conducta" denota esa descripción que es modalizada deónticamente en la prescripción, y por otra parte denota una porción del mundo exterior."

⁵³ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de Filosofía*, pp. 72 y ss.

conducta es considerada, por una norma jurídica, como condición "relevante" de una sanción, se dice que la norma prohíbe tal conducta. Si la conducta prohibida es la condición de una sanción, la conducta contraria, (la que evita la sanción), es la conducta obligada (Op). La realización de la conducta prohibida que será lo mismo que la omisión de la conducta obligada por la norma se traduce en el incumplimiento (delito, hecho ilícito, etcétera), que es la condición "relevante" de la sanción. Ahora, la norma al establecer sanciones, permite (Pp), faculta a determinados individuos a ejecutar o aplicar la sanción contra otros individuos. Por otro lado, nos dice Tamayo , aquellos actos que no están prohibidos (P), obligados (O), ni permitidos, (F), son actos autorizados (permisión débil). La norma jurídica, entonces, es el único medio para determinar lo prohibido, obligado, permitido y facultado .⁵⁴

Hasta aquí tenemos, que es posible representar, cualquier norma mediante fórmulas. Ahora veremos si es posible obtener consecuencias jurídicas de una manera lógica.

⁵⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 64-67. "... si los comportamientos prohibidos resultan del hecho de que cierta sanción se impute a cierta condición -la cual establece una condición relevante-, las demás modalidades jurídicas del comportamiento humano también resultan, del hecho de que cierta sanción se encuentre establecida como consecuencia. Si la condición relevante es la conducta prohibida, la conducta contraria, es decir, la conducta que evita la sanción, es la conducta obligada, la que constituye un deber... Por otro lado, al establecer sanciones, las normas jurídicas permiten -habilitan o facultan- a ... cierto órgano a aplicar los actos de coacción previstos..., todos los actos que en última instancia son completados por los actos de ejecución de sanciones, son jurídicamente permitidos o facultados...De lo anterior podemos concluir, primeramente, que no existe ningún comportamiento humano que no pueda ser caracterizado, el menos por una de las anteriores modalidades...En segundo lugar, que el único criterio que nos permite determinar lo debido, lo prohibido, lo permitido y lo autorizado es la norma jurídica."

Los juristas, nos dice Tamayo utilizan la expresión "se sigue lógicamente" como equivalente de la expresión "se sigue jurídicamente".⁵⁵ Sin embargo esta equivalencia no es del todo apropiada. Las consecuencias jurídicas se distinguen de la consecuencias lógicas, en razón de que éstas no son necesarias ni concluyentes. Esto es, que dichas consecuencias jurídicas lo son en tanto que los tribunales no dictaminen otra cosa, es decir, que dichas consecuencias dejen de formar parte del sistema normativo. Otro aspecto que distingue a las consecuencias jurídica de las lógicas es, que las primeras, nos dice Tamayo, no son conclusiones lógicas, sino soluciones prácticas a cuestiones jurídicas. Mediante las consecuencias jurídicas se da una respuesta (jurídica) a un problema práctico.⁵⁶

⁵⁵ Tamayo, *Razonamiento y Argumentación Jurídica*, UNAM, México, 2003 pp. 156 y 157. "Los juristas habitualmente sostienen que *dd* es todo aquello que se sigue lógicamente de *d*. Esta afirmación, sin embargo, no es del todo exacta. Primeramente, que alguna cosa se consecuencia jurídica no significa que se una consecuencia lógica. Puede ocurrir que algo se siga lógicamente de *d* y no sea parte de *dd*. Puede darse que, de hecho, una consecuencia jurídica se siga lógicamente de *d*, pero, en realidad es parte de *dd*, no en razón de una de las reglas de la lógica (proposicional, modal o deóntica), sino en virtud de las reglas (metarreglas) de interpretación (i.e., de hermenéutica jurídica). De ahí resulta que una consecuencia jurídica es tal, únicamente porque se sigue jurídicamente de *d*...la jurisprudencia (i.e., sus reglas de hermenéutica) ha hecho propio número considerable de reglas lógicas (de la lógica proposicional clásica, así como de otras). Esto permite, en realidad, que se usen medios lógicos para su expresión, su descripción, así como para su prueba. Pero esto es así solo porque aquí "lógica" y "reglas hermenéuticas" coinciden."

Para efecto de que el párrafo anterior sea claro es necesario establecer, que conforme a la teoría del doctor Tamayo, *d* es una variable que representa, al conjunto de normas jurídicas que pertenecen aun determinado sistema normativo *D* y que *dd* significa el conjunto de consecuencias jurídicas de *d*.

⁵⁶ *Idem*, p. 157, "Un argumento que me parece apropiado recordar es que las consecuencias jurídicas tienen un carácter *prima facie*. Que las consecuencias jurídicas tengan tal carácter significa que son las consecuencias mientras los tribunales (en última instancia) no decidan lo contrario. En razón de si carácter *prima facie*, el destino de la consecuencia normativa presenta una triple posibilidad: (1) Desaparece de *dd* (y, por tanto de *D*). Esto sucede cuando la cuestión jurídica se resuelve de forma diversa (deja de ser consecuencia *prima*

Estos argumentos nos permiten, -en términos de la teoría analítica-, distinguir las consecuencias normativas de las inferencias lógicas. Esto sin embargo -dice Tamayo- no significa que no pueda aplicarse la lógica a los enunciados jurídico, a los enunciados usados por los juristas para describir el derecho y sus consecuencias (discurso jurídico), en tanto que dichos enunciados tienen propiedades lógicas, en el sentido, que pueden ser verdaderos o falsos. Ni tampoco intentan negar la existencia de una lógica que establezca alguna relación entre los modalidades deónticas.⁵⁷

El desarrollo de la lógica deóntica -nos dice Correas- ha contribuido -mediante los operadores deónticos- a un reconocimiento -desde un punto de vista semántico- más preciso

facie); (2) Se convierte en parte de *d*. En este caso la consecuencia es aplicada precisamente en esta forma por parte de los órganos aplicadores del derecho; (3) Continua siendo una consecuencia *prima facie* de *d*.”

⁵⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, pp. 158 y 159. “Ahora bien, si la inferencia de validez, es decir la “inferencia” de consecuencias normativas, constituye el problema de la jurisprudencia, la cuestión sustancial no es un problema que atañe a la lógica. Posiblemente la tarea de “construir” consecuencias es similar o, incluso, análoga, a la obtención de inferencias lógicas, pero, un si los mecanismos (hermenéuticos) de la “inferencia” jurídica son tan rigurosos y severos como los de la inferencia lógica (la única verdadera inferencia), sus reglas de “construcción” de consecuencias no pertenecen a la lógica. Sin embargo, esto no significa que la lógica no se aplique a los enunciados jurídicos, a los enunciados usados por los juristas para describir el derecho y sus consecuencias. Estos enunciados, contrariamente a lo que sucede con las normas jurídicas, tiene propiedades lógicas y pueden ser verdaderos o falsos. Ni tampoco quiere decir que no exista una lógica que establezca ciertas relaciones entre los operadores deónticos ... De lo anterior expuesto resulta que es verdaderamente una metáfora decir que en el proceso de obtención de “normas subsidiarias”, i.e., de obtención o “construcción” de soluciones, intervengan reglas de inferencia lógica. La determinación del derecho aplicable no opera de conformidad con propiedades o valores lógicos.

No sería problema llamar “lógica” a estas reglas de construcción de consecuencias normativas; posiblemente, “lógica jurídica”...Sin embargo, esto genera grandes equívocos y confusiones.”

de los discursos precriptivos.⁵⁸ Los operadores deónticos –nos sigue diciendo Correas, no son más que palabras que modifican el significado de los verbos y por tanto de los enunciados, por ejemplo: el padre y la madre reconocen a sus hijos, si a esta frase le agregados el operador “obligatorio” cambiaremos su sentido, de descriptivo a precriptivo. El padre y la madre **están obligados a reconocer a sus hijos**. Esto significa que los enunciados prescriptivos son aquellos que pueden ser reescritos utilizando alguno de los operadores deónticos.

La función de los operadores deónticos, entonces, consiste en modalizar (de ahí que también se les llame modalidades deónticas), poner de otro modo al verbo y por lo tanto al enunciado, transformar una descripción en prescripción, “transformar un enunciado de ser en uno de deber”.⁵⁹

Las prohibiciones y las obligaciones –dice Correas- siempre se manifiestan de manera expresa en los textos jurídicos, cosa que no sucede con la permisión, pues existen normas en las que no se prohíbe, no se obliga, ni se permite expresamente ninguna conducta. Bajo la idea de que lo que no está prohibido está permitido, suponemos, que las conductas no mencionadas en las normas son conductas permitidas. A este tipo de permisión (conductas no mencionadas en las normas) se les conoce–según Tamayo-, como permisión débil –permisión tácita o autorización-, en oposición a la permisión fuerte –expresa-.

⁵⁸ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, Fontamara, México, 1997, p. 158.
Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, M.J.Bosch, Barcelona, 1995, p. 53.

⁵⁹ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, pp., 54-56.

Los operadores deónticos, nos dice Correas, son conceptos "interdefinibles", es decir, que se definen por lo otros, como si se tratará de formulas matemáticas.

La prohibición y la obligación, según Correas, son los conceptos base de la lógica deóntica, sin embargo, la segunda se reconoce en la primera, esto es, que "el derecho es en última instancia la prohibición. El derecho existe desde el momento en que se prohíbe al menos una conducta. Por eso en última instancia, lo obligatorio es que alguien desencadene la violencia contra el violador de la prohibición."⁶⁰

El análisis lógico del derecho, dice Correas, es un instrumento bastante útil, sin embargo es importante aclarar que esas fórmulas matemáticas no son derecho. El derecho "sigue sucediendo en la calle y no en los laboratorios"⁶¹. El uso del análisis lógico permite creer que se ha creado una ciencia jurídica apolítica, que se limita a la descripción de las normas, sin darse cuenta de que al describir una norma se le califica como válida, lo que conlleva la legitimación de su productor como el autorizado para establecer las conductas obligatorias, prohibidas y permitida.⁶²

Que el derecho sea un discurso prescriptivo significa que se produce con la intención de influir en la conducta de otro, -estableciendo conductas, prohibidas, obligadas y permitidas- pero lograr dicha influencia no es cosa fácil, por ello para lograrlo es necesario hacer uso de un elemento muy persuasivo: la coacción.

⁶⁰ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p.57.

⁶¹ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p. 157

⁶² *Idem*, p. 158.

2.1.2. El carácter coactivo del derecho

Decir que el derecho tiene un carácter coactivo, significa que establece, a través de sus normas, actos coactivos (sanciones) como consecuencia de las condiciones que ha determinado. Entonces el derecho es un orden coactivo en la medida que utiliza sanciones, que son impuestas "objetivamente", esto es, aun en contra de la voluntad del destinatario e incluso, de ser necesario haciendo uso de la fuerza física. Este es uno de los rasgos más característicos del derecho, que permite distinguirlo de otros órdenes sociales.⁶³

⁶³ Kelsen, Hans, *teoría pura del derecho*, pp. 46-48. "Otra nota común de los sistemas sociales designados como "derecho", es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal)...Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica...En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción -es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física- es el criterio decisivo... Tan pronto aparece el acto coactivo estatuido por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden, el acto coactivo adquiere el carácter de una sanción."

Kelsen, Hans, *Teoría General del derecho y del estado*, Trad., Eduardo García Maynez UNAM, p. 21. "El daño aplicado al violador del orden cuando la sanción está socialmente organizada, consiste en la privación de ciertas posesiones: vida, salud, libertad o propiedad. Como las posesiones le son quitadas contra su voluntad, esta sanción tiene el carácter de medida coactiva. Lo anterior no significa que al aplicar la sanción tenga que hacerse uso de la fuerza física. Ello es necesario únicamente en el caso de que al aplicarse la sanción haya resistencia del sujeto sancionado...Un orden social que trata de provocar la conducta deseada mediante el establecimiento de esas medidas recibe el nombre de orden coactivo. Tiene este carácter porque amenaza los actos socialmente dañinos con medidas coercitivas y aplica tales medidas. Como tal, difiere de todos los otros órdenes sociales posibles - aquellos que establecen la recompensa más bien que el castigo como sanción y, especialmente, los que no establecen sanciones en absoluto y descansan en la técnica de la motivación directa. En contraste con los órdenes que establecen medidas coactivas como sanciones, la eficacia de los demás no se apoya en la coacción, sino en la obediencia voluntaria."

Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 64 "Una de las características de la norma jurídica es el hecho de que el comportamiento

2.1.2.1. La reducción de las opciones del comportamiento (Tamayo)

No cabe duda –nos dice Tamayo– que una de los rasgos más característicos del derecho, es la reducción de las opciones del comportamiento de los miembros de una comunidad determinada. La función del discurso llamado derecho es provocar una cierta conducta (hacer hacer) de los individuos. Hacer que realicen ciertas conductas que por alguna razón se consideran benéficas para la sociedad, y así mismo que omitan la realización de otras que son consideradas como perjudiciales para la misma. Provocar cierto comportamiento de los destinatarios de dicho discurso, motivar la conducta humana (“conducta socialmente relevante”). Pero motivar el comportamiento humano, nos dice Tamayo, no es fácil⁶⁴, para lograr que un individuo se comporte conforme a la voluntad de otro, es menester contar con elementos muy persuasivos, que permitan alterar su cuadro de motivaciones. El problema, nos sigue diciendo Tamayo, se incrementa, cuando se pretende alterar no el comportamiento de un solo individuo sino de un grupo, razón por la que el elemento necesario para alterar

que imputa a la condición constituye un acto de *coacción*. Por acto de coacción se entiende un daño –tal como la privación de la vida, de la libertad, del patrimonio, etcétera–, que se impone *objetivamente*, es decir, aun contra la voluntad del destinatario –y, si es necesario, mediante el uso de la fuerza física... La sanción... no es un mero accidente de la norma jurídica; por el contrario, la sanción es un elemento esencial a la consecuencia normativa, elemento esencial que hace posible la regulación jurídica del comportamiento humano. En efecto, el establecimiento de las sanciones es lo que permite la función prescriptiva de las normas jurídicas.”

⁶⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 68. “El comportamiento humano es un fenómeno que resulta de numerosos motivos tan persistentes (vgr. Bioquímicos, ecológicos, etcétera), que es muy difícil ya no suprimir sino, simplemente, atenuar su función motivadora.”

la motivación de los individuos, además de ser altamente persuasivo, debe ser también "estándar", es decir que dicho elemento motive por igual o por lo menos de forma parecida a un grupo de individuos más o menos grande.⁶⁵

Al respecto nos dice Kelsen, que la motivación puede ser de dos tipos, directa o indirecta. Un orden social puede vincular alguna ventajas a la realización de la conducta deseada y ciertos perjuicios a la omisión de dicha conducta, y así provocar el deseo de las ventajas ofrecida o el temor de los perjuicios establecidos.⁶⁶

En la organización de grupos, observa Kelsen, solo se toma en cuenta un método para lograr la conducta deseada y ese es la amenaza, la técnica del castigo. La técnica de la recompensa juega un papel importante solo en las relaciones privadas de los individuos.⁶⁷

2.1.2.2. La técnica del castigo o el derecho como discurso que amenaza con violencia (Correas)

El derecho, nos dice Tamayo, hace uso de la técnica del castigo, para motivar el comportamiento humano, utilizando esencialmente una pena que técnicamente se denomina "sanción".

⁶⁵ *Idem*, p. 68; Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, P. 17.

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 18. "La conducta conforme al orden establecido es ejecutada a través de una sanción estipulada por el mismo orden. El principio de la recompensa y el castigo -o principio de retribución-, fundamental para la vida social, consiste en ligar la conducta que se ajusta al orden establecido y la contraria a éste, con la ventaja prometida o con el perjuicio objeto de la amenaza, considerados como sanciones."

⁶⁷ *Idem*, P. 21.

La sanción es el instrumento del que se sirve el derecho para provocar un determinado comportamiento. La sanción persuade a los individuos a que se comporten conforme al deseo de aquellos que establecen las normas. *"La fuerza o la violencia (contenida en la sanción) se convierte en el elemento de persuasión que provoca comportamientos humanos sociales en direcciones altamente previstas."*⁶⁸

Existen muchos discursos prescriptivos en la sociedad, pero de entre ellos podemos distinguir un tipo especial. Los discursos que amenazan con violencia, que amenazan con la aplicación de una sanción, que utilizan la técnica del castigo, e incluso, de ser necesario la violencia física contra los desobedientes.⁶⁹

De conformidad con lo anterior es fácil percatarse de que el derecho es un discurso que amenaza con violencia. Violencia, que -según Tamayo-, puede ser de dos tipos: violencia autorizada. "debida" y violencia prohibida.

⁶⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p.70; Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 27 y 28. "No conocemos exactamente qué motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas...Lo único que podemos hacer son conjeturas más o menos plausibles. Muy probablemente, sin embargo los motivos de la conducta conforme al derecho no son únicamente el temor a las sanciones jurídicas o incluso la creencia en la fuerza obligatoria de las normas de aquél. Cuando las ideas morales y religiosas en un individuo corren paralelamente al orden jurídico a que él mismo está sometido, su conducta jurídica se debe a menudo a esta ideas morales y religiosas. También pueden ser un motivo para obrar de acuerdo con el derecho ciertos beneficios que en modo alguno están determinados por el orden jurídico...un beneficio ligado de hecho a la conducta conforme a la ley, y el deseo de obtener tal beneficio es a menudo el motivo de dicha conducta."

⁶⁹ Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Ediciones Coyoacan, México, 1994, p. 62 Y 63. "...cuando hablamos de discursos prescriptivos que amenazan con el uso de la violencia, debemos entender por esto último la representación de un mal en los términos en que socialmente se distribuyen las bondades o el perjuicio a determinados eventos."

"...es fácil percatarse de dos tipos de violencia que el derecho contempla: *los actos de coacción que tienen el carácter de sanciones y los actos de coacción que no tienen este carácter.* Esto es, la violencia que se presenta en los órdenes jurídicos aparece como sanción, o bien no teniendo el carácter de sanción. No obstante, la conducta que no aparece como sanción, recibe, decíamos, una cierta interpretación en estricta relación con ella. Hemos visto, que de acuerdo con la función prescriptiva del orden jurídico, existen actos prohibidos, debidos, facultados y autorizados, según la manera en que se relacionen con la sanción. Ahora bien, si nosotros aplicamos este criterio a los actos de fuerza o violencia, resulta que hay violencia prohibida, violencia debida, facultada o autorizada. Esto nos lleva a señalar una situación paradójica: *el orden jurídico, en tanto orden coactivo, regula la violencia mediante el uso de la violencia.* En efecto, el desarrollo de los órdenes jurídicos, desde épocas primitivas hasta la actualidad en el Estado contemporáneo, manifiestan, en lo que a la violencia se refiere, una tendencia que es común a todos los órdenes jurídicos: la tendencia constante de reducir el uso de la violencia *a solo la ejecución de sanciones socialmente organizadas.* En efecto, existe la tendencia, que aumenta gradualmente, de prohibir el uso de la violencia realizada por un individuo contra otro individuo miembros de la comunidad. El uso de la violencia se prohíbe haciéndola condición de una sanción...el uso de la violencia es generalmente prohibido salvo cuando es una sanción contra una conducta considerada perjudicial para la comunidad."⁷⁰

⁷⁰ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 72 Y 73. "Es importante señalar que la violencia como sanción (stricto sensu), generalmente, no es una reacción mecánica o refleja. Por el contrario, la violencia contenida en la sanción establecida conscientemente por el legislador (lato sensu) es realizada a través de actos conscientes de los órganos especializados. En cambio, la violencia que no tiene el carácter de sanción (stricto sensu) ocurre, generalmente, como respuesta a ciertos estímulos naturales."

El concepto de violencia, nos dice ahora Correas, debe utilizarse cuidadosamente. debe entenderse conforme a un contexto, lo que quiere decir, que lo violento puede ser algo diferente a la fuerza física, según la concepciones de la sociedad de que se trate.⁷¹

La amenaza de la violencia, nos sigue diciendo Correas, generalmente, se encuentra oculta en el discurso. Más que eso, debemos entender que la violencia no es un simple apoyo del derecho, sino que es el derecho mismo, o lo que es lo mismo, el derecho es un discurso organizador de la violencia. El derecho es un discurso a través del cual, la sociedad –quienes lo imponen- establecen quienes son los encargados de ejercer la violencia cuando sea necesario. Sin embargo no se expresa así en el discurso, es necesario buscar dentro de él para encontrar dicha violencia, de ahí que se diga que ésta se encuentra oculta en el discurso.⁷²

⁷¹ Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, p. 65.

⁷² *Idem*, p 66 Y 67. "...hay que saber encontrar el tramo en que está la violencia agazapada. Tomemos por ejemplo el más típico caso de un derecho subjetivo,...la facultad de interponer una demanda. ¿Dónde está la amenaza u organización de la violencia en este caso?. Sin duda no está en el código de procedimientos donde se legisla esta facultad. Sin embargo hay otras normas del mismo código, o tal vez de la ley orgánica de los tribunales, que dicen que el juez está obligado a aceptar la demanda. Bien, pero aún así ¿dónde está la violencia?...La violencia está allí donde se establece qué debe sucederle al juez que rechaza la demanda, lo cual suele estar en el código penal en la sección en que se establecen las penas para los funcionarios que incumplan con sus deberes. Pero aún así ¿dónde está la indicación del funcionario encargado de ejercer la violencia? Está en otra parte: en las normas que establecen quién es el encargado de iniciar, y a solicitud de quién, el debido proceso contra el juez, y establecen también quien será el encargado de aplicar las sanciones si el encausado resulta culpable...Pero aún así ¿dónde está la violencia? En realidad hay aquí una jerarquía de funcionarios que están todos amenazados por el mismo artículo del código penal sobre el incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos. Y precisamente eso quiere decir que este discurso que llamamos "derecho" organiza el ejercicio de la violencia. Es navegando en este entramado prescriptivo que encontramos la violencia que amenaza a los funcionarios que no reciben la demanda. Hay artículos que establecen claramente

Existen en la sociedad muchos discursos prescriptivos que amenazan con violencia, sin embargo, de entre ellos podemos distinguir unos que se encuentran autorizados, que son producidos por actores sociales (funcionarios públicos) específicos que se encuentran facultados (autorizados) para producirlos.⁷³

quién debe ejercer la violencia contra el juez incumplidor y cómo deben hacerlo. Claro está, también sobre esos funcionarios pende la amenaza –están “obligados” decimos– si no producen las conductas que se espera de ellos. Es decir, el discurso del derecho esconde la violencia y hay que aprender a encontrarla si queremos distinguir una norma jurídica de otra cualquiera: la facultad de presentar una demanda que acuerda el código de procedimientos, en realidad quiere decir que hay un funcionario obligado –amenazado también– a ejercer la violencia contra el funcionario que rechaza la demanda cuya recepción constituye su obligación. Esto quiere decir “organización de la violencia”.

⁷³ Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 63. “Es derecho el discurso producido por quien el mismo derecho autoriza a producirlo...si el que produce el discurso tiene la facultad de producirlo, es decir si está autorizado por el discurso del derecho aceptado previamente, entonces ese discurso es del derecho...La mayoría de los productores de derecho son los funcionarios de la administración pública y los propios ciudadanos...Todos estos productores de derecho pueden tipificarse así:

- El legislador: todos los sistemas jurídico establecen expresamente quienes son los actores sociales autorizados para producir normas de obediencia generalizada para todos o algunos de los miembros de una misma comunidad...
- Los funcionarios de la administración pública:..Se trata del tipo de órganos que van desde los secretarios de estado o ministros, hasta los humildes empleados pasando por los temibles policías.
- Los jueces:..Las resoluciones que producen en cumplimiento de su obligación de producirlas constituyen, conforme con nuestra caracterización, discurso del derecho.
- Los particulares autorizados: los ciudadanos comunes son, por excelencia, los últimos destinatarios del mensaje del derecho. Sin embargo en un buen número de casos son también funcionarios autorizados para producir un gran número de normas, como en el caso de los contratos, de la delegación de autoridad que el derecho realiza a favor de los padres, tutores y maestros, y, finalmente, en los casos en que incluso pueden convertirse en policías cuando están autorizados a detener delinquentes *in fraganti*.”

Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, p. 64. “Que otro discurso anterior autoriza el discurso posterior, quiere decir que el primero tiene el *sentido* de que el sentido a su vez producido por cierto actor social, *debe ser* obedecido so pena de ejercer la violencia contra el destinatario de la prescripción si no odebece. El discurso autorizado, desde luego, se produce en un contexto social de *ejercicio*

Es importante recordar que los funcionarios son una creación del discurso jurídico. Un individuo no es funcionario en razón de alguna virtud o característica personal, sino porque un discurso prescriptivo ha autorizado previamente, a otro individuo (funcionario) para que lo designe como tal. "Un juez es funcionario porque una ley orgánica del poder judicial autorizó al parlamento a designarlo. Tanto la ley como la designación del parlamento son *discursos prescriptivos autorizados*."⁷⁴

Que el derecho sea un discurso autorizado significa en primer lugar, que está producido, por quien está autorizado para hacerlo, "...sólo si el contenido deóntico del mismo está previsto como el contenido que ese funcionario puede producirlo."⁷⁵ En segundo lugar tenemos que un discurso será derecho en la medida en que su sentido, sea el de constituir una norma y que además derive de otra norma.⁷⁶

El hecho de que una norma superior otorgue sentido a otra, deja al productor de dicha norma (norma que autoriza a producir otras normas) en la posibilidad de decidir cual es la parte vinculante y cual no (determinar la conducta obligada, prohibida o

del poder que hace indudable que hay un conjunto de individuos que detentan el monopolio de la violencia social."

⁷⁴ *Idem*, P. 67.

⁷⁵ Correas, Óscar, *Critica de la ideología jurídica*, pp. 66-68, ... *Introducción a la sociología jurídica*, p. 64, "...entre todos estos discursos podemos distinguir unos que son producidos por ciertos actores sociales a quienes otro discurso anterior los ha facultado para producirlos. Que otro discurso anterior autoriza el discurso posterior, quiere decir que el primer tiene el sentido de que el sentido a su vez producido por cierto actos social, debe ser obedecido so pena de ejercer la violencia contra el destinatario de la prescripción si no obedece."

⁷⁶ *Idem*, P. 67. "Esto quiere decir que el derecho, además de amenazar con violencia y de ser producido por el funcionario autorizado, es un discurso cuyo sentido está preestablecido por otra norma, que deja a la voluntad del autorizado precisar la norma querida."

permitida, así como la sanción). No es posible prescindir de la voluntad del productor de la norma. Pero esto no es lo único que depende de la voluntad del productor del derecho, pues el carácter prescriptivo depende también de dicha voluntad, lo que hace que un discurso sea prescriptivo es que *"sea producido con la intención de dirigirse a la conducta de otro para determinarla amenazándolo con la violencia"*⁷⁷. Establecer qué es derecho y qué no, depende del hecho de que los receptores del discurso lo acepten como tal, aceptando que quienes lo producen, están autorizados, son los que deben producirlo.

Hasta aquí tenemos que el discurso del derecho es: "un discurso prescriptivo, que organiza la violencia, producido por un funcionario pero sólo si el discurso tiene el sentido autorizado en la fracción o texto producido como "vinculante."⁷⁸

El derecho como organizador de la violencia, está dirigido en primer lugar, a los funcionarios que deben ejercer la fuerza contra los infractores, sin embargo es claro que el receptor (destinatario) del discurso, es el sujeto amenazado, pero es importante recalcar que dicha amenaza vale tanto para los ciudadanos como para los funcionarios. Como hemos dicho, el derecho indica cuáles miembros de la comunidad deben ejercer la violencia, cómo, cuándo y en qué medida, sin embargo al indicarlo de una manera subrepticia, transmite "ideologías de aceptación, como justas, de las relaciones sociales descritas en su sentido ideológico."⁷⁹

⁷⁷ Correas, Óscar, *Critica de la ideología jurídica*, p 69.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ *Idem*, P. 57. "A menos de estar siempre en guardia a partir de una actitud crítica, el derecho puede aparecer como un discurso inocente, organizador de conductas

2.2. Sentido descriptivo del derecho

El discurso denominado derecho puede transmitir dos tipos de sentidos diferentes. Un sentido descriptivo y un sentido prescriptivo. En el anterior inciso nos hemos ocupado del sentido prescriptivo del derecho, la parte deóntica. Pues bien, ahora vamos a ocuparnos del otro sentido, el descriptivo o la parte ideológica del derecho.

En primer lugar nos vamos ocupar del análisis que Tamayo hace de los efectos (pragmáticos) del lenguaje jurídico, respondiendo fragmentariamente, como él mismo dice, a la pregunta: 'cómo se comporta el "auditorio" del discurso jurídico'.

2.2.1. Lenguaje demiúrgico del derecho⁸⁰ (Tamayo)

A lo que Tamayo se refiere con la expresión lenguaje demiúrgico del derecho es que pareciera, que es suficiente la sola pronunciación de ciertas palabras, para producir efectos jurídicos. Esto, basado en la difundida creencia de que mediante el derecho se atribuyen consecuencias o efectos jurídicos a cierto tipo de actos. Incluso cuando los juristas hacen uso de las expresiones jurídicas (facultad, obligación, capacidad, etcétera), se refieren a

socialmente benéficas, que parece dirigirse a los ciudadanos ofreciendo posibilidades de producción de conductas escondiendo su rostro represivo; pero es sólo una maniobra diversionista: la violencia organizada está allí, al servicio de quien pueda hacerla funcionar utilizando la legitimidad que le presta este discurso represivo."

⁸⁰ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp. 420-430.

éstas como si existieran realmente, como si tuvieran un referente empírico, como si contáramos con una definición ostensiva de ellas, siendo que es obvio que los derechos, facultades, etcétera no forman parte del mundo sensible. Sin embargo resulta habitual pensar que los derechos, por ejemplo, son transmitidos y que las facultades, son conferidas. Pero lo extraordinario, dice Tamayo, es que dicha trasmisión se realiza a través de declaraciones verbales.

Al utilizar el lenguaje, de esta forma, pareciera que nos desenvolvemos en una realidad parecida al mundo sensible. Sin embargo -nos dice Tamayo siguiendo a Olivecrona-, esta "creación lingüística", parece no molestar en lo más mínimo a los usuarios del lenguaje. Porque les parece natural decir lo que dicen, porque conocen el significado de las expresiones del lenguaje, porque comparten un código. Sin embargo es necesario preguntarse a que se debe que los hablantes no se sientan incómodos ante esta situación, y cómo es que se ha originado esta aparente virtud creadora del discurso jurídico.

En cuanto al origen del carácter demiúrgico del derecho, nos dice Tamayo, -siguiendo a Hägerström- que los conceptos romanos *ius*, *dominium*, *possessio*, etcétera son conceptos mágicos. Con esto no se intenta sostener que la naturaleza del derecho es mágica, sino solo resaltar, que la manera de operar del derecho es igual a la de los actos mágicos. "Los actos sacramentales, los recitativos, en cierto momento, se

volvieron fórmulas procedimentales. A partir de entonces los "actos jurídicos" producen los efectos esperados."⁶¹

Esta virtud creadora del derecho, ha llevado ha diversos autores a distinguir entre enunciados locucionarios e ilocucionarios. Los primeros son enunciados que, dicen algo, en tanto que los segundos, hacen parecer que al decir algo, se producen, se hacen, se realizan cosas. Existen ciertas expresiones que, aparentemente, con el solo hecho de ser pronunciada producen algo. "Vendo mi casa", "compro un auto", "faculto a". Pareciera que mediante este tipo de expresiones no se dice algo, sino que se hace algo.

"Austin sostiene que estas expresiones constituyen la realización (*performance*) de una acción y no se limitan a decir algo y, consecuentemente, no pueden ser ni verdaderas ni falsas.

Para expresar esta diferencia, John L. Austin acuñó el término 'realizativo' para distinguir estas expresiones de los enunciados constatativos".⁶²

Los enunciados constatativos son enunciados locucionarios, que únicamente informan lo que un individuo hace y no contienen verbos que indique funciones, tales como; vendo, acepto, etcétera, como sí los contienen la expresiones ilocucionarias. La diferencia depende, según nos dice Tamayo, siguiendo a Alf Ross, de los medios lingüísticos que se utilicen.

Austin por su parte, -nos dice Tamayo-, hace una clasificación de los verbos ilocucionarios en cinco grupos:

⁶¹ *Idem* pp., 438 y 439, "El origen mágico y cabalístico del derecho se aprecia claramente en el efecto de su discurso. *Ius* implica intervención humana; sí, pero mágica; creado por el hombre pero protegido por los dioses..."

⁶² *Idem*, p. 424

"(1) veredictivos (típicos de los veredictos), tales como 'absolver', 'condenar', 'declarar'; (2) ejercitativos (en que se hace uso de facultades, derechos), tales como 'nombrar', 'legar', 'conceder', 'revocar', 'otorgar'; (3) compromisorios (típicos en la autoimposición de obligaciones), tales como 'prometer', 'obligarse', 'aceptar'; (4) comportativos (relacionados con actitudes sociales), tales como 'disculparse', 'felicitar', 'condolerse'; y (5) expositivos (que explican el uso de nuestras expresiones), tales como 'afirmar', 'responder', 'admitir'. Es fácil observar que las tres primeras clases de verbos ilocucionarios son usados, sobre todo en el discurso jurídico. Este hecho, señala Alf Ross, refleja una distinción fundamental que se desvanecía en la exposición de Austin. Estos tres tipos de verbos ilocucionarios se componen, sigue diciendo Ross, "de aquellos que son nombres de actos normativos."⁸³

La diferencia entre enunciados locucionarios e ilocucionarios depende -dice Tamayo- de los medios lingüísticos utilizados. En el caso del derecho, entonces, su carácter demiúrgico dependerá, de los verbos ilocucionarios (veredictivos, ejercitativos y/o compromisorios) que contenga.

Uno de los problemas más grandes de los teóricos del derecho, según nos dice Tamayo, es el de describir, -mediante enunciados descriptivos- los "hechos" jurídicos. Lo extraordinario es que dichos hechos que se manifiestan mediante el lenguaje (actos de habla), producen lo que, Tamayo denomina como, "entes" jurídicos. Siguiendo a Austin diríamos que dichos entes jurídicos aparecen en razón de que, en dichos enunciados se utilizan algunos verbos ilocucionarios.

⁸³ *Idem*, p, 427

Los "entes" jurídicos, entonces, dice Tamayo, son creados por palabras. Palabras que son dichas bajo circunstancias determinadas, por alguien específico, autorizado para hacerlo.⁸⁴

Para que pueda existir un "ente" jurídico, dice Tamayo, (derecho, obligación, facultad, etcétera), es necesario que exista una norma que determine las condiciones necesarias de acuerdo con la cual dicho "ente" se produce.⁸⁵ Es entonces en la norma (o en un tipo particular de norma)⁸⁶ donde se encuentra el carácter "ilocucionario", "demiúrgico" del discurso jurídico.

Existen diferentes tipos de normas. Unas que establecen obligaciones y prohíben (la cuales, según nos dice Tamayo, no muestran claramente el carácter constitutivo del derecho) y otras que confieren facultades, que otorgan derechos, en este tipo de norma se observa fácilmente el carácter demiúrgico del discurso jurídico.⁸⁷

Esta diferenciación de normas, no significa que haya diferentes proposiciones normativas, sino que la normas "crean"

⁸⁴ *Idem*, p. 439, "...Desde el punto de vista metafísico, los derecho, los deberes y todo lo jurídico, pertenece a una esfera suprasensible, son "entes" que se encuentran más allá de los hechos de la vida real. Pero si esta respuesta no nos satisface y seguimos preguntando qué hechos de este mundo son "derechos", "facultades" u "obligaciones", resulta que lo único que hay son ideas y creencias."

⁸⁵ *Ibidem*, "Los actos sacramentales, los recitativos, en cierto momento, se volvieron fórmulas: fórmulas procedimentales. A partir de entonces los "actos jurídicos" producen los efectos esperados, si éstos se conforman con una determinada fórmula (sentencia o máxima). Ahora, la "fuerza creadora" (la demiurgia) no se encuentra más en los actos sacramentales, en los rituales, sino en las fórmulas que los preceptúan."

⁸⁶ *Idem*, p., 440, "...voy a denominar 'norma' a las entidades que componen los órdenes o sistemas jurídicos positivos (y que, por supuesto, se manifiesta como una unidad lingüística que requiere conducta o preceptúa actos sacramentales)."

⁸⁷ Esto no significa que el discurso jurídico que se utiliza para establecer obligaciones no tenga un carácter ilocucionario, es sólo que Tamayo enfatiza en las normas que facultan.

diferentes entes jurídicos. Las normas son enunciados ilocucionarios que "crean" diferentes entes jurídicos (obligaciones, facultades, derechos, etcétera)⁸⁸

El carácter demiúrgico o ilocucionario del discurso jurídico, nos dice Tamayo, puede ser explicado mediante los conceptos kelsenianos de imputación y órgano del estado.⁸⁹ Sin embargo esto no resuelve el problema del carácter ilocucionario del discurso jurídico, pues lo único que nos dice Tamayo es que siempre que determinadas palabras sean pronunciadas por determinadas personas (funcionarios, autorizados por el propio discurso jurídico) y en determinadas circunstancias (descritas,

⁸⁸ *Idem*, p. 442, "...la idea de la "variedad" de normas deja imaginar que la teoría del derecho ha descubierto una "multiplicación" de géneros de proposiciones normativas; sin embargo, me parece que, más bien se trata sólo de una multiplicación de la especie la interior del mismo género de actos ilocucionarios. "Crear" obligaciones, como "crear" facultades (o demás "entes" jurídicos) es esencialmente lo mismo, en cuanto a la demiurgia de la proposición; es el "auditorio" (protagonistas y espectadores) el que reacciona diferente ante "obligaciones" o "facultades".

⁸⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 108, 228 y 229. "La palabra "imputación" implica, es cierto, la idea de que tal o cual hecho es atribuido o puesto en conexión con determinado individuo...El Estado no es un cuerpo visible o tangible. Pero, entonces, ¿cómo siendo invisible e intangible, se manifiesta en la vida social? Ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado... El Estado es, por decirlo así, un punto común sobre el cual diversos actos humanos son proyectados. un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado, son los llamados "órganos del mismo...Un órgano,...es un individuo que realiza una función específica...Es órgano porque y en cuanto realiza una función creadora o aplicadora de derecho...de acuerdo con lo cual un individuo es "órgano" del Estado únicamente cuando tiene en lo personal un cargo jurídico específico." Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 444, "...para responder a la pregunta...¿qué hace que ciertos individuos (augures, pontífices, sacerdotes, jueces) "generen" "consecuencias" jurídicas que operan el derecho. Esto se encuentra perfectamente descrito por la noción de órgano del Estado...cuando ciertos actos lingüísticos, o si se quiere, cuando ciertas expresiones, son atribuidas (o adscritas) a la totalidad del grupo (i.e a la comunidad política en su conjunto), en vez de ser "atribuibles" al protagonista, nace un ente normativo. Así ciertas expresiones (dichas en su oportunidad, bajo cierto rito o procedimiento) son tenidas por actos de una comunidad."

establecidas mediante el propio discurso jurídico), crearán obligaciones, facultades, derechos, o como el mismo les llama "entes" jurídicos.

2.2.2. Ideología del derecho (Correas)

Hemos dicho que el sentido deóntico del derecho puede encontrarse en el discurso del derecho a través del análisis de las modalidades deónticas. Correas nos dice que en el discurso del derecho, además de un sentido deóntico, podemos encontrar un *sentido ideológico del derecho*.

El sentido ideológico o ideología del derecho, será, en términos de la teoría crítica, aquello que no constituye un sentido deóntico del derecho e *ideología jurídica*, será la ideología del discurso jurídico.⁹⁰

La ideología en el derecho, nos dice Berumen, siguiendo a Correas, puede distinguirse en cuatro clases o tipos, a

⁹⁰ Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, p. 117, "Tal como el derecho, también el discurso jurídico porta ideologías. Se trata, por ejemplo, del discurso que describe normas, supuestamente discurso "científico", pero también del discurso que, refiriéndose al derecho, lo evalúa como justo o injusto, conveniente o no conveniente, ajustado o no a "la realidad"...Pero también del discurso que, acompañando al derecho, lo explica, lo funda, ayuda a interpretarlo, lo maquilla, o incluso prescribe conductas que el poder espera, no que se produzcan, sino que se crea que se producen...en el discurso del derecho, se supone, está el sentido deóntico del mismo. En cambio, pareciera, en el discurso jurídico que habla del primero no hay tal sentido deóntico. Pero vale la pena tener en cuenta que el sentido deóntico del discurso del derecho *sólo aparece en el discurso que habla de él*. El sentido deóntico está en los textos jurídicos a la espera de que otro discurso lo reconozca como tal...El sentido deóntico, la norma, en realidad es *hecho aparecer* por el discurso jurídico. Si nunca nadie pronuncia el discurso de reconocimiento del sentido deóntico del derecho, éste en realidad no existe o existe inútilmente en un texto que nadie lee."

saber: contenido descriptivo falso, contenido deóntico incompleto, contenido ficticio y, contenido connotado.

El contenido descriptivo falso consiste en una falsa descripción de la realidad, este tipo de contenido ideológico, Correas, la relaciona con el derecho social, poniendo como ejemplo el artículo 3° de la Ley federal del trabajo, que a la letra dice: "el trabajo no es un artículo de comercio", lo cual de acuerdo con la teoría crítica es falso (como veremos en el capítulo tercero).

El contenido deóntico incompleto, consiste en una definición incompleta en la ley, por ejemplo, nos dice Berumen, en la leyes penales, donde el bien jurídico tutelado está implícito. El contenido ficticio, consiste en simular, fingir, "como si" mediante el lenguaje fuese posible crear cosas físicas, este tipo de ideología, Correas, lo ejemplifico con el artículo 893 del código civil para el DF., sobre los frutos civiles, en el que se señala que estos frutos deriva *de manera natural* de las cosas por contrato, testamento o por la ley, así como los frutos naturales derivan de los árboles y, por último el contenido connotado, que consiste una connotación insuficiente en la ley.⁹¹

Estos cuatro tipos de contenidos ideológicos, pueden encontrarse, de acuerdo con Correas, tanto en el discurso del derecho, como en el discurso jurídico.

⁹¹ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p., 20.

Los discursos que analizan la ideología jurídica, son discursos de tercer nivel⁹², discursos que hablan de los discursos que hablan del derecho. este tipo de discurso –de tercer nivel- no tiene el problema de que, al referir una norma, señala al mismo tiempo al productor de la misma como autoridad competente (legitimando sus palabras), como si lo tienen los discursos –de segundo nivel- que hablan del derecho. Toda vez que los discursos sobre la ciencia jurídica no se refieren al carácter deóntico del discurso del derecho, sino que se ocupan de saber cuál es la ideología generada por el emisor del discurso.

Por otro lado, los discursos que hablan acerca del sentido ideológico del derecho o ideología del derecho, se encuentran en el mismo discurso del derecho, son discursos de segundo nivel, –en el sentido que hablan directamente del derecho-, que no tiene como propósito determinar que debe hacerse, sino establecer cual es la ideología transmitida, además de la de ordenar hacer algo.

Los discursos que estudian tanto la ideología jurídica, como la ideología del derecho, son, nos dice Correas, un estudio sobre el ejercicio del poder en una sociedad determinada, pues el ejercicio del poder, depende de la eficacia del discurso prescriptivo, "derecho". Pues si bien es cierto que gran parte del poder se ejerce mediante la fuerza, también es cierto que para ejercerla es necesario tener la *hegemonía* en las fuerzas armadas. "De modo que no hay posibilidades de ejercer ningún poder ni

⁹² El discurso del derecho es el primer nivel; la ciencia jurídica, es el discurso de segundo nivel y; los discursos sobre la ciencia del derecho –*filosofía del derecho*-, son discursos de tercer nivel.

ninguna fuerza si no es logrando que la dación de sentido sea eficaz."⁹³

2.3. Eficacia del derecho

2.3.1 Eficacia y validez (Tamayo)

La validez nos dice Tamayo es, "la existencia específica de una norma", declarar la validez de una norma es declararla existente. Ya que las normas regulan la conducta humana y ésta se da en un tiempo y espacio. la validez de las normas se dan igualmente en un tiempo y espacio. Esta relación de las normas con el tiempo y el espacio constituye su ámbito de validez.

⁹³ Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, pp. 121 y 122, "Respecto de ciencias que se propongan el estudio, no de las normas, sino de la ideología jurídica, es decir de los discursos acerca del derecho, sin duda que tienen la mayor importancia, pero, me parece, sólo para quienes sufren el poder. Porque quienes detentan el poder necesitan precisamente que nadie fije esa descarada justificación que de su actividad hace la ideología jurídica. Si en algo está interesado el poder, es en que sus juristas sean creídos, que tengan prestigio -aunque no se lo merezcan-, y si en algo no está interesado es que alguien se dedique a investigar acerca de la ideología creada, transmitida y defendida por esos juristas. Y si el poder está interesado en sustraer el discurso de sus juristas de cualquier consideración científica, es porque quien ejerce el poder lo hace porque mantiene la *hegemonía* sobre otros y hegemonía no es otra cosa que conseguir la eficacia del derecho que se dicta. En última instancia, el fenómeno de la dominación consiste en la dación de sentido, esto es, en determinar la conducta de otros a través de conseguir que otros produzcan conductas a las que se atribuye el sentido del *deber* por quien ejerce el poder y sus epígonos... para ejercer el poder es necesario constituir a otros en objeto del propio poder; y lo que constituye a otro en objeto del poder de alguien es la ideología del subordinado: es necesario que el objeto de poder haga suya la ideología, y por tanto los discursos en que la misma existe, del sujeto del poder. Quien logra dominar esta técnica específica llamada derecho tiene el poder. Pero es una técnica que tiene dos momentos: el deontológico y el ideológico. Por una parte domina a través del temor a la amenaza para el caso de que no se produzca la conducta debida, y por otra parte domina por intermedio de la ideología asumida y el consentimiento."

Las normas, dice Tamayo, regulan siempre conductas humanas, de ahí que en ellas pueda distinguirse un ámbito de validez personal : los individuos cuya conducta regula la norma; y un ámbito de validez material: la manera en que dicho individuos deben comportarse. De ahí tenemos que las normas tiene cuatro ámbitos de validez: el ámbito espacial, el lugar (territorio), donde la conducta, es regulada; el ámbito temporal, las normas duran en tanto existan las conductas que regula. Estos últimos, nos dice Tamayo son un reflejo de los primeros, en tanto que los ámbitos personal y material preceden "lógicamente" a los ámbitos espacial y temporal.⁹⁴

"Se dice que algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica se refieren a la relación entre la validez y la "eficacia" del derecho."⁹⁵

⁹⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp. 148 y 149.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 49 y 50, "Como las normas regulan la conducta humana, y esta tiene lugar en el tiempo y en el espacio, las normas son válidas para cierto tiempo y para cierto espacio determinado. La validez de una norma puede principiar en un momento y terminar en otro...La validez de una norma tiene también relación con el espacio. Para ser válida, tiene que serlo no sólo en cierto tiempo, sino también para cierto territorio...Para determinar cómo deben los hombres conducirse, es necesario determinar cuándo y dónde habrán de comportarse en la forma prescrita. Cómo habrán de conducirse y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma...La conducta humana que forma el contenido de las normas y que ocurre en el tiempo y en el espacio está constituida esta constituida por un elemento personal y otro material: el individuo que en cierto lugar y cierta época hace o deja de hacer algo, y la cosa o acto que hace o se abstiene de hacer...Entre las cuatro esferas de validez de la norma, la personal y la material tienen prioridad sobre la territorial y la temporal. Las últimas son únicamente el territorio dentro del cual y el tiempo durante el cual el individuo debe observar determinada conducta. Una norma puede determinar el tiempo y el espacio sólo en relación con la conducta humana."

⁹⁵ H. L. A., Hart, *El concepto de derecho*, p. 129.

Que una norma sea válida significa que es obligatoria frente a aquellos individuos cuya conducta regula. La eficacia del derecho significa que las normas son obedecidas y aplicadas. La validez es un concepto diferente al de eficacia, -pues, dice Kelsen, en tanto que la eficacia es una cualidad de la conducta humana, la validez, lo es del derecho-⁹⁶, sin embargo existe una relación de gran importancia, entre estos dos conceptos, pues una norma es válida en la medida en la que pertenezca a un orden jurídico eficaz, o lo que lo mismo "la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma".⁹⁷

2.3.2. Eficacia y efectividad (Correas)

En la teoría kelseniana, el término eficacia se traduce como la obediencia de las normas, sin embargo Correas, señala la necesidad de desdoblar esta idea en por lo menos dos partes: "eficacia" y "efectividad".

Para la teoría crítica el término "efectividad" hace referencia, al cumplimiento de las normas, en tanto que la

⁹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, p, 46, "...La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo..."

⁹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, segunda edición, pp.46 y 140, "El derecho como norma válida encuentra su expresión en el aserto de que los hombres deben conducirse de cierta manera...Entendida de este modo, la eficacia del derecho consiste en que los hombres sean llevados a observar la conducta prescrita, gracias a la representación de la norma...La eficacia el orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de la normas que lo integran...La eficacia del orden jurídico total es un condición, no la razón de validez de las normas que lo constituyen. Estas son válidas no es cuanto el orden total tiene eficacia, sino en cuanto son constitucionalmente creadas. Son válidas, sin embargo, sólo a condición de que el orden jurídico total sea eficaz."

"eficacia" hace referencia al cumplimiento de las intenciones, fines políticos del productor del discurso.⁹⁸

La efectividad, que consiste en la realización de la conducta prescrita por la norma puede tener dos aspectos: la del obligado a realizar u omitir dicha conducta y la de los órganos obligados a aplicar la sanción, en caso de que se incumpla la norma. Entonces puede hablarse de "efectividad en el cumplimiento, u obediencia, y de efectividad en la aplicación."⁹⁹

El primer caso (por cumplimiento), puede darse, por dos razones: por consenso (convencimiento), o por miedo a la sanción.¹⁰⁰ En cuanto a la efectividad en la aplicación de las normas, el órgano encargado de "aplicar" la norma, puede tener dos variantes, por lo menos. 1. *Efectividad formal en la aplicación de las normas*, se da cuando una norma es producida en cumplimiento de otra, (norma que obliga al funcionario a crear una norma que regule una conducta específica) para regular una determinada conducta, la cual no se produce. En este sentido la norma es efectiva solo desde un punto de vista formal, toda vez

⁹⁸ Correas, Óscar, *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 2002, p. 62; ...Kelsen y los Marxistas, Coyoacán, México, 1994, p., 185. "Efectividad de la ley significa que los destinatarios de la norma producen las conductas requeridas. Eficacia de la ley significa que se obtienen los efectos queidos por el grupo en el poder."

⁹⁹ *Ibidem*

¹⁰⁰ Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, p. 212 y 213. "1. *Aceptación por convencimiento*: diremos que se da este caso cuando sea posible establecer que hay correspondencia, obediencia y, además, los sujetos están convencidos de que las conductas reclamadas son moralmente buenas...2. *Aceptación por temor*: diremos que se da este caso cuando la representación de la sanción en la conciencia de los sujetos puede ser vista como teniendo fuerza necesaria, como siendo *causa* de las conductas observadas...3. *Aceptación por conveniencia*: diremos que se da este caso si es posible establecer que los sujetos no actuaron por temor, por ejemplo por tener los medios para evitar las sanciones."

que no se produce la conducta que se buscaba con ella. 2. *Efectividad material en la aplicación de la normas*, esta se da cuando se produce la conducta requerida por la norma.¹⁰¹

En cuanto a la eficacia, hemos visto, que un primer concepto, consiste en conseguir las intenciones del productor del discurso. Para hacer un análisis más amplio de este concepto, Correas hace un distinción, entre eficacia subjetiva y eficacia objetiva.

La producción de leyes tiene siempre un objetivo "político", esto es, intenta "dominar", lo que significa, que los ciudadanos se comporten de cierta manera, que esto suceda o no es cuestión de si la norma es efectiva o no.

Una norma será eficaz subjetivamente cuando se cumpla con el propósito señalado por su productor, en cambio será eficaz objetivamente, cuando se cumpla con el propósito no señalado (oculto) por el productor de la misma. Que una norma sea efectiva, puede ser un efecto inmediato, sin embargo, nos dice Correas, lo que intenta lograr es otra cosa: "*una modificación o una consolidación de las relaciones sociales existentes*",¹⁰² (eficacia). Entonces, una norma es eficaz objetivamente cuando la modificación o consolidación de las relaciones sociales sea distinta a la señalada por su productor.¹⁰³

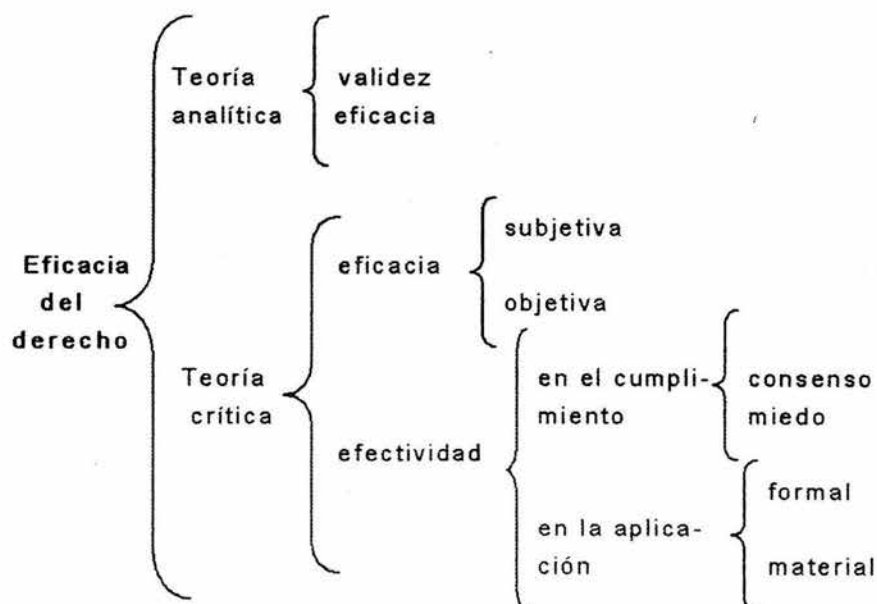
¹⁰¹ *Idem*, pp, 214y 215

¹⁰² Correas, Óscar, *Sociología del derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 2002, pp. 70 y 71, "En el ejemplo de la represión de drogadictos, el efecto inmediato -efectividad- es la aplicación de condenas a los consumidores finales de estupefacientes; pero lo que se persigue es una *modificación* de la situación, retirándolos de circulación y, por tanto, dejar a los narcotraficantes sin mercado. La *modificación* consiste, entonces, en la supresión de una mercancía.

¹⁰³ Para dejar más claro esto, el doctor Correas, nos ofrece el siguiente ejemplo: la norma que establece que los automóviles no deben circular un día a la semana,

Haremos un **cuadro sinótico de la eficacia del derecho** para dejar más claras estas clasificaciones:

EFICACIA DEL DERECHO



2.4. Conclusiones del capítulo II

1. La norma, nos dice Tamayo, es el enunciado mediante el cual se **modaliza la conducta humana**. Sin duda mediante la norma se señala qué conductas son permitidas prohibidas u obligadas, sin embargo como hemos vistos, la norma (el derecho en general)

dependiendo de la terminación de sus placas. El objetivo de esta ley, es disminuir la contaminación. Si la contaminación se disminuye, la norma es eficaz desde un punto de vista subjetivo, sin embargo esta norma ha provocado, también, que muchas personas adquieran otro automóvil, lo que significa, que dicha norma sea eficaz no solo subjetivamente sino objetivamente.

no solo se compone de prescripciones, por lo que nos parece que esta idea puede complementarse con el concepto que nos proporciona Correas. La norma es la **descripción de una conducta modalizada deónticamente**. Éste concepto no solo reconoce un aspecto descriptivo del derecho sino que además, nos aclara que lo que se modaliza no es la conducta, sino la descripción de la conducta.

2. Tanto para Tamayo como para Correas, los operadores (modalizadores) deónticos sirven para identificar los discursos prescriptivos y para establecer (al menos semánticamente) conductas obligatorias, permitidas y prohibidas. Asimismo para ambos autores el concepto clave en la modalización de la conducta –para la existencia del derecho- es la prohibición.

3. Si partimos de la idea de que el sentido descriptivo (ideológico) del derecho, como nos dice Correas, es todo aquello que no constituye un sentido prescriptivo, podríamos entonces, equiparar –en algún sentido- el lenguaje demiúrgico del derecho, del que habla Tamayo, con un tipo de ideología del derecho.

Pareciera, nos dice Tamayo, que con la pronunciación de ciertas palabras bajo circunstancias muy específica, se pueden crear cosas, cosas físicas. Lo que el discurso del derecho hace, no es crear sino confundir, provoca que las personas confundan los referentes de las palabras, creando así ideologías y no "entes" jurídicos.

4. El lenguaje demiúrgico se refiere esencialmente, como hemos visto, a los efectos pragmáticos del discurso-derecho o lo que Correas llama eficacia del derecho.

La eficacia del derecho nos dicen, nuestro autores, (partiendo de la teoría kelseniana) se traduce en la obediencia de la normas, sin embargo Correas considera necesario derivar dos parte, de este concepto. La eficacia y la efectividad. La efectividad es entendida como la obediencia de las normas, en tanto que la eficacia se refiere a los fines "políticos" del emisor de las normas.

La "creación" de normas tiene frecuentemente un propósito "político" (que los receptores, se comporten de cierta manera), propósito que no siempre es manifestado por el productor de las mismas. Cuando el productor de la norma no desea manifestar sus propósitos o no quiera manifestarlos claramente utiliza, entonces, un lenguaje demiúrgico, creando con ello la ideología del derecho.

Antes de pasar al siguiente capítulo haremos un cuadro panorámico de este capítulo:

LENGUAJE DEL DERECHO

Concepto / Autor	Norma	Sentidos del derecho		Eficacia del derecho	
Tamayo	Enunciado mediante el cual se modaliza la conducta	<u>Prescriptivo</u> • imperativo • alternativo	Demiúrgico	Eficacia	
Correas	Descripción de una conducta Modalizada deónticamente	Prescriptivo	Ideológico	<u>Eficacia</u> subjetiva objetivo	<u>Efectividad</u> cumplimiento aplicación

Considerar al derecho como un sistema, dice Tamayo, es una idea ampliamente compartida entre los juristas¹⁰⁴, sin embargo existen diferentes "modelos" de sistema jurídico según el concepto de sistema que se tenga.¹⁰⁵

3.1. Apertura y clausura de los sistemas

La teoría de los sistemas, nos dice Berumen, tiene que describir las características comunes de todos los sistemas, a saber: todo sistema funciona dentro de un entorno; los sistemas pueden funcionar como sistema, cuando están cerrados respecto a su entorno y, como subsistema cuando se encuentra abierto a su entorno, por lo que los sistemas pueden estar cerrados o abiertos a su entorno.¹⁰⁶

Esto no significa que existan sistemas cerrados y abiertos, sino que los sistemas pueden abrirse o cerrarse a su entorno. La clausura y la apertura de los sistemas, nos dice Berumen, son dos momentos en el desarrollo de los mismos.

¹⁰⁴ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 93

¹⁰⁵ BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp., 133 y 134, "La teoría general de los sistemas de Bertalanffy, intentó exponer los principios generales de todo tipo de sistemas...Observó Bertalanffy que, en casi todos los campos de investigación, se presentaban fenómenos que se comportaban como un todo, como una unidad, como un conjunto. Llamó a estos conjuntos, **sistemas, es decir, conjuntos de elementos que funcionan como una unidad, como un todo.**"

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 133 y 134

Los teóricos destacan uno u otro momento del sistema jurídico, ya sea la apertura o la clausura. En el primer caso tenemos la teoría crítica del derecho de Correas y en el segundo la teoría analítica de Tamayo.

3.2. Sociedad y derecho

Ya hemos dicho que un sistema abierto esta conformado por subsistemas que se van a interrelacionar entre si. Siguiendo a Berumen, quien a su vez sigue el modelo de sistema social de Parsons, diremos que el sistema social se encuentra integrado por cuatro subsistemas: el subsistema cultural, el subsistema político, el subsistema económico y el subsistema jurídico o normativo, cada subsistema es necesario para el buen funcionamiento del sistema social.

El sistema político se encarga de establecer los objetivos del sistema y va ha funcionar por medio del poder, el sistema económico se ocupa de la acumulación de los recursos del sistema y funciona a través del dinero, la función del sistema cultura consiste en la constitución de los valores que sirven como base al sistema y opera con el consenso y el subsistema jurídico se encarga de hacer las normas que determinan las conductas de los miembros del sistema y opera a través de la coerción.

Tamayo, se ocupa solamente del sistema jurídico. Clausurando el sistema con la norma hipotética fundamental que presupone la eficacia y funcionalidad del sistema, presuponiendo

la existencia de los demás sistemas pero sin interrelacionarlos (carácter supremo del sistema jurídico). En el momento en que se interrelacionan los sistemas, ya no se necesita la norma fundante (como en la teoría crítica de Correas), en tanto que la validez del sistema jurídico puede buscarse en los otros subsistemas, sobre todo, en el político y en el económico. Considerar que la norma fundante es un ficción implica la interrelaciones de los subsistemas sociales, en especial el jurídico y el cultural.¹⁰⁷

Aunque Tamayo considera que una de las característica del sistema jurídico es que es abierto¹⁰⁸, es importante aclarar que para él la apertura del sistema jurídico no consiste en la interrelación de éste con los otros sistemas, en su totalidad sino en la posibilidad de convertir en normas jurídicas, reglas que no lo eran. Para la teoría de los sistemas, entonces, el modelo de sistema jurídico de Tamayo es el de un sistema cerrado, pues como el mismo lo dice, la fuente (norma hipotética o acto originario) de validez de las normas que constituyen al sistema provienen de el mismo y no de ningún otro, lo que significa que el sistema jurídico no necesita interrelacionarse con ningún otro sistema, pues se crea y se reproduce a si mismo.

Por su parte Correas a demás de ocuparse del sistema jurídico, se ocupa también de otros como son: el sistema económico que se ocupa de la producción, distribución de los bienes de consumo y de los medios de producción, y del sistema cultural. Podríamos decir incluso que Correas interrelaciona los

¹⁰⁷ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp, 154 y 155.

¹⁰⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p, 197.

sistemas político, económico, jurídico y cultural, pues se ocupa de la ideología jurídica de los juristas, profesores (interpretación) y de los jueces, abogados, etcétera (aplicación) y de cómo esa ideología difundida por estos "personajes jurídicos" influye en la producción y circulación de los bienes de consumo y medios de producción (del capital en general) y en la formación del ideal político.¹⁰⁹

En términos de la teoría de los sistemas sociales diríamos que el sistema jurídico capitalista –como lo entiende Correas, es la correlación, de los sistemas político, cultural, jurídico y económico, lo que nos lleva a concluir que el modelo de sistema de Correas a diferencia del de Tamayo, es un sistema abierto.

3.3. La pirámide jurídica como encadenamiento normativo (Tamayo)

Uno de los argumentos más fuertes para considerar al derecho como un sistema¹¹⁰, es la llamada cadena de validez o cadena normativa.

Una norma es válida en tanto que ha sido creada conforme a lo establecido por otra norma, la cual a su vez ha sido creada conforme a lo dispuesto por una tercera norma, la cual ha sido

¹⁰⁹ Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, capítulo 2.

¹¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 3., "El derecho es un orden...Un orden es un conjunto de normas...que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema...Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho."

creada de acuerdo a lo establecido por otra norma y así sucesivamente hasta llegar a la norma hipotética fundamental.¹¹¹

Una cadena de validez será, entonces, el conjunto de todas aquellas normas que se encuentran condicionadas por normas que las preceden. Sin embargo es necesario, -dice Tamayo- recordar que el sistema jurídico se compone tanto de norma jurídicas (estática jurídica) como de los actos que crean y aplican dichas normas (dinámica jurídica), componentes que se encuentran estrechamente ligados. Entonces tenemos que una cadena normativa es el conjunto de todas aquellas normas (no-independientes)¹¹² que facultan o autorizan *actos-condición*¹¹³ que crean las normas que les suceden.¹¹⁴

¹¹¹Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad., Moisés Nilve, ediciones Peña hermanos, México, 2001, pp., 165 y 166. "La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica... Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente del significado normativo de todos los hechos que constituyen un orden jurídico." *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p.243, "...el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema en última instancia, por su norma fundante básica. Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden."

Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Trad., Rolando Tamayo y Salmoran, UNAM, México, 1986, p, 126., "Una cadena de validez es un conjunto de todas aquellas normas tales que (1) cada una de ellas autoriza, precisamente, la creación de una de las otras normas del conjunto, con excepción de cuando menos una, la cual no autoriza la creación de ninguna norma; y (2) la creación de cada una de ellas está autorizada precisamente por una norma de ese conjunto, con excepción de una norma cuya creación no se encuentra autorizada por ninguna norma de la cadena."

¹¹² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, pp, 68 y 69...las normas que facultan una determinada conducta son normas no independientes, mientras se entienda por "facultar" otorgar a un individuo un poder jurídico, es decir, conferirle el poder de producir normas jurídicas. Puesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo. Se trata de las normas que facultan la producción de normas jurídicas generales; las normas de las constitución que regulan la actividad legislativa, o establecen la costumbre como hecho productor de normas; y también las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos mediante

los cuales las normas generales introducidas a través de leyes o costumbre son aplicadas por normas individuales producidas por órganos autorizados para ello: las autoridades judiciales y administrativas. Un ejemplo ilustrará al respecto. Consideremos la situación que se presenta cuando un determinado orden jurídico estatal prohíbe legalmente el hurto, imponiéndole pena de prisión. Condición de la pena normada no es únicamente el hecho de que un hombre incurra en hurto. Puesto que el hurto tendrá que ser establecido en un procedimiento determinado por la ley, o por el derecho consuetudinario, que será ejecutada por otro órgano. El tribunal está facultado, mediante un determinado procedimiento, a imponer una pena al ladrón, sólo cuando a través de un procedimiento constitucional se hubiere producido una norma general que enlaza al hurto una pena determinada. La norma de la constitución que faculta a la producción de esa norma general, establece una condición a la cual la sanción se encuentra ligada. El enunciado jurídico que describe esa situación reza: "Cuando los individuos autorizados a legislar hubieren promulgado una norma general según la cual quien cometa hurto debe ser penado de determinada manera, y cuando el tribunal autorizado al respecto en la legislación procesal penal hubiera verificado, mediante uno de los procedimientos específicos de la legislación procesal penal, que un hombre determinado ha incurrido en hurto y además, cuando ese tribunal hubiere impuesto la pena legalmente determinada, entonces, un órgano determinado deberá ejecutar la pena." Esta formulación del enunciado jurídico que describe el derecho muestra que las normas de la constitución que autorizan la producción de normas generales, al regular la organización y los procedimientos legislativos, y las normas de la legislación procesal penal, que autorizan a las decisiones de los tribunales penales a producir normas individuales, al regular la organización y los procedimientos de los tribunales penales, son normas no independientes, puesto que sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones penales... A las normas no independientes pertenecen, por fin, aquellas que determinan con mayor especificidad el sentido de otra norma, o interpretan de otra manera auténticamente una norma." TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p 120... una norma no-independiente no es sino una de las condiciones a las cuales se vinculan los actos consecuencias y, por tanto, no es una norma jurídica completa. Ahí donde no se da una relación de imputación no existen normas jurídicas... es conveniente sólo denominar 'norma jurídica' a aquellos comportamientos que puedan ser descritos mediante enunciados de la forma $\phi \rightarrow \Psi$ (Si "A" es debe se "B"), y 'actos condición' a los actos jurídicos condicionantes que determinan o regulan la creación de los actos que los completan.

¹¹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad., Moisés Nilve, ediciones Peña hermanos, México, 2001, Pp., 42- "Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se puede identificar; sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado... Si analizamos cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resoluciones parlamentarias, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significado específico, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento... El acto es un fenómeno exterior; su significado por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto... Sin

Dice Tamayo, si observamos con cuidado el sistema jurídico (específicamente la idea de la cadena normativa) es posible darse cuenta de que la facultad es una función esencial. Para que el sistema jurídico funcione es necesaria la norma que faculta, norma que va a establecer las reglas de formación de las normas. Para que una norma "x" sea válida es necesario que otra norma – anterior- "y" (norma que faculta) faculte a alguien "a" para crearla, mediante un acto que cumpla con los requisitos establecidos por "y" (ejercicio de la facultad). Los actos que crean las normas deben realizarse conforme a cierto orden, que va de los actos jurídicos condicionantes (actos que facultan) a los actos jurídicos condicionados (actos que ejercitan las facultades), sin esta conexión no es posible la creación jerárquica, –piramidal- del derecho.¹¹⁵

Derivada de la idea de normas no independientes, Kelsen llega a la conclusión de que el derecho no tiene un carácter exclusivamente imperativo y obligatorio, y que este tipo de normas únicamente valen en relación con una norma que establezca una sanción.¹¹⁶

Por su parte Tamayo al considerar a este tipo de normas, no independientes, como *momentos del proceso de creación de una norma*- llega a la conclusión de que el sistema jurídico no está compuesto por normas jerárquicamente ordenadas, y que por lo tanto no pueden haber normas jurídicas ineficaces.

duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo enunciar su propio significado."

¹¹⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 208 y 209

¹¹⁵ *Idem*, pp, 208-210.

¹¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p. 70

"Si la norma jurídica es resultado del progresivo proceso de creación descrito por el condicionamiento sucesivo de los actos-condición, en el cual los actos jurídicos condicionados se conforman y aplican a los actos jurídicos condicionantes, entonces, no puede haber norma jurídica que no sea eficaz. Ahí donde los actos no representan sino una parte de la condición de la norma jurídica..., no vinculan imputativamente el comportamiento humano. Tales disposiciones..., no constituyen normas jurídicas sino tan solo los momentos del proceso que las crea. Por tanto, los actos y disposiciones constitucionales, los actos y disposiciones legislativas, las decisiones administrativas, los actos y resoluciones jurisdiccionales, etcétera, no son normas jurídicas superpuestas las unas a las otras, sino etapas del proceso jurídico de creación. El orden jurídico es, ciertamente, un sistema escalonado de creación -de condicionamiento sucesivo-, pero no un orden compuesto de normas dadas, ordenadas jerárquicamente."¹¹⁷

Si una norma, dice Tamayo, vale en la medida que ha sido creada de la manera establecida por otra norma, esta última constituye el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre estas dos normas, -dice Kelsen- puede entenderse como una relación de supra y subordinación. La norma que regula la creación es una norma superior, en tanto que la norma creada es una norma inferior, respecto de la primera. Lo que significa que el sistema jurídico no es un sistema cuyas normas se encuentren en un mismo nivel sino que existe una estructura jerárquica y las normas se encuentran en diferentes niveles superpuestos. Sistema cuya unidad descansa en la relación de validez de las normas. Una norma es producida según lo determina otra norma, cuya creación depende de otra norma, la cual a su vez fue creada

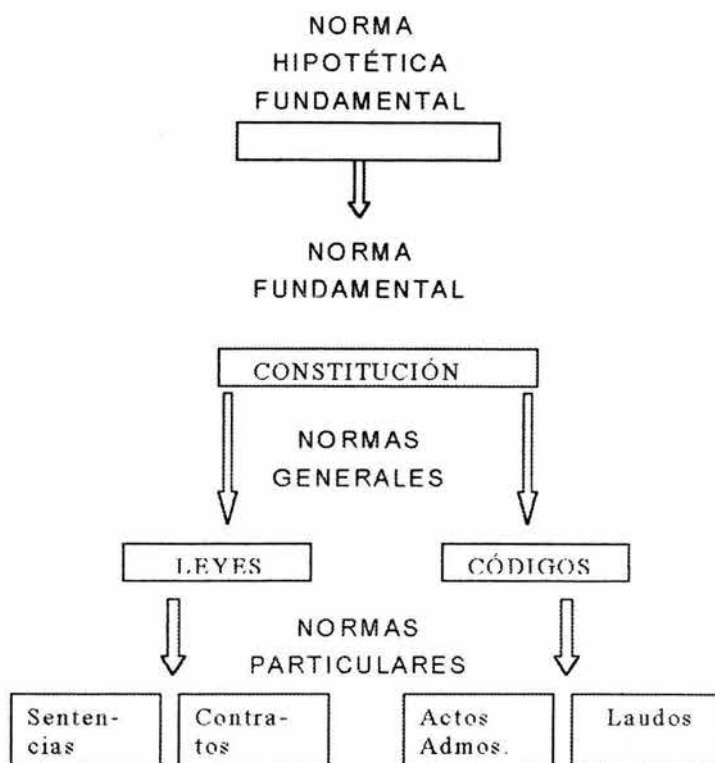
¹¹⁷ Tamayo y Salmorau, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 122

conforme a otra norma, norma que a sido producida conforme a otra norma, y así hasta llegar a la norma hipotética fundamental. "La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción".¹¹⁸

Si consideramos que el sistema jurídico tiene una estructura jerárquica (con normas superiores e inferiores), como supone Kelsen es posible representar la cadena normativa, como sigue:

¹¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p. 232

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 176, "Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuesto."

SISTEMA JURÍDICO SEGÚN KELSEN¹¹⁹

¹¹⁹ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p., 154.

En la teoría pura del derecho –dice Tamayo-, Kelsen además de sostener la idea de la estructura jerárquica del sistema jurídico, nos dice que la norma jurídica es un juicio hipotético, cuyo esquema es: “Si A es, entonces B debe ser”, lo que significa una relación de imputación entre la condición y la consecuencia.

“...las reglas de derecho son...juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos...La regla de derecho recurre a un esquema...: “Si A es, entonces B debe ser”, es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir aunque efectivamente no lo siguiera. Ejemplo: “Si un individuo comete robo, debe ser condenado a una pena de prisión”...La imputación es el principio de las leyes sociales merced a la cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Solo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.”¹²⁰

Por su parte, nos dice Tamayo, si la norma jurídica puede describirse mediante una relación imputativa¹²¹, entonces cada escalón del sistema jurídico estructurado jerárquicamente, debe contener normas que se identifiquen con *la estructura condicional de la imputación*.¹²² Cada nivel del sistema estará compuesto por

¹²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad., pp., 58 y 59.

¹²¹ *Idem*, p. 31. “...la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma...jurídica establece la condición de una consecuencia específica.”

¹²² Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 116

actos condicionantes y actos condicionados relacionados imputativamente¹²³.

"Si el orden jurídico es verdaderamente una jerarquía de normas jurídicas, cada grado debe, contener, al menos, una entidad que se conforme perfectamente a la noción de norma jurídica. Esto es, si el orden jurídico es una superposición de normas, cada nivel debe tener, por lo menos, una norma completa, es decir una entidad que contenga todos los elementos de una norma (actos-condición y actos consecuencia)..."¹²⁴

Si el sistema jurídico, dice Tamayo, está conformado por normas 'completas', entonces cada una de estas normas es independiente de las otras, es decir las normas de sistema jurídico son independientes entre sí, y por tanto no existe unidad entre ellas, nos constituyen un sistema. Sin embargo, nos sigue diciendo Tamayo, no es suficiente una constitución, una legislación penal para vincular imputativamente el comportamiento humano. Para poder vincular imputativamente las consecuencias jurídicas (actos-consecuencia) con el comportamiento humano (actos-condición) es necesario que se presenten todos los actos condición (actos administrativos, jurisdiccionales, etcétera) que la componen¹²⁵.

¹²³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, p., 51, "Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas. Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas."

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones Peña hermanos, p. 164, "Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad, costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisiones judiciales, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales."

Si observamos la estructura de los primeros escalones de la pirámide jurídica, -siguiendo siempre la opinión de Tamayo y suponiendo que estos son la constitución y una ley general-, nos daremos cuenta de que, ni la constitución ni las leyes generales vinculan imputativamente condiciones a consecuencias

En el primer nivel de la pirámide tenemos actos *constituyentes*-condición y actos *constituyentes*-consecuencia. La constitución constituye un acto condición, por ejemplo; el acto que faculta al congreso para legislar en materia de comercio. Este acto condiciona la legislación mercantil, pero en ningún momento vincula imputativamente la conducta. En el segundo nivel encontramos actos *legislativos*-condición y actos *legislativos*-consecuencia. Aquí el legislador puede lo mismo que en la constitución, prever cualquier tipo de sanción (establecer las características que deben tener ciertos comportamientos para considerárseles como sanciones), esto no debe confundirse con la ejecución de las sanciones, pues las leyes generales -civil, penal, etcétera- no determinan al receptor de las consecuencias jurídicas. En este segundo nivel de la pirámide jurídica, tampoco se vincula imputativamente la conducta, razón que lleva a Tamayo a concluir que los niveles de dicha pirámide no son normas jurídicas sino momentos del proceso de creación de una norma jurídica. Por lo que el sistema jurídico tiene una estructura de creación escalonada -*de acontecimiento sucesivo*- pero no de normas ordenadas jerárquicamente.¹²⁶

¹²⁶ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 116-123, "...de acuerdo con Kelsen, la norma jurídica se deja describir por una proposición que podemos formular de la siguiente manera : { 'Si A es, debe ser B'. Relación imputativa... Ahora bien, si una norma jurídica puede ser descrita por un enunciado de la forma ' $\phi \rightarrow \psi$ ', entonces, cada nivel del orden jurídico, considerado

Siguiendo esta línea de ideas, podemos decir, que sólo la norma individual (sentencia), consecuencia de la pirámide normativa es un norma jurídica 'completa'.¹²⁷

"Los diferentes niveles de una estructura jerárquica de normas no se encuentran ocupados por normas jurídicas. No existen, pues, cuasinormas o pseudonormas ni tampoco normas imperfectas; una norma jurídica existe ahí donde se realiza totalmente el procedimiento de creación de las normas positivas. Nosotros rechazamos, por consecuencia, la errónea concepción que cree ver en el orden jurídico una superposición jerárquica de normas en vigor...las disposiciones constitucionales o los artículos

como estructura jerarquizada de normas, tendría que contener normas que respondieran a la estructura condicional de la imputación...Si el orden jurídico es verdaderamente una jerarquía de normas jurídicas, cada grado debe contener, al menos, una entidad que se conforme perfectamente a la noción de norma jurídica...Veamos ahora la estructura de las entidades de la pirámide jurídica. Pensemos en las normas que ocupan el primero y el segundo niveles, y sean éstas la constitución y una legislación, respectivamente. En el primer caso..., la norma que consideramos se integra de actos constituyentes condición y de actos constituyentes consecuencia...Ciertamente es fácil pensar en condiciones constituyentes. Pero, definitivamente, resulta bastante difícil imaginar consecuencias -actos de ejecución, embargos, penas de prisión, etcétera- con función constituyentes. En efecto, las consecuencias jurídicas que se vinculan imputativamente a los que las condicionan, constituyen sanciones cuyas formas más características son: las penas corporales y las ejecuciones en los patrimonios de los individuos. Pero ¿al embargar se realiza una función constituyente? Por su propia naturaleza, las consecuencias jurídicas no condicionan ningún otro acto jurídico, es decir, las consecuencias no son continuadas o aplicadas por ningún otro acto jurídico, esto es, las consecuencias no son continuadas o aplicadas por ningún acto ulterior...Si la constitución -como en el caso- condiciona la legislación, los reglamentos autónomos, etcétera, no los condiciona por ser consecuencia sino porque constituye un acto-condición...Consideremos el segundo nivel. En este nivel, como en el primero, se representan a las normas como relaciones condicionales en donde se vincula imputativamente actos condición a actos consecuencia...El legislador, al igual que el constituyente, puede prever todo género de sanciones...Pero prever sanciones determinando las características que tienen que satisfacer ciertos comportamientos para ser considerados como sanciones no es acto de ejecución de sanciones es un acto legislativo...De lo anterior se infiere que los elementos que se encuentran en los diferentes niveles de la llamada 'pirámide jurídica' no vinculan imputativamente el comportamiento humano. Es decir no son normas jurídicas..."

¹²⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 214

de un código no son -insistimos- normas jurídicas, sino, simplemente, etapas del procedimiento de creación normativa. Aquellos que se obstinan en ver en la constitución o en los artículos de un código vinculaciones imputativas de comportamientos humanos, confunden el derecho con las palabras de un texto, produciendo una duplicación del objeto de la ciencia del derecho, lógicamente insostenible. Es necesario distinguir con claridad ahí donde existe una vinculación imputativa de conductas humanas de ahí donde existe una hoja de papel."¹²⁸

De acuerdo con Tamayo, la creación del derecho, como hemos visto, no es jerárquica, sino que es progresiva a través de etapas (actos constituyentes, legislativos, judiciales, etcétera) que crean la norma jurídica 'completa' (sentencia).

Esta *creación sucesiva* del sistema jurídico comienza con un acto condición común a todas las normas del sistema, que podríamos equiparar a la norma hipotética fundamental¹²⁹ y se va desarrollando mediante los actos condición que progresivamente, completan a ese primer acto en común.¹³⁰

"Formarán un orden jurídico (parcial) aquellas normas que posean, al menos, un acto jurídico creador común. De acuerdo con esto, el criterio de identidad de un orden jurídico podría formularse de la manera siguiente: (1) hay por lo menos un acto (de creación normativa) que es común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico y (2) hay al menos un acto

¹²⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, p. 123

¹²⁹ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, p. 127, "...En todo sistema jurídico la norma que pertenece a todas las cadenas de validez del sistema, es la norma fundamental, la cual es la última norma... de toda cadena de validez." Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones peña hermanos, p. 47 "El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretada como la aplicación de una norma jurídica anterior: Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esa constitución."

¹³⁰ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp., 55 y 57.

jurídico que es parte de todas las cadenas normativas de un orden jurídico...para todo orden jurídico, el acto jurídico común a todas las cadenas normativas de un orden jurídico (histórico) es el acto originario, el acto fundante del sistema, o si se prefiere el acto constituyente del orden jurídico. La constitución no es sino la(s) norma(s) establecida(s) por dicho acto."¹³¹

Ese acto originario del sistema jurídico se complementa en primer lugar de los actos-condición que le suceden inmediatamente (leyes generales, reglamentos, etcétera). Estos y todos los actos que de ellos deriva son indispensables para la conformación del sistema que quedará completado cuando sea posible vincular imputativamente las condiciones con las consecuencias que inmediatamente han condicionado.

El sistema jurídico, entonces, nos dice Tamayo se constituye de actos constituyentes, legislativos, judiciales-condición y de actos constituyentes, legislativos, judiciales-consecuencia, que van a crear la norma jurídica 'completa'.¹³² Estos actos condición y consecuencia pueden ser identificados con las normas no-independientes, de la teoría kelseniana, o bien con las normas que facultan de las que habla Hart, concepto que Tamayo retoma en su teoría general del derecho para representar gráficamente el sistema jurídico.¹³³

¹³¹ Tamayo Y Salmoran Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 212 y 213.

¹³² H.L.A, Hart, *El concepto de derecho*, pp. 46 y 47, "Las reglas que confieren potestades jurídicas a los particulares son, tanto para esta teoría como para la más extrema, simples fragmentos de las normas completas reales, las órdenes respaldadas por amenazas...Ellas aparecerán entonces como parte del antecedente o "cláusula condicionante" de órdenes condicionales respaldadas por amenazas o de reglas que imponen deberes."

¹³³ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p, 208.

Tamayo, lo mismo que Kelsen y Hart considera que el derecho no tiene un enfoque exclusivamente imperativo (obligatorio y prohibitivo)¹³⁴

En el enfoque imperativo del derecho las normas responden al esquema propuesto por Kelsen "Si A es, entonces B debe ser", es decir a una relación imputativa entre condición y consecuencia¹³⁵, empero en el enfoque alternativo las normas, dice Hart, cumplen una función social diferente¹³⁶. Facultar o autorizar a alguien para crear normas (o ejercitar un derecho), o como dice Hart conferir potestades jurídicas. Sin embargo este tipo de normas *permisivas*¹³⁷ se encuentran estrechamente ligadas a las normas "del último tipo"¹³⁸, que imponen deberes.

"Podría decirse, a costa de alguna impropiedad, que mientras que las reglas semejantes a las del derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellas".¹³⁹

Incluso puede decirse que este tipo de normas -que facultan- son análogas a las normas 'completas', en el sentido de que

¹³⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p. 70; H.L.A., Hart, *El concepto de derecho*, pp., 33-42.

¹³⁵ En el enfoque imperativo del derecho las normas están respaldadas por la amenaza de un castigo en caso de omisión de la conducta obligada o de realizar la conducta prohibida. En este tipo de norma la conducta se modaliza mediante las categorías de obligación y prohibición, en tanto que en las normas que constituyen el enfoque alternativo del derecho la conducta se modaliza con la categoría de permisión (facultades y derechos).

¹³⁶ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 35.

Es necesario aclarar que la expresión 'enfoque alternativo del derecho' es de Tamayo y no de Hart.

¹³⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 217.

¹³⁸ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 42

¹³⁹ *Ibidem*

ambas son "criterios de conducta", de ahí que ambas se le pueda denominar como normas.¹⁴⁰

El sistema jurídico formado por las diferentes cadenas normativas que lo constituyen, en razón de que comparten un acto jurídico creador común¹⁴¹, del que nos habla Tamayo puede ser representado gráficamente de la siguiente forma¹⁴²:

¹⁴⁰ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Pp. 41 y 42.

¹⁴¹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 213. "...para todo orden jurídico, el acto jurídico común a todas las cadenas normativas de un orden jurídico (histórico) es el acto originario, el acto fundante del sistema, o si se prefiere: el acto constituyente del orden jurídico. La constitución no es sino la(s) norma(s) establecida(s) por dicho acto."

¹⁴² El esquema de sistema jurídico que aquí presentamos esta basado en diversas versiones gráfica de sistema de Tamayo. Cfr., Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 96 y 97; *Elementos para una teoría general del derecho*, pp. 180, 209, 212 y 213.

características que deben satisfacer ciertos comportamientos para ser considerados como constitución.

n1= constitución: acto constituyente-consecuencia, que establece los requisitos que tienen que satisfacer ciertos comportamientos para ser considerados como leyes.

a2= proceso legislativo: acto legislativo-condición en el que se realizan ciertos comportamientos, siguiendo los lineamientos marcados por n1 para crear n2.

n2= legislación general: acto legislativo-consecuencia, que establece los requisitos que tienen que cumplir ciertos comportamientos para ser considerados como acto jurídico.

a3= acto jurídico-condición, en el que se realizan ciertos comportamientos siguiendo lo establecido por n2 para crear n3.

n3= acto jurídico-consecuencia, (contratos, testamentos, etcétera): que en caso de ser incumplido, condiciona a 'a4', cuyas características, se encuentra determinadas en n1 y n2.

a4= proceso judicial: acto judicial-condición, en el que se verifica que ciertos comportamientos cumplen con las características de (*conducta prohibida*), ilícito, delito, etcétera, y se establecen las características de fondo (pues las de formas se encuentran establecidas en n2) que deben reunir ciertos comportamientos para ser considerados como sentencia.

n4= sentencia: acto judicial-consecuencia, en el que se vincula imputativamente la conducta = norma jurídica completa.

A, B, C, etcétera = consecuencias jurídicas, tales como privación de la libertad, embargo, etcétera.

Para ilustrar mejor la estructura del sistema jurídico, según Tamayo tenemos el siguiente ejemplo que el mismo nos ofrece.

"...en un caso de responsabilidad civil en el derecho mexicano. ¿Qué dispone la constitución sobre el particular? La constitución mexicana dispone "El congreso tiene facultad...para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal"... así como "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley...Ahora bien, ¿esto es suficiente para vincular imputativamente el comportamiento humano en materia de responsabilidad? ¿Quién es el sujeto responsable? Las disposiciones constitucionales señaladas no son una vinculación imputativa de actos humanos condición con actos humanos consecuencia. Las disposiciones constitucionales que consideramos son solamente los actos que condicionan la legislación del Distrito Federal, así como el establecimiento de tribunales competentes...La legislación del Distrito Federal (actos legislativos regulares, en tanto que se encuentran condicionados por la constitución), al respecto dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo"... "La acción para exigir la reparación de los daños...prescribe en dos años"...el juez señalara al deudor el término de cinco días para que cumpla (la sentencia)"... "Pasado el plazo...se procederá al embargo...El material legislativo señalado...prevé que el individuo que realice un daño que no satisfaga deberá soportar una ejecución forzada en su patrimonio (embargo). Pero cabe preguntar ¿la edición de estos artículos es suficiente para vincular imputativamente el comportamiento humano? ¿Basta la producción del material legislativo señalado para que alguien deba soportar las consecuencias de una ejecución forzosa? ¿La promulgación de leyes y códigos es bastante para determinar el destinatario de las consecuencias patrimoniales de la reparación de la sanción prevista?...aun suponiendo tanto las disposiciones constitucionales como las legislativas no podemos señalar a nadie como destinatario de las consecuencias. Si no se completa la condición normativa, no pueden imputarse las consecuencias...Para que la condición se cumpla es necesario que se determine judicialmente (lo que implica el ejercicio de la acción, todas las actuaciones procesales hasta la sentencia) la existencia del daño y se ordene la ejecución de las consecuencias en el patrimonio del individuo declarado responsable en la sentencia. Sólo así estamos en posibilidad de vincular imputativamente las consecuencias -el embargo- a la condición -todos los actos constituyentes, legislativos, judiciales- a la cual dicha consecuencia se imputa."¹⁴³

Aunque en el ejemplo que Tamayo nos ofrece, no podemos ver específicamente cada uno de los actos condición y consecuencia, si podemos verificar que para este autor, la norma jurídica 'completa' es la sentencia, pues es el acto jurídico en el

¹⁴³ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp, 122 y 123.

que se relaciona imputativamente la conducta, que cumple con la estructura de la norma según Kelsen.

3.4. Sistema jurídico capitalista (Correas)

El derecho –dice Correas- tiene la estructura normativa que la reproducción del capital le exige. Razón por la que nos propone un estudio en el que relaciona cada rama del derecho (civil, laboral y económico) con los tres momentos de la reproducción ampliada del capital.¹⁴⁴

“El derecho moderno encuentra, su *logos*, en...tres fenómenos económicos de la sociedad capitalista...: la circulación de mercancías, la compraventa de fuerza de trabajo, y la circulación del capital”¹⁴⁵

3.4.1. Existencia de los sistemas jurídicos

La mayoría de los juristas –nos dice Correas-, consideran que el derecho constituye un sistema, -y que la normas jurídicas son válidas en tanto que pertenecen a ese sistema y han sido creadas conforme al mismo. Ahora bien la validez (pertenecer a un sistema) no es una característica propia de las normas, sino que

¹⁴⁴Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, Triana Ed., México, 1993, p 10 “Una vez que el capital se ha apoderado de una sociedad, ésta no puede reproducirse sin reproducir el capital. Y para que esto suceda, son necesarias tres cosas: que circulen mercancías, que los obreros vendan su fuerza de trabajo como mercancía y que el estado promueva e incluso <<ponga>> las condiciones para la circulación-reproducción ampliada del capital. Estos tres fenómenos forman el fondo, el *logos*, del derecho civil, el laboral y el económico.”

¹⁴⁵ *Ibidem*

es resultado de un acto de habla de alguien (juez, legislador, etc) que pretende que (se haga algo) pertenezcan al sistema, o lo que es lo mismo, las normas no son validas por sí mismas, sino porque alguien dice que son validas haciéndolas pertenecer al sistema.

Las normas que son validas por pertenecer a un sistema son las misma normas que lo constituyen, sin embargo, dice Correas, esto no significa que la sistematización sea una característica propia de las normas. Al igual que la validez, la sistematización del derecho es producto del discurso de alguien, es decir, el derecho (las normas) no constituye un sistema por sí mismo, sino porque alguien dice que lo hace.¹⁴⁶

"Comúnmente se dice que el derecho de un país constituye un *sistema* u *orden* jurídico. Con ello se quiere decir que las normas que lo componen, constituyen un *conjunto* organizado de alguna manera. Y es que el derecho se presenta con la apariencia de constituir un sistema de prescripciones. Esto sucede así, posiblemente, porque es percibido como coincidencia con la idea común de *sistema*. Nótese, entonces, que el carácter sistemático del discurso del derecho, no proviene de él mismo sino de otro discurso, el de reconocimiento. El derecho, si es un sistema, lo es porque se dice de él que lo es; no porque lo sea en realidad...El derecho parece un sistema, pero sólo porque unas prescripciones son vistas como producidas en cumplimiento de otras, y la conducta de ciertos individuos es vista como autorizada por otros, a su vez autorizados. Pero, nótese, decimos <<son vistas>>; esto es, la sistematicidad del discurso del derecho no es una propiedad

¹⁴⁶ Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, p, 89, "La constitución está fundada en una norma, precisamente *fundante*...; es decir, que sostiene todo el edificio que parece formar el conjunto de normas. El cual precisamente, es <<conjunto>> porque está sostenido por esa norma. Adviértase, por tanto, que no hay tal sistematicidad, entonces, de la normas mismas: lo que las hace aparecer como formando un sistema, es *el hecho* de que alguien usa esta norma fundante para reconocer la constitución."

del discurso mismo, sino de la percepción que tenemos de él; de lo que hemos llamado *discurso de reconocimiento*.¹⁴⁷

Así tenemos que el sistema jurídico es el resultado del discurso de los juristas, o bien que es un meta-discurso determinado por el discurso de estos. Los juristas construyen no descubren el sistema jurídico. El sistema jurídico, de Correas, entonces lo mismo que el Tlön de Borges, "será un laberinto, pero es un laberinto urdido por los hombres, un laberinto destinado a que lo descifren los hombres."¹⁴⁸

Para descifrar dicho laberinto, la teoría crítica del derecho debe comenzar su estudio del sistema jurídico, según nuestro autor, por diferenciar entre valor de uso y valor de cambio de las mercancías —que han inundado el mundo moderno—. Por valor de uso entenderemos, la capacidad de una mercancía para satisfacer una necesidad real o imaginaria, en tanto que el valor de cambio es entendido como su precio.¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Idem*, pp. 108 y 109

¹⁴⁸ Borges, Jorge Luis, "Tlön, Uqbar, Orbis Tertius", en *Ficciones*, FCE, México, 1998, p. 159.

¹⁴⁹ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p. 29, "El mundo moderno es un inmenso arsenal de mercancías, y éstas son unidades inmediatas de valor de uso y valor de cambio. El valor de uso de una mercancía consiste en su capacidad de satisfacer una necesidad —natural o cultural, real o imaginaria—, mientras que el valor de cambio consiste en la relación en que cierta magnitud de esa mercancía se intercambia por cierta magnitud de otra."

Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 103, "...como toda mercancía tiene dos valores: el valor de uso y el valor de cambio. El valor de uso de cualquier mercancía es su utilidad marginal. El valor de cambio de cualquier mercancía es su precio, determinado por la ley de la oferta y la demanda y limitado por los costos de producción de la mercancía de que se trata."

3.4.2. El derecho privado y la circulación de mercancías.

El discurso del derecho civil descansa en tres conceptos básicos: las cosas jurídicas (los valores de cambio), las personas jurídicas (los portadores) y los contratos (el acto de intercambio).

El derecho privado contempla una serie de derechos subjetivos que se crean o transmiten a través de contratos. Contratos que tienen como fundamento supremo, la voluntad de las partes, las que al realizar dichos contratos ejercitan la autonomía de su voluntad.¹⁵⁰ Sin embargo, nos dice Correas, los contratos son *intercambios de valores equivalentes que aparece como acuerdo de voluntad*.¹⁵¹

La autonomía de la voluntad nos dice Correas, es aparente, toda vez que los sujetos tienen que acudir, -quieranlo o no- al mercado si es que quieren subsistir; además estos sujetos no tienen libertad para fijar el precio de las mercancías que intercambian, pues están sujetos a la ley de la oferta y la demanda. La autonomía de la voluntad, lo mismo que el precio de las mercancías estará sujeta a las leyes del mercado.¹⁵²

¹⁵⁰ Art. 1793 Código Civil para el Distrito Federal: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

¹⁵¹ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p. 54

¹⁵² *Idem*, p. 84, "...las mercancías se intercambian por el precio convenido, precio que está, en última instancia, determinado por la ley del valor. El mercado se impone a los portadores de mercancías; en primer lugar se impone porque el individuo no tiene libertad de no cambiar; en una sociedad mercantil simple, el que no cambia perece. Y en segundo lugar, el mercado se impone porque el individuo está obligado a cambiar según precios fijados de antemano por procesos sociales que están fuera de su control... En resumen, en una sociedad mercantil no hay ninguna cosa a la que quepa el nombre de libertad, al menos en la acepción de elección entre cambiar o no cambiar, o de hacerlo por el precio del mercado o por uno notablemente menor. Es en tal sentido que la voluntad de los individuos reside

El intercambio de las mercancías necesariamente debe ser realizado por un individuo, que será el portador-poseedor de las mercancías, a quien el derecho denomina como persona y que define como ente capaz de adquirir derechos y obligaciones, obligaciones y derechos que se adquieren a través de los contratos (del intercambio). Así nos dice Correas el derecho define a las personas como *intercambiadores*, o lo que es lo mismo, un sujeto será considerado persona jurídica en tanto se portador de mercancías y las intercambie en el mercado.¹⁵³

Es claro como para el derecho civil las cosas (bienes) son mercancías:

Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, la que ella declara irreductibles a propiedad particular.

en las mercancías. Y es también el sentido en que puede hablarse de *fetichismo jurídico*."

¹⁵³ *Idem*, pp., 59-61 y 84 "Si bien en el intercambio se impone la silenciosa y brutal voluntad de las mercancías, de todos modos no pueden ir solas al mercado. Necesitan que un esclavo las lleve y hable por ellas con los portavoces ingenuos de otras mercancías...Y en el mercado la voluntad objetiva de las mercancías aparece como la voluntad subjetiva de los portadores."; Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p. 107

*La cosa objeto de contrato debe: 1º. Existir en la naturaleza, 2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, 3º. Estar en el comercio.*¹⁵⁴

Aquellas cosas que se encuentran "fuera del comercio", nos dice Correas, son aquéllas que por su naturaleza no tienen valor de uso o bien de cambio.

"El derecho civil mantiene la ilusión de que las cosas se cambian porque son útiles, porque pueden ser "apropiadas" por los hombres. Pero lo cierto es que para que haya tal apropiación tienen que ser cambiables, esto es, valores de cambio, cantidades determinadas de trabajo abstracto. La circulación "pone" la categoría formal de "cosa" como antes había puesto la categoría formal de *contrato* y la de *persona*."¹⁵⁵

A la luz del derecho privado las cosas existen en tanto que están disponibles para ser cambiadas, sin importar el proceso de trabajo que las crea.¹⁵⁶

3.4.3. El derecho laboral y la producción de plusvalía¹⁵⁷

El derecho privado se ocupa, casi en su totalidad de la circulación de mercancías, con base en la equivalencia, pero no contiene normas relativas a la producción de las mismas, por eso hemos dicho que para el derecho privado las mercancías existen (se ocupa de ellas) una vez que están en el mercado, y no antes.

¹⁵⁴ Código civil para el D.F., ISEF, México, 1997, artículos, 147-749 y 1825.

¹⁵⁵ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p, 65

¹⁵⁶ *Idem*, p. 66 y 67

¹⁵⁷ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p, 102

Esta separación entre circulación y producción de mercancías, dice Correas, no es sino la separación (ruptura) entre el derecho privado (circulación) y el derecho laboral (proceso capitalista de producción de mercancías). "lugar" donde desaparece la equivalencia y surge *la apropiación del plusvalor sin equivalente*.¹⁵⁸

En la sociedad capitalista, dice Correas la fuerza de trabajo (*capacidad de trabajar durante un tiempo determinado*) es una mercancía igual a cualquier otra, y como cualquier mercancía tiene un valor de uso y un valor de cambio; el primero, consiste en aquello para lo cual es útil (*crear un valor superior al de su fuerza de trabajo*), el valor de cambio por su parte, es el precio del trabajo (el salario). El valor de uso es lo que distingue a la mercancía fuerza de trabajo de las otras mercancía que se encuentran en el mercado.¹⁵⁹

La producción de mercancías, sigue diciendo Correas, es un proceso de valorización, de producción de plusvalor, de incremento de sí mismo. Los obreros realizan un trabajo concreto (*trabajo abstracto = gasto de energía humana*), transformando, con ayuda de algunas máquinas la materia prima en una

¹⁵⁸ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p. 151.

¹⁵⁹ Mandel, Ernest, *"El capital", Cien años de controversias en torno a la obra de Karl Marx*, Trad. Adriana Sandoval, et.al., siglo veintiuno editores, México, 1985, p. 19, "La producción mercantil, como característica básica y dominante de la vida económica, presupone al capitalismo, es decir una sociedad donde la fuerza de trabajo y los instrumentos de trabajo se han convertido ellos mismos en mercancías."

Correas, Oscar *Introducción a la crítica del derecho moderno*, pp. 133 y 134, "Si el valor de una mercancía es igual al tiempo de trabajo socialmente necesario para producirla, el valor de la mercancía *fuerza de trabajo* es igual al tiempo de trabajo necesario para producirla, o sea el conjunto de mercancías necesarias para que sobreviva el obrero."

mercancía nueva. La nueva mercancía llevará en su esencia el valor perdido por la materia prima y la máquina, pero además llevará también un valor agregado por la fuerza de trabajo, al consumirse su valor de uso consistente en la creación de valor. En este sentido es que Correas identifica el proceso capitalista de producción de mercancías con un proceso de producción de plusvalor.

La fuerza de trabajo como toda mercancía es susceptible de intercambiarse por otra mercancía. El capitalista (*portador del valor capital*) cambia dinero por la fuerza de trabajo del obrero (*portador del valor de su fuerza de trabajo*).¹⁶⁰

Aún cuando parece claro que la fuerza de trabajo es una mercancía y que crea valores, la mayoría de los juristas se oponen a reconocer que el trabajo es un artículo de comercio, pues consideran que hacerlo sería tanto como degradar la "condición humana". Nuestra legislación laboral en su artículo 3º señala expresamente, que el trabajo no es un artículo de

¹⁶⁰ Mandel, Ernest, *op. cit.*, p. 48 y 49, "...el trabajador no vende al capitalista su trabajo sino su fuerza de trabajo, su capacidad de trabajar durante un periodo determinado. En el capitalismo esta fuerza de trabajo se convierte en una mercancía. Como tal tiene un valor específico (valor de cambio), como cualquier otra mercancía: la cantidad de trabajo socialmente necesario para reproducirlo, es decir el valor de los bienes de consumo necesarios para mantener al trabajador y a sus hijos en condiciones de seguir trabajando dentro de un nivel determinado en cuanto a la intensidad de sus esfuerzos, pero tiene una cualidad especial, un "valor de uso" especialmente para el capitalista. Cuando el capitalista "consume" fuerza de trabajo en el proceso de producción, el trabajador produce valor. Su trabajo tiene la doble capacidad de conservar valor - o sea de transferir al producto terminado el valor de la materia prima y de una fracción de la máquina gastada en el proceso de producción- y de crear nuevo valor, a través de su propia venta. Todo el misterio del origen de las ganancias y las rentas se acaba cuando se comprende que, en el proceso de producción, los trabajadores pueden (y deben hacerlo, pues de lo contrario es capitalista no los contrataría) producir valor en una medida superior a la del valor de su propia fuerza de trabajo, mayor que el equivalente de los salarios que reciben."

comercio. Así mismo consideran que el salario cubre el valor del servicio prestado por el obrero, empero, para que el capitalista pueda obtener una ganancia es necesario que le pague al obrero menos de lo que vale su fuerza de trabajo. Estas aseveraciones que hacen los juristas, al no considerar la fuerza de trabajo como una mercancía, ayudan sin duda a ocultar el plusvalor mediante la ideología de la justicia laboral.

"Si los contratos son intercambios de mercancía; si la compraventa es el cambio de una mercancía por dinero; si la fuerza de trabajo es una mercancía; si el salario es dinero; si entre obrero y patrón existe un intercambio; si no es falsa alguna de las afirmaciones asentadas..., entonces, el de trabajo es un *contrato de compraventa de fuerza de trabajo*...La diferencia...entre contrato civil y contrato de trabajo, sólo puede fundarse en la cosa de que se trata; en su particular valor de uso que consiste en su facultad de generar un valor mayor que el que ella misma posee. Las diferencias entre los contratos civiles se fundan en las modalidades de la circulación. La diferencia entre compraventa civil y compraventa laboral se funda en el valor de uso de la cosa que es objeto del contrato."¹⁶¹

Resulta paradójico, nos dice Berumen, que justo la rama del derecho (derecho social) destinada a proteger los intereses de grupos sociales en desventaja sea el que posibilite la producción del capital, esto sin negar que también se ha beneficiado, con la distinción entre contrato y relación laboral y con las prestaciones sociales, a los trabajadores. Sin embargo el plusvalor representa todas las ganancias de los capitalistas, y es por ello que mientras las ganancias aumente o por lo menos se mantengan, están

¹⁶¹ Correas, Oscar, *La ciencia jurídica*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1980, pp., 103 y 117.

dispuestos a ajustarse a aceptar las prestaciones laborales que establece la ley. El discurso del derecho laboral (la ideología jurídica laboral y la ideología del derecho laboral) permite, oculta y al mismo tiempo hace parecer legítima: la apropiación del producto del trabajo ajeno no pagado (plusvalía); la subordinación del trabajador (al considerarlo como sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones de manera libre y autónoma) en razón de su necesidad de subsistir e incluso contribuye para que los obreros acepten -como algo completamente natural- su subordinación frente a los capitalistas .¹⁶²

¹⁶² Correa, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p., 147; 198 y 199 "...el capitalista cree - y el código también- que es la *cosa* (capital) -que es de su propiedad *jurídica*- la generadora del producto (y el "beneficio" que es lo que importa); y además cree -y el código también- que puesto que la cosa generadora es de su propiedad, "naturalmente" el producto también lo es...pero no puede decirse que la propiedad de una cosa da derecho a lo que ésta produzca, porque eso no tiene sentido... no existe ninguna norma jurídica ni ninguna proposición normativa, ni ninguna técnica jurídica, ni ninguna idea jurídica consistente, que adjudique al capitalista el derecho a disponer del resultado del proceso productivo...La sociedad burguesa esconde tras la fachada del "salario justo", pago del "trabajo" -y no de la fuerza de trabajo- una relación social de propiedad. Es totalmente falso afirmar que el capitalista explota a sus obreros en razón de que el derecho privado le reconoce la propiedad de los medios de producción...La razón que explica la explotación está en la apropiación real que el capitalista puede hacer de los medios de producción y de los medios de subsistencia...La ciencia devenida técnica, que está fuera del alcance de la clase obrera, es lo que, en última instancia, la condena a cambiar su fuerza de trabajo por medios de subsistencia que no está en condiciones de producir."

Berumen Campos, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, p, 122 y 123, "..., el derecho laboral, lo considera como un sujeto jurídico, capaz de obligarse y de tener derechos, sin darse cuenta, u ocultado, que, en la relación de trabajo, el trabajador no es reconocido como un sujeto capaz de autodesarrollarse, sino como un objeto que tiene que satisfacer necesidades animales, pero no sus necesidades específicamente humanas. El trabajador se somete a las condiciones del contrato de trabajo, porque se ejerce, contra él, la violencia de la necesidad, cuya normatividad no puede ser ética, pues es un discurso ideológico que lo presenta como sujeto autónomo y libre. Y no es que no deba serlo, sino que el derecho lo presenta como si ya lo fuera."

3.4.4. El derecho económico y la reproducción de capital

En el derecho económico, dice Correas, no se tienen categorías básicas completamente reconocibles, como en el derecho civil y laboral, sin embargo esta rama jurídica se auxilia de algunos conceptos para desarrollarse, tales como: la empresa, la planificación y el estado.

La empresa, nos dice Correas, no es otra cosa que un capital.¹⁶³ En el derecho económico no existen, ni las personas ni las cosas. "La empresa es un capital, esto es, una condensación de gran cantidad de trabajo pretérito -un valor- cuyo único objetivo es autoincrementarse."¹⁶⁴

Las cosas y las personas civiles no existen "abiertamente" en el derecho económico, pero se encuentran subsumidas en la empresa, como parte de su patrimonio, en ese sentido existe una superposición del derecho económico respecto del derecho civil.

Otro de los conceptos o categorías básicas del derecho económico, es la planificación. La planificación, según Correas, es la transferencia de plusvalía de un lugar a otro,¹⁶⁵ que se realiza mediante decisiones de carácter político, que se revisten jurídicamente con el nombre de planificación.¹⁶⁶

¹⁶³ *Idem*, p. 211

¹⁶⁴ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, pp., 239 y 240

¹⁶⁵ *Idem*, p. 241, "La energía petrolera por ejemplo, convertida en valor mercantil por la fuerza de trabajo de los obreros del petróleo, si se entrega a precio de subvención al capital productivo, significa un traslado de plusvalía que, habiéndose originado en la circulación de un capital, se acumula en el resultado de otro capital."

¹⁶⁶ *Ibidem*, "La palabra "plan" evoca una racionalización de sucesos futuros. Y la funcionalización del derecho económico en relación con el plan, quiere indicar

La empresa y la planificación, dice Correas, son las herramientas que utiliza el estado (categoría del derecho económico, en el sentido de que crea las normas jurídicas que facilitan la reproducción ampliada del capital) para influir en la relaciones económicas.¹⁶⁷

"El estado, a través del derecho económico, actúa tratando de garantizar:

1. La existencia de los medios de producción y de la fuerza de trabajo necesarios para la iniciación del proceso de producción y la *separación* entre ambos.
2. El mantenimiento de una tasa de plusvalía "adecuada".
3. La realización del plusvalor.

Estas son las tres direcciones en que se despliega la categoría estado o "planificación" económica. El derecho económico, en definitiva, puede estudiarse en estas tres partes: legislación que tiende a asegurar la producción de MP y FT como separados, legislación que garantiza una tasa de plusvalía determinada, y legislación que permite agilizar el proceso M'D'. El resto del derecho económico lo constituye la legislación que tiende a regular la existencia misma del capital y su

también la racionalidad del derecho económico y la racionalidad del estado protector de los ciudadanos inermes ante el capital; del capitalismo al que ya nadie parece querer defender explícitamente. Sin embargo, en tanto el plan es la decisión política jurídicamente formalizada de la circulación del capital, el derecho económico es en realidad el instrumento del capital, o mejor, de ciertos capitales."

¹⁶⁷ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p. 243, "El estado a través del derecho económico, aun actuando a favor de la concentración de capitales, promueve el "orden" en el interior de esa concentración. Delicadamente, proponiendo una observación certera -el estado actúa a favor del monopolio y no en su contra-, elude el tema político de fondo -que el derecho económico es el más puro zumo de la sociedad burguesa-, y nos presenta una verdadera función del estado: la intervención coordinada y reguladora. Si en algún momento el estado aparece como función de lucha de clases (la "acción de fuerzas sociales" dice), es precisamente en relación con la intervención "social o de protección, esto es, la función estatal de la cual dice que no es la dominante."

movimiento, es decir, que tiende a ordenar la existencia y el movimiento de las *empresas*." ¹⁶⁸

El derecho económico es el instrumento jurídico que utiliza el estado para garantizar la reproducción o circulación del capital. Garantizando la existencia de medios de producción y fuerza de trabajo como mercancías. El derecho económico puede definirse, nos dice Correas, como un "conjunto de leyes "sueltas" -no incorporadas a los códigos tradicionales- con las que, de alguna forma el estado interviene en la economía nacional imponiendo determinados criterios a la iniciativa privada." ¹⁶⁹ El estado como una categoría básica (junto con la empresa y la planificación) es el creador de normas jurídicas que garantiza la reproducción ampliada del capital.

Por su parte Berumen, nos dice que si bien, el estado por un lado, propicia la acumulación de capital, es importante también, resaltar que posibilita -mediante los servicios públicos- el incremento del bienestar social. ¹⁷⁰

3.4.5 Estructura del sistema jurídico capitalista

El sistema jurídico -dice Correas- no puede explicarse horizontalmente, como si sus ramas fuesen contiguas. Por lo que nos propone verlo como niveles superpuestos, -sin que se trate de

¹⁶⁸ *Idem*, pp, 247 y 248.

¹⁶⁹ *Idem*. p.206 y 247; Correas, Oscar, *Ideología jurídica*, Universidad autónoma de Puebla, México, 1983, pp., 123-131.

¹⁷⁰ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, p, 112,

una pirámide-. El derecho civil, laboral y económico son niveles superpuestos que se reforman entre sí.

Aquí algunas consideraciones que hace nuestro autor en relación con esta idea:

El derecho económico nos dice Correas se ocupa de lo mismo (la economía) que el derecho civil, pero de una manera diferente y sin derogarlo.

El derecho civil se ocupa de la circulación de mercancías, en tanto que el derecho económico trata de la circulación de capital. "Toda circulación de capital implica circulación de mercancía, pero no al revés".¹⁷¹

La compraventa es la forma de existencia del intercambio equivalente (derecho civil) y no equivalente (derecho laboral). Lo que a la luz del derecho civil es un simple compraventa bajo el lente del derecho económico es un *entrelazamiento de una circulación del capital con una circulación simple de mercancías*. Aquí, nos dice nuestro autor, es inevitable observar un entrelazamiento entre derecho civil y económico y una superposición del segundo en relación al primero.

Como sabemos la jornada laboral máxima es de 8 horas (más 4 horas extras), el derecho económico tiene que garantizar que a pesar de esta reducción histórica de la jornada laboral, la plusvalía vaya en aumento, lo cual se consigue logrando que el obrero cree más valor en menos tiempo, para lograr esto se utilizan diversos medios como la capacitación y el adiestramiento, entre otros.

¹⁷¹ Correas, Oscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, p. 211

Una de las categorías básicas del derecho económico es la empresa. La empresa -a la luz del derecho civil- puede ser vista de dos maneras, como una persona "moral" o como un conjunto de cosas y personas encaminadas a obtener un beneficio. En este sentido la empresa subsume dentro de sí a las personas y las cosas, categorías básicas del derecho civil.

El derecho civil reconoce a los capitalistas la propiedad de los medios de producción, por lo tanto, y teniendo como argumento la difundida idea de que la propiedad de una cosa genera el derecho a lo que ésta produzca, y de que es el capital quien crea las mercancías y su beneficio, parece que el patrón no explota de ninguna forma al trabajador.

El sistema jurídico, en relación con el desarrollo del capital funciona, de acuerdo con Correas, de la siguiente manera: mediante el derecho económico, el estado, dice Correas, garantiza la existencia de las mercancías (M): medios de producción (MP) y fuerza de trabajo (FT), para que puedan ser adquiridas por el capital dinerario (D), revestidas, en el caso de los medios de producción, por un contrato de compraventa civil, y en el caso de la fuerza de trabajo, mediante un contrato laboral. Una vez que el capitalista tiene los medios de producción y la fuerza de trabajo que necesita, se inicia un proceso productivo (P) mediante el cual va a obtenerse una nueva mercancía o capital mercantil (M'), que conlleva un valor agregado que le da la fuerza de trabajo. Mercancía que va a ser intercambiada por dinero (D'). Este intercambio va a ser cubierto con el manto del derecho civil. Con

este capital acumulado (D') se va iniciar un segundo proceso de desarrollo del capital.¹⁷²

3.5. Norma hipotética fundamental

Considerar que el derecho constituye un sistema, nos lleva casi de forma inmediata a preguntar, qué da fundamento, origen a este sistema jurídico, y cómo es que una norma forma parte de un sistema jurídico y no de otro¹⁷³.

La validez de una norma, según Kelsen, reposa en otra conforme a la cual a sido creada, norma que a su vez a sido creada conforme a una tercera norma, cuya creación es determinada por otra norma y ésta tiene validez en otra norma, así hasta llegar a la norma *fundante básica, hipotética*, que es el fundamento de un sistema jurídico dado, por lo tanto una norma pertenecerá a un sistema en la medida en que su validez pueda derivarse de la norma hipotética fundamental que se encuentra en la base de ese sistema.¹⁷⁴

¹⁷² Correias, Óscar, *Ideología jurídica*, p., 129.

¹⁷³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones Peña hermanos, p. 161.

¹⁷⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p 232, "La norma fundante básica, hipotética es ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción."

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones Peña hermanos, p. 161, "Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, pp, 123 y 124, "...un sistema jurídico es el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma fundamental...la

La norma hipotética fundamental tiene dos funciones elementales: primera, unifica una multitud de normas creando así un sistema jurídico, y; segunda fungir como regla de reconocimiento de las normas de ese mismo sistema.

3.5.1. Norma hipotética fundamental y regla de reconocimiento y acto fundante (Tamayo)

La regla de reconocimiento, nos dice Hart, es una regla "orientadora" conformada por diversos criterios que sirven para identificar, reconocer las normas del sistema, o lo que es lo mismo para determinar la validez de otras reglas o normas del sistema.¹⁷⁵

Esta regla de reconocimiento, nos dice nuestro autor, no se manifiesta expresamente sino de una forma tácita, o sea, que su existencia se muestra en la forma como las normas particulares son reconocidas, por los jueces, legisladores, abogados, juristas, etcétera. Esta forma de expresión "tácita" de la regla de reconocimiento se realiza mediante lo que Hart llama *enunciados internos*. Mediante este tipo de enunciados se manifiesta el punto de vista interno de alguien (juez, abogado, legislador, etcétera) que acepta la regla de reconocimiento (sin mencionar - expresamente- que la acepta) al reconocer como válida alguna norma particular como una norma del sistema. Pero éste no es el único tipo de enunciados que existe en relación a la regla de

identidad de un sistema jurídico, así como la membresía de una disposición jurídica a un sistema, es determinado únicamente por los hechos de su creación, por su origen.

¹⁷⁵ H.L.A, Hart, *El concepto de derecho*, pp., 127 y 128

reconocimiento, es necesario distinguir entre esta aceptación compartida de una regla de reconocimiento mediante los enunciados internos, del tipo de enunciados que formula un observador ajeno al sistema, que sin aceptar la regla de reconocimiento describe el hecho de que un grupo de personas la acepta, a este tipo de enunciados se les denomina como *enunciados externos*.¹⁷⁶

Si se distingue claramente entre la aceptación tácita de la regla de reconocimiento (enunciados internos) y la descripción del hecho de que una cierta regla de reconocimiento es aceptada por algunos (enunciados externos), pueden desaparecer, según Hart, muchas de las oscuridades que rodean la expresión "validez" jurídica. La expresión "válido" es utilizada muy frecuentemente en los enunciados internos, enunciados que hacen referencia a una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada, regla que no es válida ni inválida en razón de no encontrarse sometida a criterios de validez jurídica determinados por otra regla.¹⁷⁷

Algunos autores, nos dice Hart, han dicho que la validez de la regla (última) de reconocimiento se da por admitida, por

¹⁷⁶ *Idem*, pp., 127, 128 y 130

¹⁷⁷ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, pp, 128, 129 y 133, "Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de "validez" jurídica. Porque la palabra "válido" es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada., cuando la validez de la ley ha sido cuestionada., alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas."

presupuesta y que no puede ser demostrada, o que es una hipótesis. Sin embargo, nos dice que ésta regla no es válida ni inválida, sino simplemente aceptada como adecuada para identificar el derecho. La regla de reconocimiento es diferente a todas las demás normas del sistema, porque mientras las otras normas de sistema son válidas (al ser identificadas conforme a alguno de los criterios establecidos por la regla de reconocimiento) y en ese sentido "existir" independientemente de que sean desobedecidas, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica generalmente armónica, coincidente, de los funcionarios y particulares, al reconocer las normas de derecho conforme a ciertos criterios que ella ha establecido. Otra gran diferencia entre la regla de reconocimiento y las demás normas del sistema radica en el hecho de que el *status* de norma del sistema depende de cumplir con los requisitos determinados por la regla de reconocimiento, por lo que no puede aplicarse esta misma situación respecto de la propia regla de reconocimiento, pues es ella quien establece los requisitos de validez.¹⁷⁸

Hablar de la validez de una norma significa reconocer que dicha norma satisface los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y que por tanto es una norma del sistema. La regla de reconocimiento es como ya hemos visto una regla *última*, que establece los criterios de validez (pertenencia) de entre los cuales uno es supremo.¹⁷⁹

Entre los criterios que establece la regla de reconocimiento existe uno que es "superior" o supremo respecto de los otros. Un

¹⁷⁸ H.L.A., Hart, *El concepto de derecho*, pp. 135-137

¹⁷⁹ *Idem*, pp., 129, 133 y 135

criterio de validez jurídica es supremo en el sentido de que en el caso de que se presente una contradicción entre las normas validadas por él y otra norma validada por otros criterio ("subordinado"), prevalecerá -será reconocida como parte del sistema- la norma reconocida -validada- por el criterio supremo, este criterio, creemos, bien puede ser equiparado a la constitución de un sistema jurídico cualquiera.¹⁸⁰

Si observamos con atención lo expuesto por Hart, podemos percatarnos de que su modelo de sistema jurídico es muy parecido al de Kelsen, es decir, en forma piramidal, solo que él substituye la norma hipotética fundamental por la regla de reconocimiento que esencialmente cumple las mismas funciones dentro del sistema.

Por su parte Tamayo, teniendo como punto de partida la teoría kelseniana substituye la norma hipotética fundamental por

¹⁸⁰ H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, pp., 132 y 133. "Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas de identificación por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo... las nociones de un criterio superior y un criterio supremo se refieren simplemente aun lugar relativo en un escala, y no importa ninguna noción de potestad legislativa jurídicamente ilimitada. Si embargo, es fácil confundir "supremo" e "ilimitado", por lo menos en la teoría jurídica. Una razón para esto es que en las formas más simples de sistema jurídico las ideas de regla última de reconocimiento, criterio supremo y legislatura jurídicamente ilimitada, parecen convergir. Porque cuando hay una legislatura que no está sometida a limitaciones constitucionales, y tiene competencia para privar a todas las otras reglas emanadas de otras fuentes de su *status* jurídico, es parte de la regla de reconocimiento de tal sistema que la sanción de aquella legislatura constituye el criterio supremo de validez. Esta es, de acuerdo con la teoría constitucional, la situación en el Reino Unido. Pero aun sistemas como el de los Estados Unidos, donde no existe legislatura jurídicamente ilimitada, pueden perfectamente bien contener una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es supremo."

un acto o poder originario, fundamental, por un acto-condición-común de un conjunto de normas, acto fundante del sistema jurídico que a diferencia del de Kelsen no es jerárquico sino sucesivo, como ya hemos visto. En cuanto a los criterios de identidad y pertenencia, Tamayo considera que éste no depende únicamente del acto-originario sino de todos los actos-condición que hay en el sistema, actos que van determinando (estableciendo las características que deben tener) que actos completaran, progresivamente, el sistema, y que son los que pertenecen al mismo sistema.¹⁸¹

Aunque para Tamayo la identidad y la pertenencia aún sistema determinado no dependen únicamente del acto fundante del sistema, éste es el elemento indispensable para poder identificar una norma como parte de un sistema y no de otro.¹⁸²

¹⁸¹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 95, 99 y 119, "Una multitud de comportamientos jurídicos forman un sistema de normas, si estas normas poseen, cuando menos, un acto-condición común a todas ellas. Por tanto, todas las normas que poseen un acto-condición común forman un orden o sistema de normas jurídicas, son entidades de un mismo sistema. Una norma pertenece al sistema que su acto-condición más mediato origina o constituye, es decir, una norma pertenece al orden jurídico que su acto condición más mediato hace posible... Los criterios de identidad y permanencia de un sistema jurídico se encuentra en todos los comportamientos jurídicos que funcionan como condicionantes de otro y otros... Las entidades de un sistema jurídico son todos aquellos comportamientos que lo van progresivamente completando al conformarse a los criterios de identidad establecidos en los actos jurídicos condición, desde el acto jurídico tenido como el más mediato a las consecuencias hasta la aplicación imputativa de estas últimas."

Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp. 180 y 181, "El acto creador del sistema es un poder o facultad de creación jurídica. Esto es, la arborescencia descansa en un poder (fundamental). Este poder (legislativo) fundamental es el poder que la primera norma (i.e., la primera constitución histórica). De esta manera puede decirse que un orden jurídico (total) consiste en el poder fundamental y en todas las normas creadas, directa o indirectamente, mediante el ejercicio de las facultades conferidas por tal poder."

¹⁸² Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp. 212 y 213, "...el criterio de identidad de un orden jurídico podría formularse de la manera siguiente: (1) hay por lo menos un acto (de creación normativa) que es común a cualquier cadena normativa que pertenezca al mismo orden jurídico y

3.5.2 Norma hipotética fundamental y ciencia del derecho

*La norma hipotética fundamental, es lo que posibilita a la ciencia jurídica, a interpretar el derecho como un sistema de normas válidas.*¹⁸³ La validez de una norma, hemos dicho innumerable cantidad de veces, depende de la suposición de una norma no positiva, localizada en la base del sistema jurídico, del cual forma parte esa norma jurídica positiva.

La norma hipotética fundamental, nos dice Kelsen, concede a un hecho fundamental como lo es la primera constitución la cualidad de poder crear normas jurídicas, lo que significa que para poder atribuir a determinados hechos la calidad de hechos creadores de normas jurídicas válidas, es necesario suponer la existencia de una norma hipotética fundamental.¹⁸⁴

La norma hipotética fundamental es presupuesta, según Kelsen, por cualquiera que interprete el sentido subjetivo de los actos-condición-constituyentes (por virtud de los cuales se crea la primera constitución) e interprete como su sentido objetivo (como normas jurídica) a los actos cumplidos o realizados conforme a esa constitución. Cuando un documento es considerado

(2) hay al menos un acto que es parte de todas las cadenas normativas de un orden jurídico...para todo orden jurídico, el acto jurídico común a todas las cadenas normativas de un orden jurídico (histórico) es el acto originario, el acto fundante del sistema, o si prefiere: el acto constituyente del orden jurídico. La constitución no es sino la(s) norma(s) establecida(s) por dicho acto."

¹⁸³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones Peña hermanos, pp. 165 y 166, "La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho...Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas."

¹⁸⁴ *Idem*, pp. 48, 62 y 63. "Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como...el establecimiento de la primera constitución de un Estado, la cualidad de hecho creador de normas..."

subjetivamente como la primera constitución de un estado, la tarea de la ciencia del derecho consiste en atribuirle un sentido objetivo conforme a un sistema jurídico -siempre que sea eficaz- del cual ella es la base, lo cual no significa que la ciencia del derecho impone la norma hipotética fundamental, sino que la presupone, puesto que la ciencia del derecho se limita a describir las normas, no a prescribirlas.¹⁸⁵

"Los jurista", nos dice Correas, tiene la tarea de determinar cuales son las normas válidas y cuales no lo son, saben como reconocer una norma de sistema y por tanto cuales son las conductas *legítimamente* debidas. Cuando "los juristas" señalan una norma como válida (como parte del sistema), lo hacen teniendo como hipótesis la norma fundamental.¹⁸⁶

Sin embargo nos dice Correas, que si estos "científicos" del derecho se ajustarán a la ciencia descrita por Kelsen (como dicen que lo hacen) reconocerían que la norma hipotética fundamental no es una hipótesis sino una *ficción* (como veremos en el

¹⁸⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, ediciones Peña hermanos, pp. 62 y 63, "...un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencias del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera constitución de un Estado, la ciencia del derecho solo le atribuye el significado objetivo de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz."

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, segunda edición, p. 213.

¹⁸⁶ Correas, Oscar, *Kelsen y los marxistas*, ediciones Coyoacán, México, 1994, "...los jurista son los intelectuales encargados de establecer cuáles son las normas válidas...Estos personajes son los depositarios del saber que permite "reconocer" cuando el sentido subjetivo de un acto de voluntad, que se quiere norma, coincide con el sentido objetivo...Los juristas son quienes, por saber cuáles son las normas, informan también que las conductas que ellas postulan son "debidas", pero ya no sólo en el sentido de legalmente exigibles, sino también el sentido de *legítimamente* debidas. Lo que los juristas hacen es señalar las normas válidas "suponiendo" la norma fundante como *hipótesis*."

siguiente inciso). Considerar a la norma fundante como ficción implica, según nuestro autor, *quitar toda legitimidad a todo poder. Sostener que es una hipótesis "científica" es igual a ocultar detrás de la ciencia que quien ejerce el poder no tiene ninguna legitimación para hacerlo, que no sea la fuerza o la astucia.*¹⁸⁷

En este sentido, y siguiendo, siempre la teoría de Correas, tenemos que la norma hipotética fundamental indica quien tiene el poder, pues al reconocer —mediante la constitución— a alguien como autoridad hace parecer como debido lo que esa "autoridad" (quien ejerce el poder) quiere que sea debido.¹⁸⁸

Esta legitimación, no siempre querida por los juristas tiene su origen en "una trampa que se instala en el lenguaje, es la palabra "deber", no es algún oscuro y perverso designio de los abogados (por lo menos no de todos). Lo "debido" porque es establecido por quien es el señalado por la *Grundnorm*, no es en realidad "debido" moralmente; o dicho de otro modo, lo "debido" por ser establecido por el que es señalado por la *Grundnorm*, lo es sólo porque fingimos que es "debido". En el primer sentido "debido" significa que si no se cumple, deberá haber sanción. En el segundo sentido, debido significa que es "bueno". El sentido de la ciencia jurídica es el primero. Pero la palabra, por mediación de esa ciencia, evoca en el

¹⁸⁷ *Idem*, pp., 159 y 161, "Al derecho, ejercicio del poder, no lo justifica nada. La única manera es fingir "que debe ser lo que una autoridad quiere"...Y cuando la jurisprudencia, los juristas "científicos" y "puros" hacen "hipótesis", lo que hacen es justificar el poder. No confiesan, no se atreven o no quieren, que lo que hacen es una ficción...Si los juristas se ajustaran al tipo de ciencia que Kelsen postula, deberían reconocer que la norma fundante es una ficción, no una "hipótesis". Saber que se trata de una ficción significa quitar toda legitimidad a todo poder. Postular que se trata de una hipótesis científica es velar, tras el prestigio de la ciencia, el hecho de que quien ejerce el poder a través de las normas *no tiene ninguna legitimación para ejercerlo que no sea...*, ¿la fuerza? ¿la astucia?..."

¹⁸⁸ Correas, Oscar, *Kelsen y los marxistas*, p., 162-164, "Obsérvese que la *Grundnorm* es como una veleta que señala a quien tiene el poder, a quien la constitución *eficaz*, sea cual fuere su origen, inviste como autoridad para dictar normas...Lo que la *Grundnorm* hace, es señalar como editor de normas válidas, a quien consigue hacerse obedecer, a quien mantiene la hegemonía."

ciudadano el segundo sentido. Es una horrible trampa. de la cual los juristas pueden evadirse únicamente como *criticcs...*"¹⁸⁹

En este sentido, dice Correas, la norma fundante puede ser vista como la condición de la hegemonía. para que un grupo determinado llegue al poder y se mantenga es necesario que su aceptación sea generalizada, primeramente a través de una norma que lo reconozca como autoridad legítima, quien determina lo que hay que hacer porque eso es lo que se debe hacer.¹⁹⁰

"...el elemento más importante de esta ideología solidificante, es la *Grundnorm*; puesto que toda ideología tiene un objeto prescriptivo, es decir, promover conductas determinadas; pero que la ideología sea eficaz, es decir que consiga "hacer hacer", sólo sucede si el emisor, explícito o velado, de la prescripción, es aceptado como dador de sentido, lo cual, a su vez, significa que es señalado como tal por la *Grundnorm*. La norma fundante distribuye la palabra autoridad. La palabra autoridad es la que enuncia la ideología autorizada."¹⁹¹

3.5.3. La norma hipotética fundamental como ficción jurídica (Correas)¹⁹²

En *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado de 1911*, nos dice Correas, no aparece, todavía, la *Grundnorm*, sin embargo en el prólogo de la segunda edición (1923) aunque Kelsen considera que el problema de la creación de las normas le pertenece a la sociología y no a la ciencia jurídica, ya habla de

¹⁸⁹ *Idem*, pp, 166 y 167

¹⁹⁰ *Idem*, p., 170

¹⁹¹ *Idem*, p, 171.

¹⁹² Correas, Oscar. "Y la norma fundante se hizo ficción", en: *Crítica jurídica*, núm., 18, Brasil, 2001 pp., 71-97.

una norma fundamental cuyas características, son : primero, su creación es un hecho -al margen del sistema jurídico-, segundo; no es una norma aunque se presenta como tal, sino una premisa; y tercera, da unidad a todo el sistema.¹⁹³

Mas tarde en la *Teoría general del estado*, la *Grundnorm* será considerada por Kelsen como una hipótesis de la ciencia jurídica que es fundamento del sistema jurídico y que ayuda a ver como relaciones jurídicas a ciertas situaciones de poder.¹⁹⁴

En la *teorías puras del derecho* anteriores a 1960 la norma fundamental es una hipótesis básica puesta no supuesta, que permite identificar lo que es derecho¹⁹⁵. En la *teoría pura del derecho* de 1960, la norma fundante supuesta (válida) ayuda a distinguir actos jurídicos y funcionarios cuyos actos -jurídicos- producen normas.¹⁹⁶ En la teoría pura del derecho de 1960, Kelsen continua sosteniendo que la norma fundamental es presupuesta y que es la unidad del sistema jurídico y a la pregunta de quién presupone la norma fundante, responde que "quienquiera" que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los

¹⁹³ *Idem*, pp, 74

¹⁹⁴ Correas, Oscar, "Y la norma fundante se hizo ficción, en: *Critica jurídica*, p 76, "La NF es "hipotética no positiva"...Es decir, es una hipótesis no puesta por ningún acto de voluntad normativa...¿quién es el sujeto que formula tal hipótesis? En TGE este sujeto es "el pensamiento jurídico", "la teoría" o la "Ciencia Jurídica"...hay una "necesidad teórica" de legitimar el poder y se requiere una hipótesis que permita ver como relaciones jurídicas, lo que de otro modo no sería más que un conjunto de actos de fuerza, en virtud de los cuales alguien ejerce el poder sobre otros. Es interesante observar que la NF aparece aquí como teniendo la función de *legitimar* el poder de hecho, de "juridizarlo", convertirlo en *lo debido*..."fundar" la juridicidad de un conjunto de actos de voluntad normativa es lo mismo que legitimarlos. Y por tanto la NF cumple la misma función de santificación del poder que cumple el pacto en el jusnaturalismo."

¹⁹⁵ *Idem* p, 80

¹⁹⁶ Correas, Oscar, "Y la norma fundante se hizo ficción, en *Critica jurídica*, núm 18, p, 81

actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas. "Esta interpretación es una función de conocimiento, no una función volitiva."¹⁹⁷ Considerar a la norma fundante como el resultado de un uso descriptivo del lenguaje y no prescriptivo, es lo que según Correas lleva a Kelsen a considerarla una ficción.

En 1963, Kelsen sostuvo:

"...he presentado mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella ... He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere... No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe."¹⁹⁸

Kelsen, nos dice Correas, concluye que una norma es el sentido de un acto de voluntad y no de un acto de pensamiento como los enunciados. Esta norma que surge de la voluntad y no del pensamiento dice que existe una autoridad que quiere algo, pero en realidad no hay tal autoridad y por tanto no hay quien "quiera" y por eso es una ficción. "Se trata de una voluntad que no existe ni existió nunca."¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Idem*, pp. 83 y 84

¹⁹⁸ Schmill, Ulises-J. Vernengo Roberto, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho* (tres ensayos sobre Kelsen), UNAM, México, 1984, p. 36.

¹⁹⁹ Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, -alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003, p. 115, "...la Grundnorm. Diciendo que ésta era una

De acuerdo con Correas, de esta última afirmación de Kelsen podemos decir que existe un acto de voluntad ficticio de alguien, también ficticio, cuyo sentido es la norma hipotética (que es una ficción). Lo que se finge es que existió una autoridad, más elevada que los constituyentes, que autoriza la creación de una constitución.²⁰⁰

La autoridad, nos dice nuestro autor, tiene su legitimación en un discurso que no forma parte del derecho, discurso paralelo que la teoría analítica oculta, contribuyendo con la ficción de que lo que legitima a la autoridad es el cumplimiento de la ley, cuando lo que la legitima es el discurso jurídico de los científicos del derecho (discurso que dice que alguien la cumple). Para saber que ese alguien (autoridad) cumple con la ley es necesario echar mano del discurso que así lo dice, discurso que en razón de su función (sostener al grupo que lo ha creado para que lo reconozca, en el poder) no forma parte del derecho.²⁰¹

ficción, quería decir que, por algún mecanismo humano, cuando el pensamiento no consigue producir explicaciones con los datos de su experiencia, procede a crearlas, inventarlas. Y en eso consisten las *ficciones*. Que, dice, se diferencian de las hipótesis, porque en éstas, la creación mental lleva, o debería llevar aparejado, el claro entendimiento de que es un constructo mental, cosa que no sucede con las ficciones, en las cuales el rastro de la artificiosidad se ha perdido para su propio autor."

²⁰⁰ Correas, Oscar, "Y la norma fundante se hizo ficción", en: *Critica jurídica*, núm. 18, pp. 85 y 86

²⁰¹ Correas, Oscar, *Kelsen y los marxista*, p. 158 y 159, "La ficción consiste en que alguien autoriza a la autoridad bajo la cual se coloca, *fingiéndose* autoridad sobre esa autoridad. Se hace autoridad aunque no lo es, para dar autoridad a quien ejercerá el poder sobre él...hay dos fingidores. El que da autoridad a otro sobre sí mismo, y este otro que se aprovecha, y puede haber un tercero: el que, "científicamente", justifica al que se aprovecha...El "material dado" es aquí el ejercicio del poder. Pero como éste no puede justificarse, hay que inventar la justificación. Esto me parece que es la perenne denuncia que, si se quiere puede leerse en Kelsen."

A la pregunta de quién presupone la norma fundante, dice Correas, Kelsen responde que "quienquiera", que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, detrás de esta de ese "quienquiera" hay alguien que produce un acto de habla.

"...en realidad la NF es un acto de habla de alguien...pero como puede suceder, y de hecho sucede a menudo, que distintos actores sociales hablan distinto del estado, algunos para reconocerlo y otros para desconocerlo, en realidad la NF es el producto de la lucha entre quienes producen esos actos de habla."²⁰²

Para Correas, entonces, la norma fundante no es un acto de habla sino el producto de un o varios actos de habla.

El acto de habla, nos dice Berumen, siguiendo a Searle, es la "unidad mínima de sentido del lenguaje"²⁰³. Los elementos indispensables para que un enunciado tenga un "mínimo sentido" son: el elemento proposicional, que consiste en la descripción de un estado de cosas, y el elemento ilocucionario que "expresa" un estado de ánimo (la intención del acto de habla). Cuando este último elemento no está manifestado abiertamente sino que se encuentra oculto, sobreentendido, el acto de habla se conoce como perlocucionario. Otro tipo de acto de habla es el performativo²⁰⁴ o declarativos. La creación preformativa, nos dice Berumen, puede ser legítima o ilegítima²⁰⁵ (desde un punto de vista ético), cuando es legítima, el acto de habla es performativo

²⁰² Correas, Oscar, "Y la norma fundante se hizo ficción", en : *Critica jurídica*, núm., 18, Brasil, 2001, pp, 83 y 84.

²⁰³ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp, 39 y ss.

²⁰⁴ Ver *supra*, Cap, II 'demiurgia'

²⁰⁵ Un acto de habla será legítimo éticamente, según Berumen, cuando cumpla con las condiciones de la acción comunicativa de Habermas, es decir que la acción comunicativa tenga: intelegibilidad, verdad, veracidad y rectitud. Ver BERUMEN Campos Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Pp, 43-55.

ilocucionario y cuando es ilegítima, el acto de habla es performativo perlocucionario.

Estos no son los únicos tipos de actos de habla. Berumen, siguiendo ahora a Habermas, distingue tres tipos de actos de habla: regulativos, en los que el elemento ilocucionario es una modalidad deóntica y el elemento proposicional es una descripción; constatativos, aquellos cuyo elemento ilocucionario es verificativo y su elemento proposicional es descriptivo y; expresivo, cuyo elemento ilocucionario es emotivo y su elemento proposicional es descriptivo.

Los actos de habla conforma una acción comunicativa, se desarrolla en tres momentos: (1) *determinación de las pretensiones de validez de los actos de habla*: quien emite un acto de habla pretende que éste sea admitido por cuatro razones: Intelegibilidad se refiere a los elementos del actos de habla y significa que el lenguaje utilizado debe ser claro. Los actos de habla que no cumplen con esta característica incurren en la patología de oscuridad. Verdad, se refiere especialmente al elemento proposicional del acto de habla y consiste en que ninguno de los hablante debe confundir los referentes de las expresiones utilizadas, lo contrario a la verdad será entonces el error. Veracidad, se refiere al elemento ilocucionario del acto de habla y significa que la intención no debe ser la de engañar ni total ni parcialmente, lo contrario a la veracidad es el engaño. Y; Rectitud, se refiere al elemento ilocucionario del acto de habla y significa que no debe hacerse uso de ningún tipo de violencia; (2) y problematización y (3) desempeño de las pretensiones de validez, lo que significa que los participantes, pueden dudar de los

argumentos del otro, es decir se puede dudar, por ejemplo de su veracidad o de su claridad, y que además deben asumir una actitud hipotética respecto de los argumentos de los demás, es decir que deben contemplar la posibilidad de que dichos argumentos sean ciertos.

Cuando los actos de habla de todos los participantes cumplen con las condiciones de la comunicación racional, es posible llegar a un entendimiento mutuo y muy probablemente a un consenso legítimo, pero cuando por el contrario los actos de habla contienen patologías, dice Berumen, la *acción comunicativa* se transforma en una acción orientada al éxito y muy probablemente el resultado será un pseudo consenso. La acción orientada al éxito puede ser tres tipos: primera; *instrumental*, en este tipo de acción comunicativa los interactuantes se utilizan uno a otro y haciendo uso de la violencia; segunda, *estratégica*, aquí existe la simulación de un acuerdo, pero no la intención de cumplirlo; tercera, *dramatúrgica*, aquí se utilizan los sentimientos del otro.

Podríamos decir, ahora que la norma fundante de Kelsen, es un acto de habla performativo, pues parece que crea, funda un sistema jurídico, y además, siguiendo a Correas, perlocucionario, pues su "verdadera" intención (reconocer a quien ejerce el poder como autoridad) se encuentra oculta.

Hasta aquí tenemos que el derecho es un discurso que amenaza con violencia, que *sirve para ejercer el poder* (este punto lo desarrollaremos más ampliamente en el quinto capítulo de este trabajo) y que puede ser -y que de hecho es- visto como un sistema, en razón de una norma básica (acto de habla

preformativo perlocucionario), que da validez y que funda la unidad de un sistema jurídico. Sin embargo, nos dice Correas, la teoría analítica del derecho, no se ha planteado hasta ahora la posibilidad de que existan otros sistemas jurídicos válidos, otros "instrumentos normativos del poder".²⁰⁶

3.6. Pluralismo jurídico

El derecho como sistema jurídico, nos dice Tamayo, se manifiesta con una pretensión tripartita: 1) es **comprehensivo**, en el sentido que pretende regular cualquier tipo de conducta humana; 2) es **supremo y exclusivo**. Supremo porque su fuente de validez no proviene de otro sistema, sino de sí mismo y, **exclusivo**, porque, donde vale un orden jurídico no puede valer ningún otro y; 3) es "abierto", en el sentido de que posee instancias que pueden convertir en normas jurídicamente obligatorias, reglas que en un primer momento no formaban parte de él.²⁰⁷

La pretensión de exclusividad del sistema jurídico impide que bajo el manto de la teoría analítica se planteé la posibilidad de que en un mismo territorio exista más de sistema jurídico. Esta pretensión de exclusividad, junto con la pretensión de supremacía, cierran -clausuran- por completo el sistema jurídico descrito por Tamayo. Contrariamente a esto, Correas, -en la medida de que el estudio del derecho que nos propone es abierto -se ocupa, de la existencia de normas, que no estando incluidas en el sistema

²⁰⁶ Correas, Oscar, *Teoría del derecho*, pp. 149 y 150.

²⁰⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p. 197.

jurídico "oficial" son válidas y eficaces y que por tanto constituyen un sistema jurídico.

Es importante, nos dice Correas, hacer una diferencia entre "pluralismo jurídico", "derecho alternativo" y "uso alternativo del derecho".

El *pluralismo jurídico*, dice Correas, es la "coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos." Partiendo de la idea de que un sistema jurídico se encuentra organizado con base en norma fundante, es claro que en México estamos en presencia del fenómeno del pluralismo jurídico en el caso en que el derecho indígena, no escrito que convive con las normas del *estado hegemónico*. El discurso de la pirámide jurídica da la impresión de que existe un derecho único, derecho que se identifica con el estado, de ahí que Correas utilice la expresión estado hegemónico, respecto de otros sistemas que están luchando por la eficacia.²⁰⁸

Existe la posibilidad de que algunas conductas que son obligatorias conforme a las normas de un cierto sistema, constituyan un delito o una falta cualquiera conforme al derecho hegemónico, en este caso estamos en presencia de lo que Correas denomina *derecho alternativo*. El derecho alternativo supone, entonces, la existencia de pluralidad jurídica, pero el pluralismo jurídico no significa necesariamente la existencia de derecho alternativo.

²⁰⁸ Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003, p, 37

Por *uso alternativo del derecho* entendemos la interpretación –el uso– del discurso del derecho hegemónico, de tal suerte que se consiga beneficiar, mediante la producción de normas, a ciertos grupos sociales a los que el sistema hegemónico no desea proteger.²⁰⁹

La alternatividad puede encontrarse tanto en el discurso del derecho como en el discurso jurídico, en su sentido deóntico o en su sentido ideológico.

Una vez hechas estas distinciones, que son necesarias, para evitar cualquier confusión, entraremos de lleno con el tema del pluralismo jurídico. Entendido como la diversidad de sistemas normativos que coexisten en un mismo territorio y que reclaman obediencia. Estos sistemas se dividen en un sistema hegemónico o dominante y un sistema hegemonizado o alternativo.

La hegemonía de un sistema jurídico sobre otro significa que, en caso de alternatividad entre ambos, las normas del primero son mayormente obedecidas que las del segundo, lo que significa que son más eficaces y lo que es lo mismo que el sistema jurídico es eficaz. Que ciertas normas sean obedecidas quiere decir que existen determinados grupos sociales que mantienen la hegemonía respecto de otros, en tanto que consigue que se comporten como ellos lo desean.

Ahora bien, nos dice Correas, la efectividad de las normas (del sistema jurídico) se encuentra ligada, entre otras cosas, a su

²⁰⁹ *Idem*, p. 38

reconocimiento. Una norma es una norma solo porque alguien (los juristas y su ciencia) la reconoce como tal.²¹⁰

Los científicos de derecho reconocen una norma como norma jurídica, porque reconocen que el sistema jurídico al cual esa norma pertenece es eficaz.

Existen, nos dice Correas, dos tipos de juristas: juristas externos, que son observadores que, podríamos decir recordando un poco a Hart, que son aquellos, que producen enunciados externos, y juristas internos, que producirán enunciados internos, en los que al reconocer una norma como válida reconocen al mismo tiempo la legitimidad de la autoridad que la dictó. La actividad de los juristas internos, según Correas, forma la eficacia del sistema jurídico, o lo que es lo mismo, para poder constituir un grupo hegemónico es necesario lograr la efectividad de las normas y la eficacia del sistema jurídico que lo legitima, para lo cual se requiere de un grupo de juristas, funcionarios, etcétera cuya función sea la de hacer efectivas las normas y eficaz al sistema.²¹¹

En la función de reconocimiento de la ciencia jurídica existen dos actos lingüísticos importantes²¹². El primero surge cuando un determinado funcionario acata una norma dictada por su superior, mediante ese acto lingüístico el funcionario le da efectividad a esa norma. El segundo se da cuando un científico del derecho reconoce a esa norma como válida porque la considera eficaz.²¹³

²¹⁰ Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, fontamara, México, 2003, p. 45

²¹¹ Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, pp. 71 y 72.

²¹² *Idem* pp. 74 y 75

²¹³ *Ibidem*

La función de la ciencia jurídica es la describir las normas, sin embargo, nos dice Correas, esa solo "descripción" constituye la eficacia del sistema jurídico. Cuando se describe una norma "científicamente", lo que en realidad se hace es reconocer la autoridad de quien la produce y se recomienda su aplicación. La ciencia jurídica, entonces, constituye el elemento principal de la efectividad de las normas y por tanto de la hegemonía de un sistema jurídico respecto de otros.²¹⁴

El pluralismo jurídico hace tambalear la "paz" del sistema jurídico único, mostrando una lucha entre sistemas sostenidos por grupos contrarios. Empero, los juristas internos se niegan a ver esta realidad en razón de que han sido educados para reconocer un solo sistema normativo. La cultura aprendida en las facultades de derecho es una "cultura estatista y monista" (estado único) que se enseña, dice Correas, de forma subrepticia no teorizada, no expresa.

"...la tarea misma de interpretación de una ley supone lo que criticamos: que existe un solo estado y que él produce un solo sistema jurídico. Esto sucede porque al leer un texto e identificar en él una norma, por el solo hecho de declarar que ahí hay una norma, se produce un acto lingüístico de reconocimiento de la autoridad que lo produjo. Y como esta autoridad es la misma que resulta celebrada por esta técnica de reconocimiento, y como esa autoridad se presenta como única, el declararla como autoridad implica hacerla única. En esta trampa del lenguaje se encuentra la cultura estatista y monista."²¹⁵

²¹⁴ *Idem*, pp, 79 y 80

²¹⁵ *Idem*, pp, 63, 73 y 76.

Si existe un único sistema (normas, funcionarios, etcétera únicos) es claro que éste es el jurídico, el legítimo. La juridicidad, no es más que un calificativo que sirve para legitimar y en ese sentido privilegiar un sistema normativo sobre cualquier otro al que se le denomina antijurídico. Sin embargo nos dice Correas, no existe imposibilidad alguna para que los teóricos del derecho reconozcan la juridicidad (la existencia) de sistemas normativos alternativos, las razones por las que no lo hacen son, nos dice, exclusivamente del uso lingüístico de nuestra "incultura jurídica".²¹⁶

²¹⁶*Idem*, pp. 121-124 "Si la ciencia es un cuerpo discursivo absolutamente *descriptivo*, en el que no caben prescripciones, que pretender ser calificado de "verdadero", conforme con ciertos criterios más o menos empíricos de comprobación, la idea de que no *debe* admitirse la posibilidad de dos normatividades en el mismo territorio y para la misma población, no tiene nada de eso...En efecto, la descripción de las normas válidas de un orden o sistema jurídico, requiere, sí, del concepto de regla de reconocimiento. De otra manera, no podrían reconocerse las normas que lo integran. Pero, una vez reconocidas las normas, y por tanto definido el orden o sistema, no se requiere preguntar si hay otras normas, producidas por otros funcionarios, autorizados por normas de orden o sistema. O, más bien, la Dogmática jurídica simplemente no se *pregunta* si el orden que describe es único o si el *contenido* de las normas ha sido o no impuesto por una voluntad extranjera. Por tanto, la TGD tampoco...Siendo esto así, ¿qué impide que los indígenas sean órdenes normativos *jurídicos*? En realidad, absolutamente nada; salvo esta de la soberanía, cuya función significativa ha quedado relegada totalmente al nivel de la ideología jurídica de justificación del estado moderno. Sirve *precisamente*, para retacear legitimidad a cualquier intento de contestación del poder, de la *legitimidad* del poder de los funcionarios de un estado...La aceptación de que pueden existir diversos órdenes o sistemas jurídicos en un mismo territorio y para los mismos súbditos, conlleva una imagen del fenómeno jurídico distinta de la que tienen en mente los teóricos tradicionales. Implica que el monismo jurídico se ha roto. Que la juridicidad ha estallado, dando lugar a múltiples normatividades. Esto genera también una imagen distinta del ejercicio del poder. Ahora existen muchos sistemas normativos, la servicio de distintos focos de poder."

3.7. Conclusiones del capítulo III

1. El sistema jurídico para Tamayo se construye a través de acontecimientos encadenados sucesivamente, que se van complementando unos a otros, hasta llegar a la norma jurídica completa.

Cuando Tamayo en un primer momento, siguiendo a Kelsen considera que el sistema se crea a través de actos condición y actos consecuencias que son componentes de la norma jurídica completa (sentencia), se fija más detenidamente en el ámbito material de validez de las normas, pues se refiere a las obligaciones (conductas), lo que significa que en este análisis enfatiza más en el enfoque imperativo del derecho. En cambio, cuando, siguiendo a Hart, considera que existe actos y normas que facultan, se inclina más hacia el ámbito personal de validez de las normas, en tanto que se ocupa del hecho de que la norma faculta a alguien para que determine el ámbito material de las normas, destacando el enfoque alternativo del derecho.

Para Correas el "sistema jurídico", toma la forma (estructura) que el capital le exige para poder desarrollarse, y es por ello que relaciona los tres momentos del desarrollo de capital con tres ramas del derecho. El primer momento del capital es la apropiación de los medios de producción, apropiación que se reviste con el lenguaje (ideologías) del derecho civil; el segundo momento del capital, la explotación de otros (los que no tienen medios de producción), se legitima (en el sentido de que se considera bueno o justo) jurídicamente con (las ideologías) el

derecho laboral y; por último, la acumulación de capital se auxilia del derecho económico para llevarse al cabo.

Ahora bien, estos tres momentos de capital no se encuentran separados unos de otros, sino que por el contrario se encuentran íntimamente relacionados, pues se necesitan para lograr conseguir su objetivo. El capital global, como lo llama Correas. Si estos tres momentos del capital se relacionan intrínsecamente y requiere del discurso-derecho para legitimarse, entonces, por lo menos, esta tres ramas del derecho, también se complementan entre sí.

Esto significa que tanto el modelo de sistema jurídico de Tamayo como el modelo de sistema jurídico capitalista de Correas se construyen y se desarrollan a través de actos jurídicos encadenados sucesivamente. Por esto podríamos decir que existe un encadenamiento normativo que favorece el desarrollo capitalista, o bien que existe un sistema jurídico-capitalista que se crea poco a poco a través de actos de habla que propician el desarrollo del capital.

2. El acto fundante y no la norma fundante, es la expresión que utiliza Tamayo para referirse al origen, a la fuente del sistema jurídico, sin embargo no especifica a que se refiere exactamente con esta expresión, como diría él mismo, no establece las condiciones que gobiernan el uso de la expresión "acto". Nosotros ampliando un poco el campo semántico de la palabra, diremos que el origen del sistema jurídico es un acto de habla.

Correas, por su parte, en un primer momento dice que es un acto de habla, pero unos renglones después señala que en realidad es el producto de un acto de habla, nosotros consideramos que no es el producto sino el acto de habla mismo. Un acto de habla regulativo.

Dice Kelsen en la primera edición de su "Teoría pura del derecho", que el contenido esquemático de la norma fundante es el siguientes: "Todo acto de coacción *debe* ser cumplido *respetando las condiciones de fondo y forma* establecidas por el *primer constituyente* o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos."

Aquí, cabría preguntar: ¿quién es el emisor de dicho acto de habla?; ¿quién es el primer constituyente? Y; ¿cuáles con las condiciones de fondo y forma?.

Siguiendo la teoría de Correas, podemos responder, que el acto de habla-norma fundamental expresa la intención de grupo social que ejerce el poder, pues la "verdadera" intención de este acto de habla es la de reconocer a "alguien" (quien ejerce el poder) como autoridad y por tanto legitimar, (hacer parecer que es justo o bueno), determinar como debido lo que ese "alguien" quiere que sea debido.

En cuanto a la segunda pregunta, diremos lo que el propio Kelsen reconoció, que la norma fundante (y por tanto el primer constituyente) es un invento, una ficción, que según Correas, sirve para dar sustento ideológico al sistema jurídico.

Así tenemos que el elemento ilocucionario (la "verdadera" intención) se encuentra oculta, por lo que podríamos decir, hasta

ahora, que la norma fundante es un acto de habla perlocucionario, porque pareciera que el primer constituyente existió, que su referente es empírico, cuando no es más una ficción.

Respecto a cuáles son las condiciones de fondo y forma establecidas por el primer constituyente, diremos que, quizá, la primera condición de forma –aunque no se dice abiertamente, pero puede sobreentenderse–, es que la norma fundante es el origen, el fundamento (y en ese sentido crea) del sistema jurídico, y por tanto sólo serán considerados como normas, aquellos actos de habla que se realicen con base en lo dispuesto por ella. Otra de las posibles condiciones de forma, puede ser la de la creación condicionada y sucesiva del sistema jurídico. Respecto a las condiciones de fondo, –siguiendo la teoría crítica– podríamos considerar que quizá una de ellas podría ser propiciar el desarrollo encadenado y sucesivo del capital.

El desarrollo del capital es la verdadera norma fundante del sistema jurídico, mientras que la constitución es una ficción.

La norma fundante ya dijimos es un acto de habla perlocucionario, pero también es performativo, pues pareciera que ella crea el sistema jurídico, por lo tanto es un acto de habla performativo perlocucionario.

3. Si solo al final del encadenamiento normativo nos encontramos con una norma jurídica completa, entonces dice Tamayo, no existen normas que no sean eficaces. Lo cual es cierto siempre que por eficacia de las normas se entienda su obediencia, y no como lo entiende Correas.

Es necesario recordar que Correas desdobra el concepto de eficacia en dos: eficacia y efectividad. La efectividad para Correas significa que una norma es obedecida, en cambio la eficacia significa que los efectos -ocultos- queridos por quien ejerce el poder, se han obtenido, es decir, una norma es efectiva cuando es un acto de habla perlocucionario (regulativo patológico) y se obtiene la intención deseada por su emisor.

Tanto para Tamayo, como para Correas la norma jurídica implica una relación imputativa de la conducta y lo que es más, para este último autor una norma jurídica, adquiere este status cuando alguien (jueces, ministros, etcétera) la reconoce, la interpreta (mediante un discurso de reconocimiento) como tal. De tal suerte que para Correas puede ser válida la idea de Tamayo, de que sólo el acto judicial-consecuencia (sentencia) constituye una norma jurídica completa y que toda norma jurídica completa es siempre efectiva, aunque no necesariamente eficaz.

SISTEMA JURÍDICO

	Norma fundante	Sistema jurídico		
Tamayo	Acto (de habla) fundante	Actos y normas encadenados sucesivamente		
Correas	ficción: (acto de habla) performativo perlocucionario	Actos y normas jurídicas encadenados que favorecen el desarrollo del capital		
		derecho laboral	derecho civil	derecho económico
		Producción de plusvalía	Circulación de mercancías	Reproducción ampliada del capital
				Cerrado: monismo Jurídico
				Abierto: Pluralismo jurídico

4.1. Jurisprudencia analítica (Tamayo)

Para Tamayo el propósito de la ciencia jurídica no es prescribir conductas como lo hace el "discurso jurídico prescriptivo" en las normas, sino describir ese discurso jurídico prescriptivo²¹⁷, mediante un discurso jurídico cognoscitivo, lo que significa, que la ciencia jurídica es el metalenguaje del "discurso jurídico prescriptivo" (normas jurídicas).²¹⁸

...Las proposiciones o enunciados jurídicos que formula la ciencia jurídica tienen como objeto las normas jurídicas, es decir, las normas jurídicas constituyen el objeto o contenido de los enunciados jurídicos. De manera que el lenguaje normativo constituido por las normas jurídicas es objeto del lenguaje normativo compuesto por los enunciados de la teoría del derecho. Así pues, las normas jurídicas serían, en relación con los

²¹⁷ Este discurso jurídico prescriptivo del que habla Tamayo bien puede ser equiparado al discurso del derecho de Correas, lo mismo que el discurso jurídico cognoscitivo puede equipararse al discurso jurídico.

²¹⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 269 y 273. "...Desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia, la ciencia puede ser abordada desde una perspectiva descriptiva o normativa. Aquí me ocupo de la ciencia jurídica (i.e., de la dogmática jurídica) desde un punto de vista descriptivo... 'derecho' se aplica, propiamente, a las normas jurídicas, i.e., a aquellos materiales prescriptivos dirigidos, o más bien, impuestos, a los hombres como razones para que éstos hagan u omitan. Estas *razones* jurídicas constituyen, por así decirlo, el discurso jurídico prescriptivo. Por tanto, la descripción del derecho hecha por el jurista mediante enunciados jurídicos constituye un metalenguaje con respecto al lenguaje a través del cual el derecho (i.e., el conjunto de normas jurídicas) es formulado."

enunciados jurídicos, un lenguaje-objeto y estas últimas constituirían, en relación con las normas jurídicas, un metalenguaje. En efecto, "el lenguaje que se usa para hablar acerca de un lenguaje se llama 'metalenguaje'... Debe enfatizarse que el lenguaje-objeto y el metalenguaje son términos relativos. Cualquier lenguaje, no importa lo simple o complejo que éste sea, es un lenguaje-objeto cuando se habla de él. Y cualquier lenguaje es un metalenguaje cuando es usado para hablar... de un lenguaje objeto."²¹⁹

La ciencia jurídica pretende interpretar -"sin cuestionar su validez"-²²⁰ el lenguaje con el que está formulado el derecho (discurso jurídico prescriptivo), o como dice Tamayo, proporciona una serie de "meta-reglas semánticas, reglas *exclusivas* de interpretación", para leer, entender, interpretar el lenguaje del derecho.

Las meta-reglas de la jurisprudencia, nos sigue diciendo nuestro autor, pueden ser de varios tipos: *nomina iuris* (opiniones), definiciones, reglas hermenéuticas y principios (*regulae iuris*). Estas meta-reglas les sirven a los juristas para leer los textos jurídicos.²²¹

La jurisprudencia, al interpretar lo que "dice el derecho", continua Tamayo, se convierte en una instrumento indispensable para determinar las consecuencias jurídicas, en el caso de la aplicación del derecho. "La jurisprudencia es una herramienta de la razón práctica, de la *prudentia*; la *prudentia iuris*. La

²¹⁹ *Idem*, p., 331

²²⁰ *Idem*, p., 275.

²²¹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, p., 122. "La jurisprudencia, "al origen -dice Rudolf von Ihering- simple gramática jurídica devino después la regla de pensar en derecho."

jurisprudencia es la ciencia de la aplicación del derecho, *la manera de razonar qué hacer en derecho.*"²²²

4.1.1. Modelo de ciencia clásica

¿Qué es la ciencia?, ¿cómo se hace?, ¿cómo funciona?. Hasta antes de Aristóteles, dice Tamayo, ninguna de estas preguntas tuvo respuesta. Aristóteles se va a ocupar de describir –en los *Segundos analíticos*– lo que los científicos hacen y como lo hacen, lo que significa, que Aristóteles no hace ciencia sino que describe como es la ciencia, narrando la actividad de otros individuos, así como el resultado de dicha actividad.²²³

Aristóteles, nos dice Tamayo, ve al conocimiento científico como un proceso que comienza con la observación de los hechos, pasando por la inducción de primeros principios, hasta regresar a los hechos, determinando sus causas mediante enunciados (principios generales) deducidos de dichos principios.²²⁴

²²² *Idem*, p., 123.

²²³ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, pp., 72 y ss. Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 240 y 241.

²²⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 240-242, "Aristóteles (384-322) concibe la investigación científica como una progresión que va de la observación de los hechos a los principios generales y regresa a los hechos. El científico debe inducir principios y deducir de ellos enunciados sobre los fenómenos. Para Aristóteles el conocimiento científico comienza con el conocimiento de que cierto evento ocurre o de que ciertas propiedades coexisten. Sin embargo, la verdadera explicación científica se logra únicamente cuando enunciados sobre estos eventos o propiedades son deducidos de los principios explicativos. La explicación científica es una transición del conocimiento de los hechos al conocimiento de las causas de los hechos."

El conocimiento científico según Aristóteles comienza con un conocimiento preexistente, "con el conocimiento de que cierto evento ocurre o de que ciertas proposiciones coexisten."²²⁵ Empero, dice Tamayo (siguiendo a Aristóteles), cuando se deducen enunciados -referidos a dichos eventos o proposiciones- de principios explicativos, es cuando se da la "verdadera" explicación científica.

Los primeros principios se obtiene, mediante la inducción, "a partir de la experiencia sensible"²²⁶. Aristóteles se refiere a dos tipos de inducción: la primera, es la "generalización empírica", que consiste en la observación de un cierto número de cosas singulares que tienen alguna característica en común, generalizando dicha característica hacia toda la especie de la cual dichas cosas forman parte, lo que permite producir un enunciado general considerado como válido para los cosas no examinadas aún²²⁷. Y, la segunda es la "intuición directa de los principios

²²⁵ *Idem.*, pp 241 y 242; Aristóteles, *Tratados de lógica* (El Organon), Porrúa México, 1993., p., 155. "Todo conocimiento racional, ya sea enseñado, ya sea adquirido, se deriva siempre de nociones anteriores...Las nociones anteriores necesariamente tienen que ser de dos especies: o bien es la existencia misma de la cosa la que es preciso conocer previamente, o bien es sólo el nombre de la cosa el que es preciso comprender; también a veces es preciso saber a la vez la existencia de la cosa y el nombre que se le da..."

²²⁶ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p., 242.

²²⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, pp., 78 y 79. "La generalización empírica consiste en una simple enumeración en la cual los enunciados sobre (cosas) singulares son tomados como base de una "generalización" sobre una especie de la cual estos singulares devienen miembros. El "movimiento" es simple. La revisión de instancias (no necesariamente en gran número) en las que un atributo aparece común a ellas, nos lleva a proponer un enunciado general que asumimos válido para los casos aún no examinados...Pensemos en un típico argumento por simple enumeración donde 'x' es la variable que cubre cualquier cuervo y 'P' la propiedad de ser negro...Que P sea compartida por varias instancias de singulares empíricamente verificados...conduce a los hombres de ciencia a proponer un enunciado general.

generales", que consiste, de acuerdo con Tamayo, en una comprensión directa, "instantánea" de las causas de los hechos.²²⁸

Independientemente del tipo de inducción que se utilice, mediante este método es posible obtener, los primeros principios de un cierto fenómeno, los cuales dice Tamayo, son tomados como premisas para la formulación de cierto tipo de enunciados (principios generales).

Los primeros principios, dice Tamayo, pueden funcionar tanto como premisas que como conclusiones de los principios generales, en tanto que afirmar que una clase de cosas forma parte o no de otra clase de cosas, este tipo de enunciados son para Aristóteles los más importantes en la explicación científica.²²⁹

Las premisas del conocimiento científico, de acuerdo con Aristóteles, dice Tamayo, deben cumplir con algunas características, a saber: deben ser verdaderas, primarias e

Este enunciado es válido para las instancias de las que proviene (*ergo*, empíricamente válido), pero, válido también, para los casos que no examinamos..."

²²⁸ *Idem.*, p., 79; Aristóteles, *Tratados de lógica (Órganon)* II. Sobre la interpretación, analíticos primeros, analíticos segundos, Tad., Miguel Candel Sanmartín Gredos, Madrid, 1995, pp., 386 y 392, "...Hay..., algunas cuestiones, entre los problemas, que se reducen a un defecto de percepción. Pues algunas cosas, si la vemos, ya no las buscamos, no porque las sepamos al verlas, sino porque captamos lo universal a raíz de verlas...La vivacidad mental consiste en acertar, en un tiempo imperceptible, con el <término> medio, v.g.: si uno, al ver que la luna tiene siempre brillo en la dirección del sol, enseguida intuye qué es eso, a saber, porque recibe el brillo del sol..."

²²⁹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, pp., 79 y 80. "... los enunciados generales alcanzados por cualquiera tipo de ... (inducción) son usados como premisas para la obtención de otros enunciados..., los enunciados universales establecidos por "generalización" habrán de servir como premisas para la deducción de enunciados sobre los "singulares". A este respecto Aristóteles realiza una importante observación: Los enunciados que puede funcionar como premisas y conclusiones de argumentos deductivos de la ciencia son sólo aquellos que afirman que una clase está, o no, incluida en otra. Los enunciados universales afirmativos, señala Aristóteles, son los más importantes de los enunciados de la ciencia. Una explicación científica apropiada se construye con enunciados de este tipo..."

indemostrables, si las premisas no cumplen con estas características no son "apropiadas" para las conclusiones, pues si las premisas no reúnen estos requerimientos no se estará produciendo conocimiento científico.²³⁰

Que la premisas deban ser indemostrables, es un requisito, necesario, pues de otra manera la explicación científica podría caer en un regreso al infinito (*regressus ad infinitum*), lo que significa que no todo conocimiento científico esta sujeto a prueba.²³¹ Que las premisas (primeros principios) de la ciencia sean primarios significa que no existen principios anteriores a ellos, principios más fundamentales, de los cuales puedan ser deducidos. "...son los enunciados más generales que se pueden hacer de los predicados propios a cada ciencia. Como tales, estos principios constituyen el punto de partida de toda demostración."²³²

El conocimiento científico comienza con la observación de casos singulares, con la acumulación de experiencia sobre dichos casos y con la formulación de enunciados singulares que son "empíricamente verdaderos". De esta primera etapa, que Tamayo denomina como la etapa *de la experiencia*, nos dice, se pasa a la etapa *de la ciencia*, con el descubrimiento de una o varias características compartidas entre los casos particulares. El paso más importante en el proceso científico, dice Tamayo lo constituye la inducción, pues con está, al determinar una propiedad en común que enlaza a los casos particulares, se inicia la formación de clases de cosas, (mediante la formulación de enunciados

²³⁰ *Idem.*, p. 82

²³¹ *Idem.*, pp., 81 y 82.

²³² *Ibidem.*

generales "empíricamente verdaderos") hasta llegar a los primeros principios, los cuales deben formularse en "proposiciones": axiomas, hipótesis y definiciones.²³³ Solo cuando los primeros principios han sido inducidos y formulados en proposiciones, dice Tamayo, se esta en posibilidad de realizar la deducción a partir de enunciados generales.

Mediante la deducción los científicos incluyen *el conocimiento de la causa*,²³⁴ es decir, el por qué tal o cual hecho es como es. Conocimiento, según Tamayo, distingue al

²³³ *Idem*, pp., 79 y 84, "Pensemos en un típico argumento por simple enumeración donde 'x' es la variable que cubre cualquier cuervo y 'p' la propiedad de ser negro...Que p sea compartida por varias instancias de singulares empíricamente verificados...conduce a los hombres de ciencia a proponer un enunciado general. Este enunciado es válido para las instancias de las que proviene (*ergo*, empíricamente válido), pero válido también, para los casos que no examinamos (los muchos cuervos no contabilizados). Esto nos lleva a una consecuencia importante. Aristóteles nos enseña que los enunciados generales, los cuales afirman un predicado sobre un concepto clase, es simplemente la extensión de enunciados 'todos los cuervos son negros' es empíricamente verdadero, porque todos los cuervos vistos hasta hoy han probado (empíricamente) ser negros. En cuanto a la objeción de que 'no todos los cuervos han sido contabilizados' simplemente se invierte la carga de la prueba: el enunciados 'todos los cuervos son negros' es lógicamente verdadero mientras alguien no presente un cuervo no negro. De esta manera tenemos que los enunciados establecidos por generalización empírica son enunciados (empíricamente) verdaderos porque todas las instancias singulares que sirvieron para su construcción son empíricamente verdaderos (*i.e.* por un contraejemplo asociado). Esta situación proporciona a los conceptos de la ciencia peso y solidez, además...garantiza la ulterior construcción de la ciencia."; Aristóteles, *Tratados de lógica*, Porrúa, México, 1993, p., 157. "Llamo tesis de un principio silogístico inmediato a la proposición que no puede ser demostrada, y cuyo conocimiento no es indispensable para saber algo; y por el contrario a aquella que se debe necesariamente conocer para conocer la cosa, cualquiera que esa sea, la llamo axioma...La tesis que toma una de las dos partes de la enunciación, es decir, que afirma o que niega la existencia del objeto, recibe el nombre de hipótesis. La tesis, que carece de estas condiciones, es una definición."

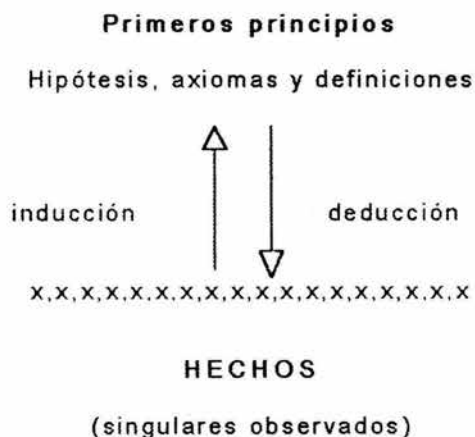
²³⁴ Aristóteles, *Tratados de lógica (órganon II) sobre la interpretación, analíticos primeros, analíticos segundos*, p 302., "..., Aristóteles distingue cuatro tipos de causas: la motriz o eficiente, la final, la material y la formal...Decir *causa forma* es lo mismo que decir *esencia o definición*...Tenemos, pues, que el elemento fundamental, la clave de la deducción silogística útil para la ciencia es la definición de entidad sobre la que dicha ciencia versa. La causalidad científicamente válida es la causalidad formal."

conocimiento racional (conocimiento científico) del conocimiento obtenido por la experiencia, por la práctica. El conocimiento científico, entonces, se da cuando se pasa del conocimiento de los hechos al conocimiento de la causa de los hechos.²³⁵

Con la aparición de los segundos analíticos, dice Tamayo, apareció también la idea de que la estructura de la ciencia consiste en deducir conclusiones de principios fundamentales.

Tamayo representa gráficamente el "modelo de ciencia clásica", de la siguiente manera:²³⁶

MODELO DE CIENCIA CLÁSICA

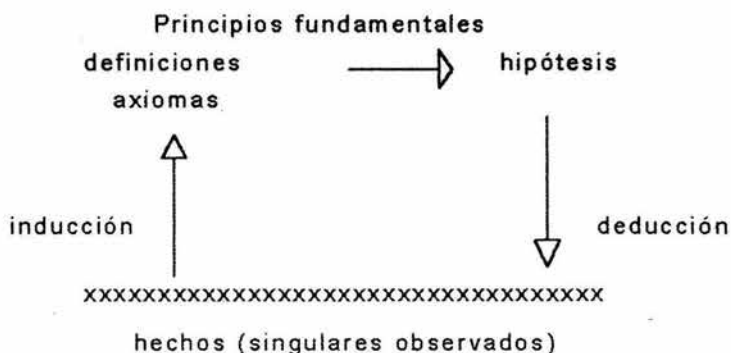


²³⁵ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, p. 81, "...el conocimiento científico, propiamente hablando, se logra cuando los enunciados sobre los hechos (o propiedades) son "deducidos" de los principios... La ciencia es un proceso que va del "conocimiento de los hechos"... al "conocimiento de la causa de los hechos".

²³⁶ *Idem.*, p. 88.

La representación gráfica que hace Tamayo de la ciencia griega, nos parece muy interesante, sin embargo considero que puede modificarse un poco con el propósito de hacer un poco más claro.

VARIACIÓN DEL MODELO DE CIENCIA CLÁSICA



La idea sigue siendo la misma que ha sido expuesta, siguiendo la teoría de Tamayo. El primer paso es la observación de cierto número de casos singulares (cuervos), acumulando experiencia sobre ellos. Mediante la observación se encuentra, se determina una característica común que enlaza a todos los casos particulares observados (los cuervos observados son negros) y se inicia la formulación de una clase de cosas mediante una inducción (una generalización empírica) que permite producir un enunciado considerado como válido aún para los casos no

examinados, es decir una definición²³⁷ (todos los cuervos son negros).

Si embargo mediante la inducción también es posible llegar a los axiomas²³⁸, solo que mediante la inducción intuitiva o intuición directa, como le llama Tamayo.

Una vez que los principios fundamentales (de los hechos observados) han sido formulados en definiciones o axiomas, se está en la posibilidad de deducir a partir de enunciados generales. Ahora bien estos principios fundamentales cuando se trata particularmente de las definiciones funcionan como premisas de los principios generales y en ese sentido estas definiciones son consideradas como hipótesis²³⁹ (todos los cuervos observados son negros por lo tanto todos los cuervos son negros). Hipótesis que será comprobada o no, observando otros casos particulares para verificar si comparte o no las mismas características, es decir subsumir un o varios casos particulares en la generalidad. Con este puede comprobarse la definición formulada, sin embargo existe, siempre la posibilidad de que exista un caso particular que pueda modificarla.

²³⁷ *Diccionario ilustrado de la lengua española*, Aristos, Sopena, Barcelona, 1972, p., 187, "Definición: ...proposición que expone con claridad y exactitud las propiedades de una cosa".

²³⁸ *Idem.*, P., 84., "Axioma: proposición evidente, clara que no necesita demostración."

²³⁹ *Idem.*, P., 323, "Hipótesis: suposición para sacar de ella una conclusión."

4.1.2. Modelo romano de ciencia jurídica

Aristóteles, quizá sin saberlo, e incluso quizá sin quererlo, heredó un "modelo" para hacer ciencia. Los romanos hicieron, entonces, uso del modelo aristotélico para construir la *prudentia iuris*, ciencia del derecho.²⁴⁰

La *prudentia*, nos dice Tamayo, es una palabra latina que entre los romanos se vinculaba con la 'sabiduría'.²⁴¹ La *prudentia* se parece a la ciencia, en tanto que ambas proceden de manera rigurosa, apegándose a la razón, tanto la ciencia como la *prudentia*, sigue diciendo Tamayo, se manejan con los "cálculos de la razón", empero la *prudentia* además de conocer -como lo hace la ciencia-, dice qué hacer.²⁴² La *prudentia*, nos dice Tamayo, sin duda se encuentra en diversas ramas del conocimiento,

²⁴⁰ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, p. 86.

"La regla anankástica reza así: 'quieres convertir algo en ciencia, constrúyelo de conformidad con los segundos analíticos'. Ésta fue la idea que heredaron los romanos."

²⁴¹ *Idem*, pp. 91 y 92. "...Sin duda, una de las palabras más vinculadas al quehacer científico y racional, *inter alia*, es σοφία ('sabiduría', 'saber')...Sin embargo, había otras palabras que también significan 'sabiduría'; éstas son : φρονεσις y σωφροσυνη que los romanos tradujeron con las voces latinas *prudentia* y *sapientia*."

²⁴² *Idem*, pp. 92 y 93, "... φρονεσις y σωφροσυνη se aplicaban a un hombre sabio, a un hombre culto. Pero, existe una variante. Estas palabras, ciertamente, se aplicaban al hombre culto; pero, aun hombre culto de "buen juicio", al hombre de "buen consejo": No se aplicaban a aquél que sólo sabe, sino a aquél que sabe y sabe qué hacer...La *prudentia* busca la acción humana racional, la acción justificada. La *prudentia*, en base al conocimiento, señala la mejor acción que un hombre puede seguir en la circunstancia; la acción "correcta", "válida para todos", la que no puede ser objetada (superada) por otra...Al igual que φρονεσις, la expresión latina *prudentia* significa 'conocimiento', 'competencia', 'sabiduría', 'inteligencia', 'discernimiento'. *Prudentia* proviene de *prudens (tis)* que significa: '[quien] obra con conocimiento de causa : "in existimando admodum prudens" ('hombre de muy sólido criterio')..."

empero en Roma se desarrolla una *prudentia* en el derecho, esto es la *prudentia iuris* = jurisprudencia.

"La historia de la jurisprudencia romana es bien conocida. La primera fase es la etapa pontificia en la cual los cánones de la profesión jurídica fueron mantenidos en secreto, monopolio de una casta pequeña de pontífices. Y, por paradójico que parezca, la innovación y el desarrollo de la jurisprudencia se debe al hermetismo de los *jurisprudentes* pontificios...En Roma...se cultivó un oficio (una profesión) cuya única función era el *conocimiento* (*interpretatio*) del derecho...La *interpretatio* (la forma de "leer" textos jurídicos) era la función central de la jurisprudencia pontificia...La segunda fase de la jurisprudencia romana es una fase de secularidad en la cual ese conocimiento del derecho se difunde notablemente. Surgen *iusprudentes* laicos...La jurisprudencia, desde su infancia, fue un oficio prestigioso. Sus "operarios" estaban bien entrenados y practicaban su oficio manteniendo los cánones de la profesión. Sin embargo, los romanos, no obstante el alto prestigio y utilidad de la jurisprudencia no la llamaban *scientia* ('ciencia'), aún no. Para que la jurisprudencia romana fuera llamada 'ciencia', tuvo que conocer una nueva fase."²⁴³

Es, nos dice Tamayo, en los dos últimos siglos de la República que la jurisprudencia romana tiene una tercera etapa en su desarrollo. El "periodo helenístico". Durante este periodo los jurisprudentes romanos, utilizaron el "método aristotélico" para organizar el material jurídico, construyendo así un sistema. Es a partir de entonces que los romanos empiezan a considerar la jurisprudencia como ciencia.²⁴⁴

²⁴³ *Idem.*, pp. 94-98, "La jurisprudencia... se convierte en *scientia* sólo cuando los juristas romanos adoptan los métodos de la ciencia griega."

²⁴⁴ *Idem.*, p., 98 y 99

Los jurisprudentes romanos tuvieron, según Tamayo, que construir los conceptos jurídicos fundamentales y derivar los primeros principios de la jurisprudencia.

Los juristas, -para construir los conceptos jurídicos fundamentales-, tuvieron que, primero seleccionar ciertos hechos del mundo y clasificarlos como material jurídico. Estos hechos para poder ser considerados como jurídicos, primeramente, tenían que existir, es decir, que "tienen que haber sido "creados", puestos en vigor, no haber sido derogados o abrogados", y además deben ser "dados" por una fuente de derecho.²⁴⁵

Una vez seleccionado el material jurídico, los juristas, observando casos particulares, fueron encontrando características comunes entre ellos, lo que les permitió crear conceptos y definiciones generales, construyendo así los primeros principios de la jurisprudencia, principios que están detrás de los casos individuales con un elemento en común, alcanzados mediante la inducción.²⁴⁶

"Los juristas construyeron *definitiones* mediante *επαγωγή*. Partiendo de la observación de un conjunto de casos individuales, encontraban el elemento que les era común... Para explicar la experiencia jurídica, los juristas romanos tienen que construir "clases de cosas". Así surgen los *nomina iuris*, i.e. los conceptos técnicos (*ορισμοί*) y las *definitiones* (*οροι*) fundamentales de la jurisprudencia... El jurista romano que proporciona una clara evidencia de la influencia de los métodos griegos para definir en jurisprudencia es Q. Macius Scaevola... una

²⁴⁵ *Idem.*, p., 100., "...Los juristas tienen que determinar la identidad y la existencia empírica de los materiales (hechos) jurídicos como condición necesaria para su lectura..."

²⁴⁶ *Idem.*, p., 117

definición excepcional de Q. Mucius Scaevola se refiere al concepto de coacción, *vi factum* ('uso ilícito de la fuerza'). A este respecto el célebre *Pontifex maximus*, dice: *vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit*. ("Se considera que un acto es realizado con coacción si quien lo realiza le había sido prohibido"). Claramente Q. Mucius evita el significado ordinario de *vi factum* y se concentra en formular una definición que muestra cómo es entendida la expresión *vi factum* en el foro. Por ello su definición contempla casos en la que no hay coacción física...es importante...subrayar que las *definitiones* de Q. Mucius Scaevola (como en las de Manius Manilius o las de cualquier otro jurista) se construyen sólo a partir de la observación de los hechos del derecho (positivo); de la observación de varios casos en los cuales ha sucedido así, reteniendo el elemento común que comparten todos los casos."²⁴⁷

Una vez obtenidos –por medio de la inducción– los primeros principios de la jurisprudencia (principios generales del derecho, conceptos fundamentales, etcétera), es necesario, para cumplir con el modelo de ciencia griega, deducir de estos primeros principios nuevos enunciados, enunciados que establecen "¿Cómo se aplican las *regulae iuris*?"²⁴⁸

v

El primer paso para crear jurisprudencia, es, hemos dichos, observar algunos hechos del mundo, los cuales serán clasificados en categorías jurídicas en razón del o los elementos que tengan en común. Estas características compartidas, permiten, primeramente; crear categoría jurídicas, tales como, contratos,

²⁴⁷ *Idem.*, pp., 103 y 104.

²⁴⁸ *Idem.*, pp., 111, 112 y 119. "Los juristas romanos llamaron *regulae* a los primeros principios del derecho (romano). Estas *regulae* (proposiciones generales) muestran la maestría con la que los juristas determinan el material relevante y la habilidad para aislar el elemento universal de la masa de casos y expresarlos en términos precisos..."

testamentos, delitos, etcétera. Sin embargo de esta observación de hechos particulares, no solo se derivan conceptos (categoría jurídicas), sino que además se inducen también principios básicos para esa categoría. Principios que los que los romanos aplicaron por deducción (como solución de un problema) a cualquier hecho que pudiera formar parte de esa categoría.

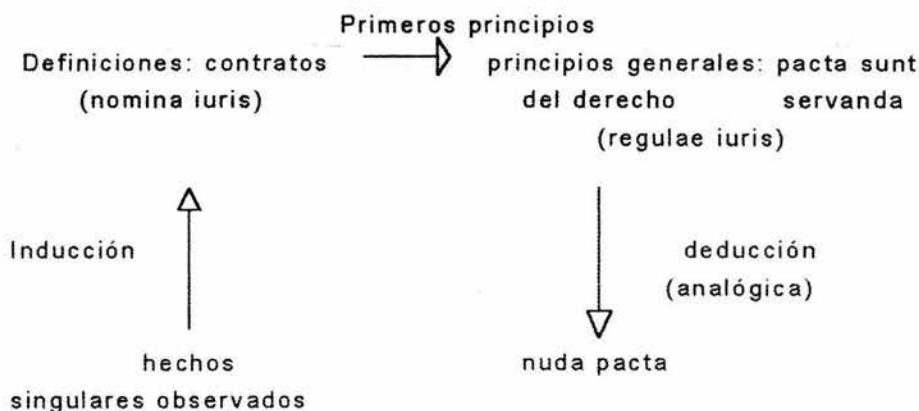
Para dejar más clara esta idea, aquí un ejemplo que nos proporciona Tamayo:

"Para el siguiente ejemplo me importa dos conceptos jurídicos, el de contrato y el de *actio*...("la-acción no es más que el derecho de perseguir en juicio lo que se le debe a uno"). En un sentido material la *actio* contiene la pretensión del actor para conseguir judicialmente una prestación por parte de otro... El rasgo característico del contrato (*pactum*) radica en que "el acuerdo de voluntades" es un procedimiento cuyo propósito es crear *obligaciones*....La función de los contratos consiste en "obligarse voluntariamente". De ahí que los acuerdos de voluntades se vean siempre acompañados por una *actio*... Ahora bien, los juristas romanos se percatan de que... todos los contratos romanos están acompañados de una *actio*... de la *actio* que acompaña a los contratos, entonces existe un *principio* (i.e. una *regula iuris*) que penetra e informa todo el derecho romano de los contratos: el principio de *pacta sunt servanda* (todos los contratos deben ser puntualmente cumplidos)... Pero al lado de estos "pactos vestidos", los cuales disponían de una específica *actio*..., existía un sinnúmero de acuerdos informales que no contaban con *actio*. A estos acuerdos se les conocía como "pactos desnudos"...Pero ¿qué pasaba cuando alguien requería el cumplimiento de obligaciones del contrato original, ignorando estos acuerdos informales?... el orden jurídico romano contaba con un principio básico aplicable a todo género de contratos: *pacta sunt servanda*...El razonamiento del proetor es el siguiente: Si la *emptio venditio*, si el

commodatum, si el *depositum*, si la *hypoteca*,...está garantizado su cumplimiento mediante *acciones*, entonces todos los contratos romanos deben ser puntualmente cumplidos, incluyendo los *nuda pacta*, éstos tienen una *actio* (una *actio utilis* conferida por el *proetor*)...²⁴⁹

Derivado de lo anterior, podemos aplicar, gráficamente el modelo de ciencia griega propuesto, a la jurisprudencia romana, de la siguiente forma:

JURISPRUDENCIA ROMANA



El primer paso, como ya hemos visto, es observar casos particulares, entre los que se encuentran características en común, por lo que se crea una categoría jurídica, es decir una definición (contrato es el acuerdo de voluntades, que siempre va acompañado de una *actio*, por ejemplo) pero además de la definición, se inducen, también principios generales de esa categoría, que en el ejemplo que hemos puesto derivan del hecho

²⁴⁹ *Idem*, pp., 117-120.

de que los contratos traen aparejada una actio, lo que significa, que deben ser cumplidos puntualmente (*pacta sunt servanda*).

Sin embargo, dice Tamayo, los jurisconsultos romanos se encontraron frente con un contrato (en tanto que era un acuerdo de voluntades), que no tenía actio (que no era exigible judicialmente) y entonces, dedujeron (por analogía) que si los contratos llevan aparejada una actio y los pactos desnudos (como se les conocía a los contratos que no tenían actio) son un contrato, entonces los pactos desnudos sí pueden ser exigibles judicialmente. Subsumiendo así un caso particular a la generalidad.²⁵⁰

4.1.3. Argumentación jurídica (Tamayo)

Para explicar en que consiste la argumentación jurídica, Tamayo la equipara con un juego. La argumentación dice, consiste esencialmente en confrontar argumentos, confrontación que debe hacerse atendiendo ciertas reglas (igual que en los juegos). Los

²⁵⁰ Aristóteles, *Tratados de lógica*, Porrúa, México, 1993, pp. 144 y 145. "La inducción y el silogismo por inducción tienen lugar cuando se concluye uno de los extremos del medio por el otro extremo. Por ejemplo: si B es término medio de A C, es preciso demostrar por C que A es atribuida a toda B; porque este es el modo en que hacemos las inducciones. Supóngase que A es lo longevo; B, que no tiene hiel, y C, todos los animales longevos como hombre, caballo, mulo, etc. Luego A es atribuida a toda C, porque toda C es longeva. Pero también B, es decir que no tienen bilis, es atribuida a toda C; luego si C es recíproca de B que excede el medio, es necesario entonces que A sea atribuida a B (...) por lo demás, debe suponerse que C se compone de todos los casos particulares; porque la inducción los comprende a todos."

En el ejemplo que nos propone Tamayo, B (término medio), sería el acuerdo de voluntades; A (extremo) sería la actio y C (extremo) serían los contratos. Entonces la actio (A) es atribuida a (C), todos los contratos, porque todos los contratos tienen actio, pero también (B), por que son acuerdos de voluntades.

juegos además de tener reglas, tienen jugadas, en el caso del "juego de la argumentación", esas jugadas son los argumentos.

Los argumentos, dice Tamayo, son enunciados que afirman algo, o lo que es lo mismo, los argumentos niegan todo enunciado que los contradiga. Otra característica de los argumentos, es que estos no tratan de convencer ni de captar la atención del receptor del mensaje, sino que "la argumentación se limita a la confrontación de "argumentos" entre los participantes".²⁵¹

Mediante los argumentos, nos dice Tamayo no se pretende persuadir ni convencer, sino formular un argumento que no pueda ser refutado "vencido" por ningún contra-argumento, es decir un argumento que ponga fin a la confrontación.²⁵² La argumentación a diferencia de la retórica presupone, según Tamayo, un ámbito material, espacial y temporal determinados, es decir que, solo se pueden utilizar jugadas del juego, se identifica a los participantes ("jugadores") y tiene un punto final.²⁵³ Lo que significa que, cuando se juega el "juego de la argumentación" se deben tomar en cuenta ciertos límites²⁵⁴, por ejemplo tratándose de las jugadas (argumentos), aquellas -jugadas- que no son "permitidas" serán

²⁵¹ *Idem*, pp., 196 y 197

²⁵² *Idem.*, p, 196. "La argumentación no persigue la adhesión a una tesis, sino mostrar un argumento que, *ex tunc*, no puede ser vencido".

²⁵³ *Ibidem*, "... en la argumentación sólo participan argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha. La argumentación no es indefinida, la argumentación presupone un ámbito bien determinado, espacial (identidad de los "jugadores"), material (sólo jugadas del juego), espacial y temporal. A este respecto cabe señalar que la argumentación, como los demás juegos, no es *sine die*, tiene un punto final."

²⁵⁴ *Idem*, pp., 196 y 197, "En la retórica, por el contrario, no existe ningún límite todos los elementos pueden ser acumulados exitosamente, de hecho, porque, parece ser que es efectivo agregar más y más materiales, ampliar o reducir el auditorio según convenga. Los materiales que han persuadido a algunos puede que no tengan efecto sobre otros. En la retórica parecería necesario continuar buscando argumentos que mejor se adapten al auditorio..."

"nulas". En este "juego de la argumentación", las jugadas - argumentos- tendrán un peso específico al momento de la confrontación, y el argumento que tenga un mayor peso, que "venza" a los otros, sin ser refutado por ninguno, constituirá la "jugada ganadora".

Existe, según Tamayo, la frecuente idea de que argumentación y retórica son lo mismo, lo cual dice, es falso. En la argumentación, convencer o persuadir al interlocutor, no es relevante, pues los argumentos deben ser demostrables, por lo tanto no importa si convencen o no. En la argumentación se utilizan argumentos verificables y conmensurables, es decir que, en la argumentación lo que interesa es la calidad del argumento - el argumento más fuerte, aquél que "no puede ser refutado"- y no la cantidad de argumentos formulados.

"En claro contraste con la retórica, en la argumentación sólo se participa con argumentos "del juego"... La argumentación no es escenario para la persuasión (o disuasión). En la retórica la persuasión constituye su propósito"²⁵⁵

En la argumentación jurídica, las reglas del juego, dice Tamayo, no pueden ser más que las normas jurídicas. En el juego de la argumentación jurídica la confrontación de argumentos se da entre dos partes (el actor y el demandado), que tratan de probar que sus actos son jurídicamente válidos, en razón de que consideran haber utilizado las normas jurídicas adecuadas para el caso concreto.

Un claro ejemplo de la confrontación de argumentos jurídicos, dice Tamayo, es el litigio, litigio que debe ser resuelto

²⁵⁵ *Idem.*, pp., 197 y 198.

por un tercero (juez), quien además de resolver la confrontación, es quien califica las jugadas de las partes como válidas jurídicamente o no con base en la norma fundamental del juego, (regla fundamental de la argumentación jurídica) norma que establece que para jugar a la argumentación jurídica es necesario utilizar normas jurídicas válidas.²⁵⁶

“...la aplicación de las normas para identificar (y justificar una acción) no es fácil. Corresponde a la dogmática jurídica decir cómo aplicar normas jurídicas...”²⁵⁷

El juez debe auxiliarse de la dogmática jurídica para poder resolver la confrontación de argumentos jurídicos en un litigio.

4.1.4. Dogmática jurídica y filosofía del derecho

Mediante la expresión dogmática jurídica, dice Tamayo, se hace referencia a la actividad de los juristas de determinar, interpretar y describir el derecho, “sin cuestionar su validez”.²⁵⁸

La determinación del material jurídico (primer actividad de los juristas), dice Tamayo es una tarea relativamente fácil, pues

²⁵⁶ Tamayo y Salmoran, Rolando, Razonamiento y argumentación jurídica, p., 217, “Lo que los jugadores...hacen con las reglas del ajedrez o con las reglas de cualquier otro juego, algunos individuos (en su mayoría, miembros de la profesión jurídica), lo hacen con las normas jurídicas cuando **deciden** jugar el juego de la “argumentación jurídica” y **adoptan la correspondiente norma fundamental.**”

²⁵⁷ *Idem*, p., 218.

²⁵⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, pp., 274 y 287, “La dogmática jurídica o jurisprudencia dogmática posee el mejor título para reivindicar el nombre de ‘ciencia jurídica’. La dogmática jurídica, normalmente conocida como ‘doctrina’, constituye la ciencia secular del derecho...la ciencia jurídica (i.e., la disciplina que usan los juristas) sea ciencia o no se ha llamado ‘dogmática jurídica’, sea dogmática o no...”

los juristas solo tienen que hacer uso de los criterios de identidad y pertenencia (será derecho solo aquél que ha sido creado por las instituciones reconocidas como instituciones creadoras de derecho) para así identificar lo que es derecho y lo que no. Es importante aclarar que el análisis que hacen los juristas está limitado a un determinado derecho (derecho civil mexicano, derecho penal alemán, derecho mercantil español, etcétera), por lo tanto podemos decir que el objeto de estudio de la ciencia del derecho es el derecho positivo.²⁵⁹

Pero el trabajo del jurista, nos dice Tamayo no termina con hacer un listado del material jurídico, sino que además lo reordena sistemáticamente, dándole a dichos materiales un cierto significado, que según Tamayo es su significado "auténtico".²⁶⁰ Asimismo, sigue diciendo nuestro autor, determina su alcance, o lo que es lo mismo, lo interpreta, es decir que la jurisprudencia no se limita a describir el material jurídico, sino que además dice que hacer con dicho material, en que casos se usa y como es utilizado.²⁶¹

Los juristas, dice Tamayo, al identificar, reordenar e interpretar el mundo jurídico ("así como establecer principios generales y reglas de inferencia, eliminar inconsistencias e integrar lagunas") "reformulan el derecho positivo", mediante la

²⁵⁹ *Idem*, p., 280., "El jurista al hacer jurisprudencia (civil, penal, mercantil, etcétera) describe un derecho *puesto* (no supuesto), establecido. La jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho histórico. En este sentido se puede considerar a la jurisprudencia... como la *ciencia del derecho positivo*."

²⁶⁰ *Idem*, p., 281

²⁶¹ *Ibidem*, "La interpretación que realiza la jurisprudencia no es una mera interpretación literal del material jurídico. La manera en que la jurisprudencia adscribe significado al material jurídico es peculiar a la jurisprudencia. Sólo por ella sabemos qué son, qué alcances tienen y cómo funcionan los materiales jurídicos."

creación de la doctrina, que es donde se establece como identificar al derecho, como ordenarlo, como interpretarlo y como integrarlo.

La interpretación jurídica, nos dice Tamayo, si bien no es lo único que hacen los juristas, si es lo más relevante y fundamental de su actividad. La interpretación jurídica según Tamayo, generalmente es entendida como el "*cómo pensar y actuar en derecho*".

Interpretar, es dar un cierto significado, ya sea a determinadas cosas, hechos o signos (cuando lo que se interpreta es un lenguaje). Por tanto la interpretación jurídica puede consistir, de acuerdo con nuestro autor en :

*"La adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos... los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados" o bien, en "la adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, i.e., leyes, constituciones, tratados, etcétera..."*²⁶²

Cuando lo que se interpreta es el discurso jurídico, dice Tamayo, la interpretación se conoce como interpretación orgánica o positiva.

Cuando un órgano tiene que aplicar el discurso jurídico, o mejor dicho como dice Tamayo, cuando tiene que aplicar el lenguaje del constituyente o del legislador, tiene necesariamente que interpretar dicho lenguaje, para determinar la manera en que va a aplicarlo. La interpretación orgánica, dice Tamayo, no sólo es importante en el proceso de aplicación del derecho sino que

²⁶² *Idem*, p., 319.

también lo es en el de creación²⁶³, pues, nos dice, que el órgano aplicador del derecho (juez, ministerio público, etcétera) al interpretar el lenguaje del legislador, influye en la creación y aplicación posteriores del derecho²⁶⁴. Ahora bien la interpretación que realiza quien aplica el derecho está basada en un criterio personal, subjetivo y un tanto arbitrario, pues puede que existan varias interpretaciones posibles, de entre las cuales el juez, va a decidir la que le parezca mejor, la que le parezca más "justa" o la que le convenza o convenga más, (siguiendo la exégesis, o la escuela libre de derecho etcétera, o ninguna) por lo tanto la interpretación orgánica dependerá de la formación jurídica, cultural, política, etcétera de quien interpreta.

Ahora bien, la interpretación jurídica no es una actividad exclusiva de los órganos aplicadores del derecho, pues cualquiera que asigne un cierto significado al material jurídico, lo estará interpretando, esto significa que existe otro tipo de interpretación que no es positiva y que será aquella que no es realizada por los órganos aplicadores de derecho, sino por profesores, juristas,

²⁶³ *Idem.*, pp., 321 y 322. "...para que un órgano aplique el derecho...es necesario que establezca el sentido de los materiales jurídicos, menester que los interprete. "La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior. En resumen, todas las normas, en tanto que tienen que ser aplicadas, requieren de una interpretación". La interpretación orgánica aparece, en consecuencia, como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el sentido de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de proseguir el proceso de creación del derecho."

²⁶⁴ *Idem.*, p., 323, "El derecho no sólo se contempla, se modifica o se extingue mediante la actividad de los cuerpos legislativos. Los órganos aplicadores lo complementan, modifican, crean (e incluso derogan) y para ello interpretan el material jurídico dado...No obstante lo dicho, no debemos olvidar que los materiales jurídicos...determinan siempre, en mayor o menor grado, las características que deben tener los actos que los aplican para ser regulares."

sociólogos, etcétera, es decir, una interpretación doctrinal o dogmática.

En un primer momento, quien realiza una interpretación no positiva (doctrinal), no tiene ninguna relación necesaria con la aplicación del derecho y por tanto su interpretación puede influir o no en la creación y aplicación de los nuevos materiales jurídicos, por lo tanto la interpretación no orgánica, por si misma, no es derecho (no forma parte del lenguaje jurídico prescriptivo), es una valoración, una descripción del derecho.

Hemos dicho, renglones arriba que, la interpretación que hacen los órganos aplicadores del derecho es relativamente arbitraria, sin embargo, dice Tamayo, que en cierto sentido esta interpretación se encuentra condicionada, por los conceptos fundamentales, principios generales de derecho, etcétera, elaborados y sostenidos por la doctrina. Pues los juristas al describir, "explicar" el derecho, establecen o determinan el sentido de esas normas que interpretan.

Los juristas al establecer "la base empírica" del derecho y reordenarlo sistemáticamente (interpretarlo) con base en su formación jurídica, cultural, política, ética, etcétera, pudiendo influir mediante la doctrina en las decisiones judiciales y en la aplicación del derecho en general, pues son ellos quien han creado las reglas de interpretación del derecho.²⁶⁵

²⁶⁵ *Idem*, p., 332, "Los juristas "explican" el derecho y en este quehacer fijan o establecen el sentido de la disposiciones o normas que describen. El jurista selecciona la base empírica (i.e., material jurídico dado) y lo "ordenan" constituyendo un "todo "sistemático" y "consistente", de conformidad con los cánones recibidos de la profesión jurídica. De esta forma, la doctrina constituye el aparato dogmático para la aplicación del derecho. Los conceptos, nociones, dogmas que conforman una institución jurídica son suministrados por la doctrina...Aún

Los juristas al hacer ciencia jurídica, dice Tamayo, hacen uso de por lo menos dos tipos de enunciados a saber: enunciados jurídicos de primer género (descripción de las normas) y; enunciados jurídicos de segundo género (establecimiento de características o propiedades distintivas del derecho).

Mediante los enunciados de "primer género" (enunciados jurídicos simples o puros), nos sigue diciendo Tamayo, los juristas establecen el "peso deóntico" (significado normativo = prohibición, permisión obligación) y el contenido de las normas. En otras palabras, podemos decir que lo realmente hacen los juristas es interpretar el lenguaje prescriptivo del derecho, mediante el lenguaje cognoscitivo de la ciencia del derecho.

El lenguaje del derecho, dice Tamayo es interpretado con un metalenguaje diferente al lenguaje ordinario, lo que significa que la ciencia del derecho "descubre"²⁶⁶ y aplica los principios de interpretación del lenguaje prescriptivo del derecho, por lo tanto para poder leer los textos jurídicos es necesario hacer uso de las reglas del metalenguaje del derecho (lenguaje cognoscitivo de la ciencia jurídica).

Este tipo de enunciados, mediante los cuales se describen normas jurídicas, dice Tamayo, pueden ser refutables, o falsificables, es decir que pueden ser desmentidos "por los hechos" (por la experiencia jurídica). Por tanto, dichos enunciados deben

más, la doctrina no sólo ha establecido los conceptos, nociones y dogmas que manejan jueces y abogados., sino que con el mismo peso y autoridad han establecido las reglas de interpretación positiva. En efecto, en forma de máximas, sentencia o principios, la doctrina ha establecido las reglas de interpretación del derecho positivo."

²⁶⁶ *Idem.*, p., 290.

cumplir con ciertas "condiciones de verdad": "los enunciados jurídicos (del primer género) son verdaderos si y sólo si, las normas que describen existen en la forma descrita". es decir que para que un enunciado jurídico sea verdadero es necesario que exista una norma que prescriba lo que él describe.²⁶⁷

Con los enunciados jurídicos de "segundo género" (enunciados jurídicos complejos o aplicados) a diferencia de los anteriores no "o no solo" se describen normas jurídicas sino que mediante estos los juristas establecen, determinan algunas características particulares del derecho.

"Estos enunciados pretender dar una explicación de la "naturaleza", por decirlo así, del derecho, *i.e.*, de su identidad, de sus componentes, de su existencia, de su estructura, de su funcionamiento, etcétera. Pensemos en enunciados del tipo: él derecho romano surge...y desaparece...", etcétera."²⁶⁸

Este segundo tipo de enunciados que utilizan los juristas, dice Tamayo, se ocupan de describir los procesos de creación y aplicación del derecho y las normas que rigen dichos procesos. Al igual que los enunciados simples, los enunciados complejos deben cumplir con ciertas condiciones para ser considerados como verdaderos:

"un enunciado jurídico complejo Jp, es verdadero si y sólo si, los hechos jurídicos creadores y aplicadores del derecho se producen y la norma facultativa (n-F) que instituye a estos hechos

²⁶⁷ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p., 291.

Raz, Joseph., *op. cit.*, p., 260, "...Los enunciados jurídicos puros son aquellos en que la existencia de disposiciones jurídicas es suficiente para establecer su verdad..."

²⁶⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, p., 292.

como tales existe o existió. De eso se sigue que para cualquier enunciado jurídico complejo J_p , este es verdadero si, y sólo si, existe una n-F que atribuya poder normativo a un individuo x para hacer ϕ y ϕ es hecho (de conformidad con n-F),..."²⁶⁹

Hasta aquí tenemos, entonces que, la ciencia jurídica se compone de un conjunto de enunciados descriptivos y explicativos que pueden ser refutados, "contradichos por los hechos empíricos" del derecho, esta característica de los enunciados emitidos por los juristas muestra el carácter (empírico) científico de su actividad, así como el hecho de que el conocimiento jurídico es un conocimiento empírico.

"...Las "teorías jurídicas irrefutables" son religiones, terminan por revelarse como "dogmas indisputables" en el sentido literal de "no poder ser sometidos a discursos". Su irrefutabilidad revela su carácter metafísico y pseudocientífico. Por tanto, un criterio lógicamente aceptable de demarcación de la teoría jurídica, en sentido estricto, se encuentra en su falsifiabilidad empírica de sus enunciados...Así, la ciencia jurídica tendrá siempre un carácter *prima facie*: su aparato explicativo debe ser (negativamente) probado a la luz de los hechos jurídicos positivos. Obviamente, las teorías jurídicas pueden ser superadas o canceladas por mejores explicaciones, naturalmente también falsificables. Toda vez que la ciencia jurídica debe satisfacer este requisito metateórico, el conocimiento jurídico es, en este sentido, conocimiento empírico no metafísico."²⁷⁰

Así tenemos que mediante la dogmática jurídica (ciencia del derecho) los juristas interpretan (determinan y describen) el material jurídico ya sea con enunciados simple o complejos que, pueden ser verificables a través de los hechos del mundo jurídico.

²⁶⁹ *Idem.*, P., 293.

²⁷⁰ *Idem.*, P., 298.

Por tanto, podemos decir que la ciencia jurídica es un metalenguaje del derecho, sin embargo éste no es el único metalenguaje del derecho.

La filosofía del derecho, puede ser entendida, dice Tamayo, como una "actividad intelectual" consistente en el análisis de los problemas fundamentales del derecho. La filosofía del derecho a diferencia de la ciencia no estudia directamente el derecho positivo, sino que se ocupa estudiar lo que los juristas hacen.

Mediante la dogmática jurídica los juristas interpretan el mundo jurídico (normas) pero mediante la filosofía del derecho, los filósofos describen, interpretar la actividad de los juristas (los enunciados simples o complejos). Por lo tanto, podríamos decir que la filosofía del derecho constituye un metalenguaje de segundo nivel del derecho. Para dejar más clara esta idea, Tamayo nos la representa gráficamente de la siguiente manera:

FILOSOFÍA DEL DERECHO (TAMAYO)

Nivel	Disciplina	Objetivo
N2	Filosofía del derecho	Análisis y prueba de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica (i.e., de la dogmática jurídica).
N1	Ciencia jurídica	Descripción o explicación del derecho positivo.
N0		Derecho positivo

Sin embargo, aunque teóricamente es posible distinguir claramente la filosofía de la ciencia del derecho, en la práctica resulta que en muchas ocasiones el análisis filosófico de los juristas se encuentra incluido, implícito, en la descripción que hacen del derecho, por lo tanto esto significa que los juristas y los filósofos del derecho deben tomar en cuenta, para un mejor (más completo) análisis del material jurídico tanto la ciencia jurídica como la filosofía del derecho.

"... el jurista que ignora la filosofía del derecho no comprenderá jamás el alcance de los conceptos ni de las nociones que usa. De la misma manera, un pretendido filósofo del derecho que ignora lo que los juristas hacen y cómo lo hacen, no será capaz de pronunciarse sobre

los conceptos y métodos de la dogmática jurídica (ni, por tanto sobre el derecho mismo)".²⁷¹

4.2. El discurso de la ciencia²⁷²

Las llamadas ciencia duras (naturales), tales como la química o la física, dice Correas, utilizan conceptos que han sido previamente discutido y aceptados, por los teóricos, por lo que cuando el físico, químico, biólogo, etcétera pretende estudiar una molécula, por ejemplo, ya sabe lo que es, pues cuenta con un concepto sobre lo que observa, concepto que de acuerdo con Correas, acepta no como verdadero o falso, sino como pertinente, útil. Lo que si puede, sin embargo, calificarse de falso o verdadero es el enunciado que él (el científico) emite, respecto de lo observado. En este tipo ciencias no existe diferencia entre teóricos y científicos, son los mismo sujetos. Empero en el caso del derecho los teóricos dice Correas generalmente no son quienes hacen la ciencia jurídica.

La teoría, a decir de nuestro autor, es un "discurso, coherente, sin contradicciones lógicas entre los enunciados que lo componen, cuyo objetivo es formular conceptos útiles para la práctica de una ciencia."²⁷³

La ciencia por su parte también es un discurso coherente y sin contradicciones, solo que su objeto de estudio es un fenómeno

²⁷¹ *Idem*, P., 277.

²⁷² Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, pp.,244-250.

²⁷³ *Idem*, P., 244.

concreto. Los científicos también formulan enunciados igual que los teóricos, solo que sus enunciados son de tipo descriptivo.

Esto, no significa que teóricos y científicos se encuentren separados unos de otros, pues los teóricos, para poder formular sus conceptos requieren del conocimiento científico, conocimiento que se auxilia de los conceptos teóricos existentes.

Pero, dice nuestro autor, no cualquier discurso puede ser denominado como ciencia. Para que un cierto discurso pueda alcanzar el *status* de ciencia es necesario que cumpla con algunos requisitos, tales como: un fundamento empírico, objetividad y coherencia lógica.

Que un discurso tenga fundamento empírico, significa que, debe estar *solidamente* apoyado en alguna experiencia. Esto es así, según Correas, porque la filosofía moderna considera que la verdad o falsedad de los enunciados puede probarse por medios lógicos o por medio de la experiencia.

El segundo requisito, *la objetividad*, se refiere al hecho de que los enunciados científicos pueden ser comprobados por cualquiera que tenga los medios para llevar al cabo la observación y experimentación (la experiencia) en las que están basados dichos enunciados, de tal manera que se llegará a la misma conclusión.

"Nadie diría que es científico un enunciado que pudiera ser controvertido por otro estudioso, con argumentos de igual o mayor peso. Pareciera que, si hay experiencias que pueden ser repetidas por otros, no habría manera de decir que los enunciados son falsos".²⁷⁴

²⁷⁴ *Idem*, P., 246

En cuanto al último requisito *la coherencia lógica*, esto significa que un discurso para poder ser considerado como científico, no debe contener contradicciones entre los enunciados que lo componen.

El derecho, nos dice Correas, como cualquier otro discurso puede ser objeto de conocimiento científico, pero esto depende de cómo se le defina, es decir que para que el derecho pueda ser objeto de conocimiento científico es necesario definirlo y además es necesario también establecer algunos conceptos con los que se pueda estudiar cualquier sistema jurídico, (conceptos, como: norma, validez, sistema jurídico, etcétera) o, lo que es lo mismo, crear una base teórica sólida para la ciencia del derecho. Pero quienes construyen el fundamento de la ciencia del derecho, no son los "científicos", ellos hacen uso de esos conceptos fundamentales, pero no los producen, quien están encargados de esta tarea son los teóricos del derecho.

La teoría general del derecho, dice Correas, tiene como propósito el de construir el fundamento teórico de la ciencia jurídica y en ese sentido tiene en Kelsen a su fundador, pues el propósito de Kelsen era justamente el de "fundar la ciencia jurídica sobre bases teóricas firmes"²⁷⁵.

En cuanto al requisito de la objetividad, la ciencia jurídica debe ser una ciencia apolítica. Los juristas científicos deben limitarse a la mera descripción de las normas válidas, sin manifestar sus ideas políticas o éticas.²⁷⁶

²⁷⁵ *Idem*, p., 250.

²⁷⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, pp., V y VI, "El objeto de estudio de una teoría general el derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad,

Esta idea de ciencia del derecho ha sido adoptada por la corriente filosófica conocida como neopositivismo o empirismo lógico cuyo fundamento se encuentra en el empirismo de Hume.

"Hume es el padre de todos los modernos positivistas que exigen, para que un conocimiento pueda acceder a la calidad de "científico", una remisión ineludible a la experiencia..."²⁷⁷

4.2.1. Racionalismo absoluto, empirismo y dualismo (Aristóteles, Hume y Kant)

Los llamados filósofos presocráticos propusieron interpretar, entender el mundo a través de la razón. El racionalismo absoluto es una manera del interpretar, ver el universo (*physis*) como si estuviese regido por *implacables* leyes naturales (*logos*) que nadie, ni Zeus, puede violar.²⁷⁸

De acuerdo con el racionalismo absoluto la naturaleza tiene un orden, tiene leyes (de causalidad) que la rigen y que no pueden ser transgredidas ni por el hombre ni por los dioses. Esta "racionalidad" de la naturaleza puede ser entendida por los hombres, toda vez que ellos también están regidos por la razón.

su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último la unidad del derecho en la pluralidad de ordenamientos jurídicos positivos...La teoría general... se dirige a un análisis estructural del derecho positivo, más que a una explicación psicológica o económica de sus condiciones, o una estimación moral o política de sus fines...La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debería ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos."

²⁷⁷ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 33

²⁷⁸ *Idem.*, p., 13, "...racionalismo absoluto; una manera de ver el mundo; según la cual, el universo, la *Physis* como se dice en griego, está regida por implacables leyes llamadas "naturales" -*logos*, en griego-, que nada ni nadie puede violentar."

por un orden, es decir que existe una coincidencia entre el hombre y la naturaleza.

Empero dice Correas, el racionalismo absoluto lleva dentro un subjetivismo absoluto, toda que vez ha sido alguien (un sujeto) quien ha formulado el primer conocimiento, o sea el conocimiento, según el cual el mundo está regido por leyes (*physis* tiene *logos*). Este primer conocimiento no deriva de ningún tipo de observación, experiencia sensible. Este conocimiento previo a cualquier otro e independiente de cualquier experiencia es llamado por los positivistas humeanos como metafísico.

En el racionalismo absoluto se acepta como punto de partida la validez de los principios lógicos de identidad (*cada cosa es idéntica a sí misma*); de no contradicción (*una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo*) y; de tercero excluido (*dada una contradicción uno de los términos es verdad y el otro falsedad, sin que haya una tercera posibilidad*). Estos principios rigen tanto en el pensamiento (del hombre) como en el mundo del ser (naturaleza).

De acuerdo con Correas, para Aristóteles la verdad, el conocimiento prestigioso -científico- depende de la coherencia de los razonamientos y no de las experiencias sensibles, el conocimiento científico, entonces para los griegos, es el que proviene exclusivamente del intelecto, de la razón y que se manifiesta mediante enunciados generales.

Mediante los enunciados universales se formulan, de acuerdo con Correas, conocimientos *permanentes* a diferencia de

con los enunciados particulares mediante los cuales se formulan conocimientos transitorios.²⁷⁹

Los enunciados particulares se formulan con fundamento en experiencia sensible, a diferencia de los enunciados universales. El conocimiento que se expresa en los enunciados universales son obtenidos por inferencias lógicas.

De acuerdo con el racionalismo absoluto, el modo más apropiado para conocer el ser es la inferencia lógica, pues para inferir no es necesario ningún conocimiento empírico, por tanto podemos decir que, el "método" del racionalismo absoluto es la deducción²⁸⁰. La inducción, por su parte –dice Correas–, no pudo ser, aunque hay algunos que dicen lo contrario, el método del racionalismo absoluto, pues consiste en la observación de casos particulares (experiencia sensible) y en la formulación, posterior de enunciados generales, que no garantizan la verdad, pues siempre existe la posibilidad que una nueva experiencia modifique el contenido de los enunciados generales²⁸¹.

Existen, dice Correas, algunos autores que consideran que Aristóteles creía que el origen del conocimiento estaba en la experiencia sensible y utilizan con fundamento para esta idea, la

²⁷⁹ *Idem*, pp., 16 y 17., "...un juicio es universal porque quien lo formula pretende que lo que afirma es *permanente*..., que un juicio sea universal o no, depende de la intención del sujeto

²⁸⁰ *Idem*, p., 62 "Si la deducción consiste en un proceso mental que parte del todo para arribar a una parte, entonces está claro que la *inferencia lógica* es el modo apropiado para conocer el ser, para arribar a la verdad. Adviértase que para inferir no hace falta ningún conocimiento sensible, ninguna experiencia. Si todos los capitalistas son explotadores, si Morgan es capitalista, entonces Morgan es un explotador. Y este razonamiento es correcto aunque nunca hayamos visto a Morgan, aunque no sepamos qué es el capitalismo o la explotación. Este razonamiento es correcto en virtud del *logos*..."

²⁸¹ *Idem*, p., 63

utilización que hace Aristóteles de la palabra *epagoge*, que ha sido traducida como inducción²⁸². Aristóteles, dice Correas, si bien es cierto que utiliza esta expresión en sus escritos sobre ciencia, no es menos cierto que, para él (para Aristóteles) esta palabra no significaba lo mismo que para nosotros. *Epagoge* para Aristóteles "no es un procedimiento científico, sino una estrategia pedagógica. Esta palabra se usa para decir lo que hace un maestro con su discípulo. La manera como lo guía para adquirir los juicios universales, que son los únicos científicos."²⁸³ *Epagoge*, entonces, según Correas, no es un método científico sino pedagógico, de enseñanza. Pues Aristóteles, como griego que era, estaba influido por la ideología de su tiempo, o sea por el racionalismo absoluto y por tanto consideraba que el medio "correcto" -válido- para hacer ciencia era la deducción, el silogismo.²⁸⁴

Los griegos, dice Correas, nos han hecho ver como "natural" que las conclusiones sigan a la premisas, como los frutos siguen a los árboles, sin embargo esto es así, según Hume, porque estamos acostumbrados a pensar "lógicamente", pero eso no

²⁸² *Diccionario manual griego-latino-español*, Albatros, Buenos Aires, 1943, p. 254 "επαγωγή.., ingressus, inductio, entrada, inducción." *Diccionario griego-español*, Ramón Sopena, Barcelona, España, 1964, p., 276, "επαγωγή...Atracción inducción.

²⁸³ Correas, Óscar, *Carta primera a Irnerius*, inédita, proporcionada por el autor.

²⁸⁴ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, pp., 72, 73 y 92.. "Todo saber dado o recibido por medio de un argumento, proviene de un conocimiento preexistente", dice Aristóteles en el primer párrafo de su obra conocida como *Segundos Analíticos*. Esto vale, dice para todas las ciencias especulativas, que son las "verdaderas" disciplinas, porque conducen a resultados irrefutables, ciertos, "lógicos", racionales. Se trata de conocimientos, provenientes de conocimientos anteriores, por *deducción*, a través de alguna de las formas del silogismo. Es, por tanto, la de Aristóteles, una ciencia, un saber, totalmente racionalista."

significa que la lógica sea innata al hombre sino que es aprendida artificialmente.²⁸⁵

Si trasladamos estas ideas al mundo jurídico, podríamos ver como el iusnaturalismo se fundamenta en el racionalismo absoluto. El iusnaturalismo es una corriente filosófica, que considera que el derecho se encuentra en la naturaleza, que es racional y que se está regida por leyes. Esto significa que el deber ser deriva del ser, toda vez que, el orden humano se encuentra dentro, asentado en la naturaleza. Por tanto dice Correas, "quien conoce la naturaleza está autorizado... a establecer las normas que todos debemos cumplir".²⁸⁶

El empirismo es una corriente filosófica, que surge como reacción al racionalismo absoluto griego, que consideraba como fuente del conocimiento a la razón desdeñando a la experiencia como fuente de conocimiento. Los empiristas afirman que el conocimiento solo puede tener como origen los sentidos, la experiencia.

Hume, como empirista que era, sostenía exactamente lo contrario de lo que afirmaban los racionalistas. Cualquier conocimiento para ser considerado como prestigioso (científico) debe estar basado en experiencias sensibles, debe ser captado

²⁸⁵ Magge, Bryan, *Historia de la filosofía*, Planeta, México, 1999, P., 115, "Es la costumbre pues, la principal guía en la vida del hombre. David Hume."

²⁸⁶ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, pp., 53 y 65.. "En términos de Filosofía del Derecho, los racionalistas son jusnaturalistas: existen unos derechos —una normas o valores— absolutos, que la razón extrae del centro dador de sentido del universo, la Naturaleza, Dios, la Raza la Nación, u otros engendros semejantes... El racionalismo absoluto es el fundamento del jusnaturalismo intolerante, de ese pensamiento ético que cree que lo bueno es lo mismo que lo verdadero, y que quien tiene la verdad, que nadie le ha reconocido por lo demás, tiene también el derecho a mandar..."

por alguno de los cinco sentidos, de otra manera se tratará de un conocimiento metafísico.

Los empiristas como Hume sostienen que, en el racionalismo absoluto, el primer conocimiento (*physis* tiene *logos*) es un conocimiento metafísico en tanto que no está basado en ninguna experiencia, y por tanto proviene de la imaginación del hombre. En realidad, dice Hume (siempre siguiendo a Correas), no es que los hechos sean de tal o cual manera sino que el hombre para poder explicarse los clasifica como necesarios (causales) o contingentes (posibles), por tanto las leyes "naturales" (la ley de la causalidad) "son una invención humana".

"Cuando vemos una bola de billar golpeando a otra, decimos que el movimiento -la fuerza- de la primera es la *causa* del movimiento de la segunda. Sin embargo, conforme con el principio empirista, lo único que hemos visto, es decir, la única impresión de que disponemos para pensar en ese suceso, es la llegada de una bola hasta cierto lugar, y el comienzo del movimiento de la otra a partir de ese lugar. Pero no hemos visto "la causa". Somos nosotros quienes, merced a la costumbre, diría Hume, damos ese nombre a la idea que se forma con la conexión de dos impresiones... Cuando nos hemos acostumbrado a tener dos impresiones sucesivas, la imaginación nos conduce a la idea de que la primera es causa de la segunda. Y más aún, nos conduce a la peregrina idea de que hay fenómenos, en el mundo exterior, que son la causa de esas impresiones, y que, también, están unidos por la causalidad. Y decimos, suponiendo que existen esos fenómenos exteriores, que el primero es la causa del segundo."²⁸⁷

Considerar que existe leyes naturales, es según Hume, considerar que el mundo se comporta siempre de la misma manera

²⁸⁷ *Idem*, pp., 96 y 97.

y por tanto su validez depende de que en el futuro no existan experiencias que las refuten.

Sin embargo, dice Hume, que el hecho de que los cuervos vistos hasta el día de hoy, por ejemplo, sean negros, eso no significa que *todos* los cuervos existentes compartan esta característica y el hecho de pensar que todos los cuervos comparten esa característica, sigue diciendo Hume, es una suposición y por tanto carece de fundamento científico, pues ninguna relación causal ni afirmación universal pueden confrontar y contradecir a la realidad obtenida por la observación y la experimentación, es decir por la experiencia sensible.²⁸⁸

Tanto el racionalismo griego como el empirismo constituyen una postura monista. El racionalismo constituye un monismo, en el sentido de que se concibe al mundo (ser) como único, eterno e inmutable y es dialéctico, dice Correas, porque el movimiento se da entre contrarios, por ejemplo se pasa de no-planta (semilla) a planta, la semilla no puede convertirse en carbón, es decir, o se es o no se es. Si esto fuera así, si el movimiento no fuese siempre igual el mundo sería irracional e incognoscible. Este monismo, dice Correas fue roto, con la ideología judeo-cristiana de que el cuerpo es distinto del alma, de que la inteligencia no es lo mismo que la voluntad, de que existe un mundo material y un mundo inmaterial. El empirismo de Hume, por su parte, dice Correas, es un monismo, porque considera que ya que los sentidos no se refieren a nada inmaterial no existen razón para pensar que pueda existir algo distinto a la materia.²⁸⁹

²⁸⁸ Magee, Bryan, *Historia de la filosofía*, p., 115.

²⁸⁹ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, pp., 102 y 103

Sin embargo, Kant bajo la idea de que existen dos partes o dos mundos, uno natural y uno humano, considera que tratándose del primero, como dicen los empiristas (Locke, Hume, etcétera), cualquier conocimiento respecto de éste debe basarse en la experiencia, en los sentidos, pero tratando del mundo humano, en éste regirá la libertad, es decir, la posibilidad de elección.²⁹⁰

El propósito de Kant, entonces es el de compaginar la corriente empírica (Locke, Hume, etcétera) con la racional (Aristóteles Descartes Leibniz, etcétera), esta idea, dice Correas, no está muy alejada de la de Tomás de Aquino, quien había dicho que *"nada hay en el entendimiento que no haya pasado por los sentidos, excepto el entendimiento mismo"*.²⁹¹ Kant, sigue diciendo nuestro autor, propone algo parecido.

El conocimiento científico se formula con base en la experiencia, experiencia que solo es posible gracias a que la mente humana cuenta con ciertas formas de pensar, ciertas capacidades, categorías que le permiten ordenar la información obtenida por los sentidos haciéndola útil para el pensamiento, para el conocimiento científico.²⁹²

Kant, dice Correas, afirma que todos al nacer tenemos en la mente ciertas capacidades, formas, categorías a priori o legalidades como las de espacio y tiempo o como las de

²⁹⁰ *Idem.*, p., 122., "La libertad del hombre consiste, entonces, en la independencia de su voluntad respecto del mundo sensible."

²⁹¹ *Idem.*, p., 111.

²⁹² *Ibidem.*, "...Kant propone...: no podrá hacerse ciencia sino a partir de la experiencia. Pero esa experiencia ha de pasar por el tamiz de ciertas formas de pensar propias del entendimiento. Y, una vez trabajadas por el entendimiento las experiencias sensibles, se podrá, a partir de ellas, pero gracias a ese trabajo racionalizante, formular conocimiento científico."

necesidad, libertad y belleza, que son las que nos permiten tener experiencias. La experiencia es posible porque la captamos, la recibimos, la interpretamos mediante esas formas, categoría o legalidades innatas que tenemos en la mente.

Cada categoría nos permite entender o captar ciertas partes del mundo. Mediante la legalidad de la necesidad, captamos o interpretamos el mundo de ser (de la naturaleza) y formulamos conocimiento científico, en cambio mediante la legalidad de la libertad percibimos el mundo del deber ser (del derecho, de la moral) y por último, gracias a la legalidad de la belleza, es que podemos tener experiencias estéticas, y crear arte.

Esta idea kantiana subraya el hecho que el hombre forma parte tanto del mundo del ser como del deber ser, y tiene como consecuencia el fundamento para la creación de dos clases de ciencias: la naturales y las sociales.

"El dualismo kantiano es expreso, fuerte y claro...Para Kant, el hombre es un ser dual, como en Santo Tomás, Descartes y Leibniz. Por una parte, pertenece al mundo de los sentidos, al fenómeno. Y en tanto tal, está sujeto a la causalidad, como cualquier otra porción de materia, de "naturaleza". Pero por otra parte, posee una *facultad*, la *razón*, que no pertenece al mundo de los sentidos, y en virtud de la cual el hombre es libre y puede ser *causa* de ciertos *efectos*. La acción humana puede estar determinada por la razón, dejando así paso a la postulación de dos clases de ciencias, toda vez que existen dos clases de objetos científicos."²⁹³

²⁹³ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 121.

4.2.2. Las ciencias jurídicas

De acuerdo con la teoría analítica, existe sólo una ciencia jurídica, la dogmática, que se auxilia de los conceptos formulados por la teoría general del derecho y que se ocupa de describir objetivamente las normas, sin cuestionar su validez, pues las cuestiones ética o políticas son materia de otras ciencias o teorías, pero no de la dogmática jurídica.

Para la corriente crítica, por el contrario, la teoría del derecho posibilita la convivencia de varias ciencias en el estudio del derecho, en razón de que éste es estudiado "como parte del fenómeno del poder"²⁹⁴ y por tanto es estudiado por diversas disciplinas. Por ello, para la teoría crítica del derecho existen varias ciencias jurídicas y no sólo la dogmática, ésta es sólo una de esas ciencias.

4.2.2.1. Dogmática y sociología jurídica

De acuerdo con la corriente analítica, dice Correas, la tarea de la dogmática jurídica es la descripción de las normas válidas, o sea que, el jurista científico debe limitarse a decir lo que se debe o no hacer, pues si llegara a opinar sobre la justicia o injusticia que encierra la norma, ya no estaría haciendo ciencia, sino

²⁹⁴ *Ibidem*

politica u otra cosa, por tanto la ciencia juridica debe ser descriptiva y objetiva.²⁹⁵

La dogmática jurídica, dice Correas intenta cumplir con el fundamento empirico de toda ciencia, pero su objeto de estudio, el derecho, no es empírico. El derecho hemos dicho es un lenguaje o está formulado en un lenguaje, y por tanto no es empírico, la ciencia del derecho será entonces una ciencia que describe un lenguaje (el derecho).

Ahora el análisis del lenguaje del derecho, no puede ser "verificado" empíricamente, y si de acuerdo con la teoría analítica, que dice concuerda con los postulados del empirismo, el conocimiento prestigioso es aquél que esta basado en la experiencia, entonces, dice Correas, ¿cómo pueden fundamentar una ciencia del derecho?

La dogmática, "única" ciencia jurídica, según los analíticos,²⁹⁶ tiene como propósito la descripción de normas, pero las normas no constituyen un objeto de estudio empíricamente verificables. Lo que puede ser verificable, dice Correas, son: el

²⁹⁵ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p., 257;...*Metodología jurídica*, p., 153., "...si hay una Ciencia Jurídica, es, o debería ser, una que describe, y solamente describe normas jurídicas. El método entonces, de esta ciencia, debe ser uno que conduzca a esa descripción, evitando toda forma de prescripción en el discurso científico...En su afán por aproximar al Derecho, como todas las ciencia, a las costumbres propias de los científicos duros, la analítica jurídica no ha dejado, nunca, de proclamar la necesidad de que la Ciencia Jurídica se dedique solamente a la descripción de normas, excluyendo de sus prácticas, la censurable costumbre de los juristas, de incluir sus preferencias ideológicas en el discurso pretendidamente científico."

²⁹⁶ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 163., "Los filósofos analíticos, en la búsqueda de la certeza en la descripción de normas, han llegado a suponer que la llamada Dogmática Jurídica es la *única* ciencia posible del derecho. Les asusta la posibilidad de otras ciencia."

acto que produce la norma y las causas y efectos que tiene en la conducta humana, estos son sin duda, dice nuestro autor, hechos que pueden ser percibidos por medio de los sentidos, pero estos hechos son distintos de las normas.²⁹⁷

Resalta, entonces, dice Correas, que, existe una importante contradicción en la teoría analítica. Contradicción que algunos juristas han tratado de superar, estableciendo que se entiende por describir una norma.

Lo que se entienda por descripción de normas jurídicas, dependerá de lo que se entienda por norma. Para la mayoría de los estudiosos del derecho, éste, está constituido esencialmente por normas, pero para algunos, -los prescriptivistas, les llama Correas-, las normas que constituyen el derecho son aquellas emitidas por los funcionarios autorizados para crear derecho, sin importar si estas normas son usados o no, (derecho vigente), por lo tanto lo que va a describirse son los textos legislativos, sin necesidad de utilizar datos ajenos a ellos. Esta postura prescriptivista, dice Correas, pretende presentar al derecho como un discurso simple, pero cuando los juristas se enfrentan a los textos jurídicos (legislativos o no) identifican, reconocen las normas, pero bien puede darse el caso de que otro(s) jurista encuentre o reconozca en ese mismo texto otras normas jurídicas diferentes e incluso contradictorias

Para otros, el derecho está constituido por lo que dicen los jueces, es decir, para esta postura denominada realismo jurídico, lo dicho por los legisladores debe estudiarse cuando haya sido

²⁹⁷*Idem* p., 154.

tomado en cuenta por los jueces. Para los prescriptivistas el derecho es el discurso producido por el órgano legislativo, en tanto que para la corriente realista el derecho es el discurso de reconocimiento que emiten los jueces, es decir, que para los realistas jurídicos una norma existe cuando es utilizada regularmente por los jueces y no cuando es creada como en la postura prescriptivista.

De esta corriente del realismo jurídico, dice Correas derivan algunas vertientes, como el psicologismo, sociologismo y sociologismo extremo.

Para la primera de estas variantes, el psicologismo, las normas que conforman el derecho, son las normas que los jueces piensan, "viven como obligatorias". Para saber cuales son las normas, es necesario conocer las ideologías de los jueces.

"...para saber cuales son las normas,, entonces, habría que indagar en la ideología de los jueces...Se trataría de un típico estudio sociológico;.."296

Existen otros, los sociologistas, que consideran que las normas no están en lo que piensan los jueces sino en sus sentencia, es decir en lo que hacen. Por último, los sociologistas extremos consideran que para determinar que una norma existe (describirla) no es suficiente con las sentencia, sino que se requiere de evidencia empírica, que se encuentra en la ejecución de las sentencia, por que una norma existe cuando una sentencia ha sido ejecutada, cumplida. Esta postura sociologista extrema,

²⁹⁶ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p., 261.

dice Correas, "intenta exigirle a la ciencia dogmática el requisito de la experiencia sensible".²⁹⁹

Habíamos dicho que algunos juristas analíticos han tratado de subsanar la contradicción, de que el objeto de estudio de la ciencia debe ser empírico y de que el objeto de la ciencia jurídica, el derecho, no lo es, determinando que por descripción de una norma, debe entenderse como la descripción de los hechos *aplicadores* de las normas, pero si esto es así, dice Correas, la ciencia jurídica no es la dogmática sino la sociología jurídica (postura sociologista extrema), que precisamente se ocupa de los efectos de las normas, o mejor dicho no existe una única ciencia del derecho.

"...la "aplicación" es, precisamente, una conducta que produce alguien en obediencia de una norma. Es decir, su conducta es vista, en tal caso, como *efecto* del derecho. La idea analítica consiste en que podrá decirse que existe una norma -Dogmática Jurídica-, siempre que pueda decirse que se obedece -Sociología Jurídica. Con lo que esta última ciencia se convierte en la *condición* de posibilidad de la otra."³⁰⁰

Otro de los requisitos con los que debe cumplir la dogmática jurídica para ser considerada como ciencia, es el de la objetividad. La dogmática tiene que describir objetivamente la normas, sin cuestionar su validez, lo que significa que dicha descripción no debe estar manchada y oscurecida por las ideologías de los juristas. Sin embargo dice Correas, esto no puede ser posible, toda vez al momento de describir una norma, al mismo tiempo se le reconoce como válida, pues la validez no es una característica propia, intrínseca, inherente de las normas,

²⁹⁹ *Idem*, p., 262

³⁰⁰ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 155-

sino una norma es válida porque alguien la reconoce como tal, y ¿quiénes emiten ese discurso de reconocimiento de las normas?, pues los juristas, sin duda.

"...la mayor parte de los juristas analíticos piensa que las la normas son válidas por sí mismas; por haber sido producidas por una autoridad competente. Pero la verdad es que la validez de las normas, lo que su supuesta ciencia describe, en realidad proviene de la descripción misma. En efecto, cuando la pretendida ciencia "objetiva" dice que existe la norma *Op*, está diciendo, al mismo tiempo, que es válida; porque si no, no sería tal norma...Entonces, las normas no existen por sí mismas, por alguna propiedad que les pertenezca. Existen porque "alguien" dice que tiene la propiedad de la existencia, de la validez."³⁰¹

Hemos dicho (en el capítulo anterior) que, de acuerdo con la teoría analítica, una norma es válida siempre que haya sido creada por un órgano facultado para ello y en virtud de lo dispuesto por otra norma y que, en cierto sentido, esa norma puede considerarse como efectiva y como formando parte de un sistema jurídico eficaz.

Ahora, la efectividad de las normas, de acuerdo con la teoría crítica, se va a obtener gracias a la ciencia jurídica. Hemos dicho, siguiendo en todo momento a Correas, que el derecho es un instrumento para ejercer el poder y que quien tiene el poder, para poder ejercerlo, necesita que lo que él desea que se haga, es decir que se considere derecho, se reconozca como tal y para ello se vale de quienes están dedicados a emitir el discurso de reconocimiento de las normas, o sea los juristas. Por lo tanto, dice Correas, reconocer una norma como válida, significa

³⁰¹ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 162.

reconocer que quien la emitió, estaba autorizado para hacerlo, o lo que es lo mismo, el discurso de reconocimiento de normas, es al mismo tiempo un discurso legitimador de la actividad de los funcionarios. Esto, dice Correas, de ninguna manera puede ser visto como una actividad puramente científica alejada de la política.³⁰²

El propósito de los juristas analíticos de ver, de hacer de la dogmática una ciencia jurídica objetiva y exacta, como las ciencias naturales, que constituyen el modelo de la ciencia "posible", deviene, dice Correas, de un deslumbramiento por este tipo de ciencias, esto sin embargo, solo ha hecho que consideren al derecho como un fenómeno simple, sencillo y que olviden que el derecho es lo que alguien quiere que sea y existe porque alguien dice que existe.

"El derecho es lo que alguien, que tiene cierto poder en la sociedad, dice que es el derecho. Las normas existen porque y cuando, alguien lo dice. Se trata de un fenómeno social en el que se enlazan muchos discursos, unos que ordenan otros que desconocen, otros que aceptan."³⁰³

³⁰² Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p., 265., "...la efectividad es una condición de la validez de las normas. Ahora bien, ¿cómo se consigue la efectividad de las normas?... quien detenta el poder tiene que disponer de un cuerpo de funcionarios entrenados en la tarea de reconocer como derecho lo que el poderoso quiere que sea derecho. Y esa tarea, precisamente, la cumplen los juristas. Es decir, es gracia a los juristas y su "ciencia", que las normas son efectivas, y por tanto el orden jurídico es eficaz. Y sólo porque lo es, es que las normas son válidas. O sea que, cuando un <científico jurídico> dice que una norma es válida, lo puede decir porque es efectiva, Pero lo es, precisamente porque otros <científicos> las reconocieron como válida y la aplicaron. Esto sucede porque todo reconocimiento de una norma, es el reconocimiento de que quien la produjo era quien estaba autorizado para ello., el reconocimiento., el proceso de validación, es un proceso de legalización de todo actuar del funcionario. Y nadie podrá decir que esta tarea de legalizar las conductas de los funcionarios, es una actividad apolítica."

³⁰³ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 163.

La corriente analítica encuentra su fundamento en el empirismo de Hume y por lo tanto en el positivismo, lo que significa que consideran a la experiencia sensible como el origen del conocimiento científico y certero. Los analíticos, dice Correas, en busca de un método que le permita formular enunciados científicos, verdaderos, se ha olvidado de la experiencia, y lo que es más, dice Correas, temen que su ciencia pura, se contamine con observaciones de la realidad, lo cual, dice, es una verdadera contradicción, toda vez que se dicen empíristas.

"La manera analítica de hacer Filosofía,.. es tributaria del pensamiento de Hume; y, como tal, positivista. Esto es comprometida, en primerísimo lugar, a atenerse a la experiencia como fuente de toda certeza. Pero en la búsqueda de esa certeza, han olvidado la experiencia. Es cierto que el positivismo ha estado a la búsqueda del método correcto para producir enunciados científicos, es decir, verdaderos...La manera analítica de hacer Filosofía del Derecho, positivista por convicción, ha sacrificado la realidad por la imitación de la certeza de la ciencia naturales. Y se ha equivocado. Ha construido una bella estructura teórica, una buena Teoría del Derecho, pero no ha podido hacerla casar con la experiencia de los abogados...Los filósofos analíticos en la búsqueda de la certeza en la descripción de normas, han llegado a suponer que la llamada Dogmática Jurídica es la *única* ciencia posible respecto del derecho. Les asusta la posibilidad de otras ciencias. Y mucho más aún, la sola sospecha de que, para describir una norma, sea necesario, previamente, hacer algunas observaciones empírica, sociológicas...El temor a la contaminación de la pureza de su pretendida ciencia, con observaciones de la realidad, es tanto más extraña cuanto su convicción es "positivista";..el rechazo a cualquier observación de la realidad es...Una verdadera traición a lo mejor del positivismo: el compromiso con la experiencia humana."³⁰⁴

³⁰⁴ *Idem*, pp., 163 y 164.

La sociología jurídica, a diferencia de la dogmática, si es una ciencia claramente empírica, dice Correas, ya que se ocupa, como ya habíamos dicho, de las causas y efectos del derecho en la conducta humana, se ocupa, por ejemplo, del momento de creación del derecho, del propósito, de las intenciones del productor de las normas, etcétera. Ahora, en cierto sentido, el análisis que hace el sociólogo del derecho puede llegar a ser más objetivo que el de los juristas, pues el sociólogo, no tiene que decir cuales son las normas válidas, como si lo tienen que hacer los juristas. El sociólogo, entonces mira, observa el fenómeno jurídico desde fuera, en cambio los juristas estudia al derecho de una manera interna, desde el fenómeno mismo. Por tanto, dice Correas, sería válido decir que la sociología es una verdadera ciencia jurídica, pues observa hechos empíricamente verificables, toda vez que se ocupa del impacto social que tiene el derecho, a través de las sentencia o de la ejecución de las mismas, que sin duda constituyen hechos y además puede ofrecer objetividad, en razón de que, como hemos dicho, el punto de vista del sociólogo es externo, por lo tanto puede describir el fenómeno jurídico sin influenciarlo.³⁰⁵

³⁰⁵ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, pp. 266 y 267., "Los sociólogos han puesto a punto métodos de estudio de la realidad, que parecen satisfacer las exigencia de fundamento en la experiencia y objetividad. Cuando menos, nadie le niega eso a la Sociología, lo que permite creer que tampoco debe negársele a la Sociología jurídica. Principalmente, la Sociología Jurídica, a diferencia de la Dogmática Jurídica, parece poder llegar a resultados que pueden calificarse de objetivos. EL punto de vista sociológico puede ser, con más facilidad que el de la Dogmática, un punto de vista *externo* al derecho. Es decir, el sociólogo puede ver al derecho <desde afuera>; sin tomar parte en el juego cotidiano de poder en que consiste el derecho. Cuando menos parece existir esa posibilidad."

La sociología y la dogmática, sin embargo, no son las únicas ciencias de las que se pueden y de hecho se auxilian los juristas para estudiar al derecho, existen otras ramas de la filosofía que tiene fundamento, ya no en racionalismo ni en el empirismo, sino en el a-priorismo de Kant y en la retórica de Aristóteles. La hermenéutica y la argumentación.

4.2.2.2. Hermenéutica jurídica

La filosofía kantiana, originó una corriente de pensamiento diferente a la del racionalismo y al empirismo. Esta nueva forma de ver el mundo parte del supuesto de que el hombre pertenece a dos mundo, al mundo de la razón, de la necesidad o de los sentidos y al mundo de la libertad.

El sentido, dice Correas, es algo que se encuentra únicamente en el mundo humano, que tiene que ser recibido, entendido por un sujeto distinto del que lo emite. Sin embargo, sigue diciendo Correas, en el camino que recorre el sentido desde su productor hasta su receptor, puede, que ese sentido sea modificado, mal captado, mal *comprendido*. Esta forma distinta de conocimiento, no trata de negar de ninguna manera ni el positivismo ni el racionalismo, solamente señala que existen dos esferas del mundo, una compuesta por hechos que pueden ser empíricamente verificables y otra, en la que hay libertad y voluntad, y además comunicación. Comunicación que intenta transmitir un sentido.

La hermenéutica se va ocupar, por supuesto del sentido de los mensajes, pero particularmente se hace cargo del sentido que el receptor da al mensaje, más que del sentido del productor.

Hermenéutica. significa "interpretación de textos. Tiene que ver con Hermes, el dios de cosas ocultas. De allí que "hermético", sea lo cerrado, lo oculto, lo secreto, lo obscuro...Entonces Hermenéutica sería la actividad del pensamiento, la disciplina, que devela lo oculto; sería, entonces, desocultar lo secreto."³⁰⁶

Para hacer un estudio hermenéutico, es necesario partir de la idea de que los textos tienen un sentido (discurso) que el creador de dichos textos, desea transmitir a alguien (emisor), el cual, si desea entender el mensaje tiene que entender o comprender su sentido.

En la hermenéutica, dice Correas, la palabra clave es *comprender*.³⁰⁷ Comprender o entender significa recibir, captar el sentido de un mensaje. El sentido de un mensaje puede únicamente ser percibido, captado, comprendido, entendido, pero no experimentado, es decir que, para comprender un mensaje, (en principio) no intervienen los sentidos. Asimismo lo que se comprende no es un hecho, y por tanto no se conoce a través de experiencia sensible, lo que se comprende es la intención del emisor del mensaje. "...La palabra "comprensión", apela...a algo así como "ponerse en el lugar del productor del sentido".³⁰⁸

Pero esta tarea no es fácil, pues el receptor del mensaje, tiene que reconstruir el sentido en un tiempo y circunstancias

³⁰⁶ Correas, Óscar, *Metodología jurídica*, p., 172.

³⁰⁷ *Idem.*, p., 173, "Comprender" o "entender", versus "explicar y "describir"; esta oposición sería la clave para captar la diferencia entre la manera analítica de hacer Filosofía, y la Hermenéutica."

³⁰⁸ *Idem.*, p., 174.

diferentes a las de productor. Es decir el *contexto*, dice Correas, de la emisión y recepción del mensaje son diferentes, pues tanto la producción del sentido como la comprensión de éste, están influenciadas, por las ideologías, conocimientos, prejuicios, etcétera de quien emite y de quien recibe el mensaje. Entonces dice Correas, ¿cómo podremos saber si el receptor del mensaje comprendió exactamente el sentido que el productor quería transmitir?, ¿será necesario que otro interprete, diga si el receptor del sentido (primer interprete) cumplió con su tarea?. En derecho sí sucede esto. La apelación, no es sino una segunda interpretación del sentido de un cierto mensaje, sin embargo, cuando llegamos a la última instancia (el amparo), ¿quién dice si la interpretación, de la corte, por ejemplo, es correcta o no?. La verdad es que en el campo de la hermenéutica, no es posible la exactitud ni la certeza.

Otra dificultad a la que se enfrentan los intérpretes para cumplir puntualmente su tarea, es el amplio campo semántico que tienen algunas palabras. Es decir, existe signos (palabras), que tienen diferente significado y lo que es más, como dice Wittgenstein, el significado de las palabras deriva de su uso. Entonces ¿cómo es posible saber cual es el verdadero sentido que se desea transmitir?. Como hemos dicho, en cuestiones de interpretación no es posible un conocimiento exacto, certero.

El derecho, como cualquier otro discurso, tiene un cierto sentido que su productor quiere transmitir a otros. En este caso, en particular quiere que esos otros hagan algo, se comporten de cierta manera. La tarea de los juristas, dice Correas, es la de comprender, descubrir el sentido que se encuentra dentro de los

textos jurídicos, con la intención de encontrar normas que sirvan para resolver un caso concreto, para lo cual, los juristas deben realizar un análisis, una interpretación de dichos textos y en algunos casos, incluso es necesario tratar de saber que quiso decir el productor del texto (legislador), es decir, saber con que intención fue creado ese texto.

La interpretación dice Correas, siguiendo a Gadamer, consiste en una serie de preguntas, que el interprete le hace al texto, pero sin embargo, el interprete no debe limitarse únicamente a sus preguntas, sino que debe buscar las preguntas a las que el texto responde. Si esto es así, la hermenéutica pone en duda la supuesta objetividad, certeza de la dogmática jurídica. Los filósofos analíticos, partidarios de la idea de que la dogmática es la ciencia del derecho, y que ésta se limita a describir objetivamente, *certemente*, las normas jurídica, que forman parte del discurso del derecho, no toman en cuenta, soslayan el hecho de que las normas están en los textos. Los juristas se enfrenta a un texto del cual deben extraer normas jurídica, y en ese sentido, dice Correas, las normas son el resultado, del trabajo de los juristas, o sea de la interpretación que los juristas hacen de ciertos textos.

"Las normas no están en la superficie social, sino que deben ser encontradas, precisamente a través de un trabajo *hermenéutico*. Es necesario *leer*, esto es, *interpretar* los textos para encontrar en ello las normas jurídicas".³⁰⁹

Por tanto, la "descripción" de normas que hacen los juristas científicos no puede ser objetiva ni certera, toda vez, como ya

³⁰⁹ *Idem.*, p., 197.

hemos dicho, cada interprete se encuentra situado en un tiempo y lugar, particulares y que además su interpretación estará viciada por sus ideologías, prejuicios, etcétera, individuales. Habrá tantas interpretaciones de un texto (tantas normas en un texto) como intérpretes.

4.2.2.3. Argumentación jurídica (Correas)

La argumentación jurídica, dice Correas, puede ser ubicada, dentro de la misma línea de pensamiento en la que se ubica a la hermenéutica.

La argumentación tiene su predecesor en la retórica aristotélica. La retórica, dice Correas, es el "arte de convencer a un auditorio con argumentos que tienen su base en premisas generalmente aceptadas"³¹⁰.

El origen de este arte, se remota a Atenas³¹¹, con la instauración en el siglo V a. C de una democracia, lo que produjo la discusión en la asamblea, con el propósito de convencer a la mayoría de los ciudadanos de que algo es correcto, verdadero o no. Esto significó que la razón (logos) ya no regía el mundo, al menos tratándose de cuestiones humanas, ahora todo depende de la asamblea. La verdad ya no es exacta sino relativa. Lo justo, lo bueno, lo malo ya no está determinado por la razón sino por la asamblea (la mayoría de los ciudadanos). La democracia, en

³¹⁰ *Idem*, p., 210

³¹¹ *Idem.*, pp 207-210

Atenas, dice Correas, duro poco tiempo, sin embargo, la asamblea perduró.

Pero la democracia ateniense no solo dio lugar a la asamblea, sino que también origino la aparición de los sofistas, estos eran filósofos que defendían el relativismo de la verdad, estos filósofos por lo tanto no eran reconocidos por los filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles, quienes consideraban que este tipo de filosofía (sofista) era responsable de la demagogia de la asamblea.

Aristóteles se dio cuenta, de que lo sucedido en la asamblea existía en una esfera distinta a la de la ciencia, por lo que, se dio cuenta que la ciencia no era el único camino para obtener conocimiento verdadero, y por ello coloca, dice Correas, aun lado de la ciencia a la dialéctica, con lo cual intentó equiparar la retórica, con la ciencia, con el propósito de terminar con la demagogia.

La retórica, como habíamos dicho, pretende convencer³¹² a un auditorio, mediante argumentos aceptados por la mayoría, por lo tanto la retórica no conduce a la verdad, como la dialéctica, sino que conduce al *convencimiento* de un auditorio, por ello, dice Correas, Aristóteles intento regular la retórica con el fin de que se pareciera lo más posible a la dialéctica y lo que es más, a la ciencia.

El auditorio, es el concepto central en la retórica, pues el propósito de la retórica es convencer o persuadir a un auditorio.

³¹² *Idem*, p., 211, "...la Retórica se orienta a, tiene por objeto, estudiar los artificios verbales destinadas conseguir efectos prácticos: que alguien se persuada o convenza de algo;.."

Pueden existir dos clases de auditorios; el auditorio particular y el universal.

Tratándose de un auditorio particular, dice Correas, la argumentación tiene como propósito la persuasión, pues este tipo auditorio, esta integrado por personas de la misma ideología, por lo tanto se intenta persuadir a quienes comparte una forma de pensar. En cambio si se trata de un auditorio universal, que estará integrado por "todo ser de razón", es decir por persona de muy distintas ideologías, la argumentación tiene como finalidad el convencimiento. Para poder llegar a convencer, dice Correas es necesario partir de premisas universales, es decir, de argumentos que sean validos o aceptables para todo el mundo. ... "El ejemplo de un auditorio universal, es el de la discusión filosófica. La jurídica pertenecería a un auditorio particular."³¹³

Otro concepto esencial en la retórica es el de *la tópica*. La tópica es punto de partida para la argumentación.³¹⁴ La tópica dice Correas, es la disciplina que estudia los *tópoi*. Los *tópoi*, son enunciados que sirven como base para la argumentación, toda vez que cuentan con una aceptación generalizada, en caso del derecho, estos *tópoi* serían los conceptos jurídicos fundamentales.

Hasta aquí, hemos usadó la palabra argumentar, sin determinar que debemos entender, en términos de la teoría crítica de Correas, por argumentar. Pues argumentar, significa "dar razones que justifiquen una decisión. "justificar", a su vez, no es

³¹³ *Idem.*, p., 212.

³¹⁴ *Idem.*, p., 213. "... la *Tópica*. Esta palabra viene de *topos*: lugar..., en primer término; pero también fundamento de un raciocinio, lugar, motivo o asunto de un discurso..., y finalmente, lugar común."

otra cosa que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio..."³¹⁵

La argumentación, a diferencia de la hermenéutica, -que hemos dicho se ocupa principalmente del sentido captado por el receptor de un cierto mensaje (la interpretación)-, se enfoca primordialmente al sentido que tiene un mensaje al momento de ser creado (la intención con la que se crea).³¹⁶

La argumentación jurídica, entonces, resultar ser un complemento de la interpretación y viceversa, pues primero se establece una norma o bien se interpreta una norma que puede servir para resolver un caso concreto, y después argumentar porqué es aceptable resolver un caso en particular con esa norma previamente interpretada.

El mundo del derecho tiene varios momentos, la creación de la normas, la recepción de las mismas, la aplicación, etcétera, lo cuales ocurren en distintos lugares, tales como los parlamentos, las universidades, despachos, tribunales, etcétera.³¹⁷

Aunque hemos dicho que la interpretación se ocupa particularmente del momento de recepción de las normas jurídicas, y que la argumentación de la creación, resulta, que en realidad, es necesario argumentar en cualquiera de los momentos y lugares en donde se sucede el fenómeno jurídico. El intérprete debe argumentar, por qué motivos ha interpretado la norma de

³¹⁵ *Idem.*, p., 219.

³¹⁶ *Idem.*, p., 222, "Las teoría de la argumentación enfocan su interés principalmente en el momento de la producción de sentido, por ejemplo, en la producción de una sentencia, que tiene el sentido de ser una norma individualizada."

³¹⁷ *Idem.*, p., 220 y 221.

cierta forma y no de otra, así como el legislador debe argumentar por que razón la norma que él crea dice lo que dice y no otra cosa.

Así tenemos, que la argumentación es una disciplina que se utiliza en cualquier momento del fenómeno jurídico e independientemente de la ideología (racionalista, empirista o a priorista) que se tenga.

Para concluir este capítulo haremos un cuadro-resumen de la ciencia en general y la ciencia del derecho según Correas, un cuadro sobre el discurso de la ciencia jurídica.

DISCURSO DE LA CIENCIA DEL DERECHO (CORREAS)

Predecesores	Ciencia	Método	Ciencia del derecho
Aristóteles	Racionalismo	Deductivo	Dogmática Iusnaturalismo
	Retórica	Dialéctica	Argumentación
Hume	Empirismo	Inductivo	Sociología positivista
Kant	A priorístico	Comprensivo	Hermenéutica

3. Conclusiones del capítulo IV

1. En lo que a la ciencia en general se refiere, para Tamayo, ésta se encuentra descrita (qué es y cómo se hace) en los segundos analíticos de Aristóteles, de donde se deriva un modelo clásico de ciencia que consiste en hacer una inducción (epagogé)

seguida de una deducción (silogismo). Sin embargo dice Correas, la inducción (epagogé) no puede ser un método utilizado por Aristóteles para hacer ciencia, en razón, de que; primero, Aristóteles es un racionalista absoluto que considera como única fuente de conocimiento "científico" al intelecto, la razón, el silogismo, la deducción dejando de lado la experiencia sensible y; segundo, epagogé, no es un método científico, sino pedagógico. Esto significa que para Correas, el método utilizado por Aristóteles no pudo ser la inducción sino solo la deducción.

Sin embargo, no resulta indudable pensar que Aristóteles fuera un racionalista absoluto, sin duda que tenía influencia de esta manera de pensar, pero eso no significa que despreciara por completo el conocimiento adquirido por la experiencia. El conocimiento adquirido por la experiencia, quizá no sea científico, pero puede servir para llegar a obtener conocimiento científico. Eso, por un lado, y por otro el propio Correas reconoce que Aristóteles, al ocuparse de la retórica se da cuenta de que hay una parte de la vida del hombre, que no se desarrolla en el mundo de la ciencia y que no está regido por las ineluctables leyes naturales.

3. Respecto de la ciencia jurídica, dice Correas, que para poder hacer ciencia del derecho, es necesario contar con un concepto de derecho y con otros conceptos fundamentales (norma, sistema, obligación sanción, etcétera) que permitan estudiar, describir cualquier sistema jurídico del pasado y del presente. Esta tarea está a cargo de la teoría general del derecho. La teoría general del derecho, entonces, crea la base conceptual para la ciencia jurídica. Si esto es así, podríamos decir que, siguiendo a

Tamayo, esta teoría nace con lo que él llama jurisprudencia romana y se desarrolla con la jurisprudencia medieval. Así podríamos decir, que la teoría general del derecho como la llama Correas, puede considerarse como el resultado del desarrollo de lo que Tamayo considera que es la jurisprudencia romana y medieval, que podríamos decir es una primera etapa de la ciencia del derecho.

La teoría general del derecho, hemos dicho crea el fundamento teórico de la ciencia del derecho, que para Tamayo será la dogmática jurídica. La dogmática según la teoría analítica es la única ciencia del derecho, que tiene como propósito la descripción objetiva de su objeto de estudio, el derecho. Sin embargo podríamos decir que la dogmática no solo se ocupa de describir el derecho, sino que además, tiene una función interpretativa (interpretación doctrinal) y argumentativa (argumentación jurídica).

Correas, por su parte considera que no existe una única ciencia del derecho, sino que, además de la dogmática jurídica, existe la sociología, la hermenéutica y la argumentación jurídica. Ciencias jurídicas, que en cierto sentido podrían identificarse con cada una de las partes de la dogmática jurídica. La sociología jurídica se identifica con la parte descriptiva de la dogmática, solo que quizá la primera ponga más énfasis en las normas que son utilizadas por los jueces y la dogmática, se ocupa mayormente de la normas creadas por el legislador, empero unas y otras son normas jurídicas, aunque en etapas diferentes de desarrollo. Las normas creadas por el legislador, podríamos decir, son normas en potencia, en tanto que las normas utilizadas por los jueces son

normas en acto, por lo que la dogmática descriptiva y la sociología jurídica no están separadas ni son contradictorias, sino que se auxilian una de la otra.

4. Como hemos dicho desde el comienzo de este trabajo, tanto Tamayo como Correas, tienen como fundamento teórico a Kelsen, veamos entonces cuales son las semejanzas y deferencias que cada uno tienen con este autor en este tema en particular.

Kelsen considera, con base en Kant y en Hume, que la ciencia puede ser de dos tipos: normativa o empírica. La ciencia jurídica dice Kelsen es una ciencia normativa, cuyo propósito es la descripción objetiva del derecho. Esta idea parece compaginarse con la idea de la dogmática jurídica de la que habla Tamayo, por una lado, y por otro, con la idea de Correas de considerar a la sociología (ciencia empírica y objetiva), como ciencia del derecho.

5. Este dualismo de Kelsen plantea el problema de la influencia de Kant o de Hume en su propia teoría. El cual puede resolverse diciendo que Kant influye más a Kelsen en su primera etapa y Hume en su segunda etapa, cuando llega a los Estados Unidos, cuya filosofía tiene como una de sus raíces el empirismo inglés.

Para terminar, a continuación presentamos un cuadro comparativo entre las teorías de Tamayo Correas y Kelsen, un cuadro de la ciencia del derecho.

CIENCIA DEL DERECHO

Kelsen	Tamayo		Correas
Ciencias normativas: (derecho; moral)	Jurisprudencia	Descripción (inducción, deducción)	Dogmática
	dogmática	Hermenéutica (deducción)	Hermenéutica
		Argumentación	Argumentación
Ciencias empíricas (sociología)			Sociología jurídica

5.1. Jurisprudencia, ideas políticas y constitución

El derecho visto como un sistema puede (considerándolo un sistema abierto) interrelacionarse con otros sistemas, entre los cuales por supuesto se encuentra el sistema político.

La idea central de este capítulo es describir como se da esta interrelación entre derecho y política, tanto a un nivel teórico (semántico) como práctico (pragmático).

De acuerdo con Tamayo, el ideal político moderno tiene como fundamento teórico, los principios, dogmas e instituciones de la jurisprudencia romana medieval (el derecho romano descubierto por los italianos).³¹⁸ Ahora bien, el derecho romano que influye en la teoría política moderna, va a ser el derecho romano en su "estado final", es decir el *corpus iuris*, el cual va a constituir la base del derecho europeo moderno. El *corpus iuris* fue compilado por órdenes de Justiniano, en oriente, después de la desaparición del imperio romano de occidente para después ser descubierto en

³¹⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, UNAM, 1983, pp., 13 y 14. "...el ideal político de la humanidad es un conjunto de doctrinas cuyos principios, dogmas y objetos son parte de la tradición jurídica de occidente y, como tal, herencia de la jurisprudencia romana de la Edad Media... Me propongo explicar... hasta qué grado las teorías, del poder, de la soberanía, etcétera, son una reformulación de los principios y dogmas de la jurisprudencia. Mi intención es resaltar el hecho de que la formación de la teoría política moderna es, en gran medida, una herencia del derecho romano."

Italia y desde ahí difundido a toda Europa.³¹⁹

El *corpus iuris*, dice Tamayo, fue durante mucho tiempo incomprendible en Europa, sin embargo durante el periodo que va del año 1100 al 1600, éste tuvo una gran influencia y penetración en occidente. Durante esta época, nos sigue diciendo Tamayo, el derecho que se aplicaba por los jueces tenía como fundamento el comentario de un jurisconsulto que comentaba un texto del *corpus iuris*, así mismo el *corpus iuris* era utilizado por algunos autores como base de sus opiniones sobre política. Durante este periodo, se tenía, entonces, al derecho romano (*corpus iuris*) como "fundamento indiscutible del alegato jurídico y del argumento político".³²⁰

De acuerdo con nuestro autor, a partir del renacimiento del estudio de la jurisprudencia romana, los teóricos políticos reformularon, reconstruyeron algunos conceptos y categorías del derecho romano para crear sus teorías políticas.

Antes del siglo XI, dice Tamayo, no se pensaba en la ciencia política como una disciplina independiente. La política gubernamental formaba parte del derecho público, muy particularmente en la actividad legislativa. Así, sigue diciendo Tamayo, tenemos que el derecho es el instrumento necesario para conocer la ideología política.

³¹⁹ *Idem*, p., 14. "...No podemos alterar el hecho de que el derecho romano jugara un papel prominentísimo en la formación de Europa. Es necesario hacer una advertencia: el derecho romano del que nos ocupamos aquí, es el de su "estado final". Por "derecho romano" entendemos, básicamente, el *corpus iuris romani*...El *corpus iuris* fue compilado en el oriente después de que había desaparecido el Imperio en occidente. No fue una supervivencia; fue un descubrimiento italiano entusiastamente recibido en toda Europa."

³²⁰ *Idem*, p., 16.

Pero si el derecho romano pudo penetrar tan profundamente en la ideología medieval, dice Tamayo, fue en gran medida gracias a la difusión que la iglesia hizo de él.

Durante la Roma imperial, dice Tamayo, particularmente con los últimos emperadores romanos, comenzó a desarrollarse una "política cristiana". La ideología política romana de la época imperial tuvo su fundamento en la divinidad: "Dios se manifestaba en el poder del emperador; por tal razón el derecho establecido por él, debía ser obedecido..."³²¹

Así, el derecho romano va entrelazándose poco a poco con la ideología cristiana y ésta a su vez va legitimándose y adquiriendo más fuerza. Alrededor del siglo V, dice Tamayo, la iglesia toma conciencia de su gran fuerza y comienza a pretender ser universal. Esta universalidad, nos sigue diciendo nuestro autor, va a ser respaldada con la *Biblia*.

La Biblia así como la constitución romana es la fuente de la doctrina política del Imperio, se convierte, entonces en la fuente de la doctrina política de la iglesia.

La iglesia quería constituirse como un nuevo imperio, por lo que algunos religiosos conocedores del derecho romano comenzaron a transformar algunos dogmas, credos y máximas religiosas en normas jurídicas. Ahora bien, para poder traducir los preceptos religiosos en normas jurídicas, estos clérigos tuvieron que auxiliarse del lenguaje del derecho romano, de ahí, dice

³²¹ *Idem*, p., 26.

Tamayo, que existan semejanzas entre el gobierno eclesiástico y el del emperador.³²²

La Biblia, dice Tamayo, una vez traducida al latín (traducción que se conoce como la *vulgata*) se convirtió en occidente en fuente "inagotable" de doctrina política. "La Biblia latina, o simplemente, la *Vulgata*... fue cubierta con nociones, ideas y expresiones que habían sido tomadas del derecho romano."³²³

Así el derecho romano fue conocido en Europa bajo el mando de la *Vulgata*. Pero dice Tamayo, si la Biblia "latinizada" pudo ejercer tal influencia en la ideología política del medioevo, esto se debe a: primero, Roma conquistó gran parte de Europa occidental facilitando con ello la futura recepción de la ideología romano-cristiana; segundo, el cristianismo fue conocido y difundido en Europa con el lenguaje de Roma y; tercero al principio de la edad media, dice Tamayo, "Europa no tenía ni historia ni identidad propias".³²⁴

Otras de las circunstancias que ayudaron a la aceptación del derecho romano en Europa, de acuerdo con nuestro autor, fueron que el derecho romano estaba escrito en latín, el lenguaje de la fe cristiana,³²⁵ así como el hecho de que el derecho romano era más

³²² *Idem*, pp. 31 y 32.

³²³ *Ibidem*

³²⁴ *Idem*, pp. 33 y 37. "...esta *Biblia* romanizada fue libro de texto de gobierno, Europa occidental, poco a poco, adquirió una identidad propia." "Para que el derecho romano pudiera ejercer una decisiva influencia necesitaba de un suelo fértil. Esto presupone una identidad propia, un mínimo de estabilidad, un mínimo de cultura, por lo menos de los grupos influyentes de la sociedad. Ahora bien, ninguna de estas condiciones existían en Europa en época de Justiniano. No fue sino hasta el siglo IX que Europa emergió como una unidad ideológica (gracias al cristianismo latinizado)."

³²⁵ *Ibidem* "La *Vulgata* proporcionó el vínculo común entre tribus, naciones, provincias y regiones, fueran visigodas, anglosajonas o francas... Todas estas "nuevas naciones" se gobernaban con el lenguaje de la Biblia."

evolucionado que el derecho europeo de entonces. Sin embargo es importante señalar que eran pocas las instituciones romanas las que podían ser aplicables de manera directa a las condiciones políticas y sociales de la Europa medieval. Por lo que el derecho romano, dice Tamayo, fue utilizado como modelo y como molde de las instituciones europeas. La adaptación de los principios de derecho romano, fue realizada en primer lugar por los gobiernos y posteriormente por las escuelas de derecho.

Los gobernantes europeos, dice Tamayo, aspiran a gobernar como sucesores de los emperadores romanos, por lo que se empeñaron en conservar y adaptar las instituciones gubernamentales del derecho romano, particularmente el del *Codex*.

"El emperador que describe el *Codex* llamó enormemente la atención de los gobernadores germánicos; razón, *inter alia*, del impacto del derecho romano en la práctica gubernamental. Es curioso, pero los líderes germánicos estaban particularmente orgullosos de sucumbir a la influencia del derecho romano —especialmente bajo el *Codex*—... Cuando los gobernantes germánicos, emergen como emperadores "romanos" están, persuadidos ... de que eran los sucesores de los viejos césares y, en tal virtud tenían el legítimo derecho de llamar *suyo* el derecho romano... la influencia del derecho romano en la teoría política fue gradualmente consolidándose a partir del restablecimiento de la idea romano-imperial con la dinastía sajona en 962. Por razones gubernamentales los emperadores sajones promovieron activamente, no únicamente el estudio del derecho romano, sino, sobre todo, su aplicación práctica."³²⁶

Es así como el derecho romano comienza a penetrar con sus principios de gobierno, con sus instituciones jurídicas, el mundo

³²⁶ *Idem* p., 36.

européo. Empero su aplicación directa seguía teniendo algunos problemas, tales como algunas inconsistencias y contradicciones con el mundo social, jurídico y gubernamental del medioevo, por lo que era necesario acomodar, ajustar, esas instituciones romanas a la situación actual. Esta tarea dice Tamayo, requería de un gran labor interpretativa, labor, que fue realizada por las escuelas de derecho, primero en Provençe, después en Lombardía, Ravena y por último en Boloña.³²⁷

Antes del siglo XII, nos dice Tamayo, no existía la idea de un sistema jurídico, y mucho menos la de una ciencia jurídica. Las comunidades europeas de entonces, no contaban con un conjunto claro y ordenado de principios jurídicos elaborados por un grupo de personas especializadas en ello. Esto se debió primordialmente al carácter local de dichas comunidades.

Con la aparición de autoridades centrales, que controlaban las localidades europeas, comenzaron a aparecer las primeras escuelas de derecho y con ellas los primeros juristas profesionales.

El derecho que comenzó a enseñarse en Europa, no fue un derecho europeo sino el derecho romano del *Corpus iuris*.³²⁸ Las universidades se convirtieron, entonces en difusoras de los principios jurídicos y político de Europa, principios, dice Tamayo,

³²⁷ *Idem.*, pp., 45 y 48

³²⁸ *Idem.*, p., 49. "...el derecho que se enseñó y se estudió sistemáticamente no fue el derecho de Europa, fue el derecho contenido en un viejo manuscrito que surgió a la luz en una biblioteca italiana a finales del siglo XI. Este manuscrito contenía la compilación de "derecho romano" realizada por Justiniano alrededor del año 530, es decir llevada a cabo con cinco siglos de anterioridad."

que fueron adaptados o reformulados por los comentaristas del derecho romano.³²⁹

Empero la jurisprudencia (ciencia del derecho) comenzó a tomar fuerza hasta finales del siglo XI con el nacimiento de la escuela de Boloña y gracias a Irnerio.

La importante labor de Irnerio, dice Tamayo, puede dividirse en tres partes: primeramente; hizo un estudio autónomo del derecho, es decir que estudio el derecho, separado de cualquier otra disciplina; segundo, Irnerio estudio directamente el *corpus iuris* y; tercero, dio un interpretación al derecho romano, reformulándolo, en cierto sentido, para adecuarlo a la situación actual y así poder llevarlo a la práctica. Pero esta triple tarea no fue exclusiva de Irnerio, sino que se convirtió en el objetivo de la escuela de los glosadores de Boloña, quienes a decir de nuestro autor, sentaron las bases para la ciencia del derecho moderna (jurisprudencia).³³⁰

Durante la reformulación o adaptación del derecho romano(*corpus iuris*), los glosadores crearon una gran cantidad de

³²⁹ *Idem.*, pp., 45 y 46. "Siendo las universidades la avanzada del derecho romano, el examen y exposición del derecho romano se convierte en la primera disciplina académica en la historia de Europa."

³³⁰ *Idem.*, p., 52. "El genio de Irnerio se revela por una triple intuición: (1) dar al estudio del derecho un carácter autónomo, que la enciclopedia del saber medieval no le reconocía; (2) estudiar el "derecho de Justiniano" en los textos genuinos, haciendo a un lado los extractos y los epitomes; y (3) "establecer" el significado "verdadero" de la compilación justiniana y llevar a la práctica un "ordenado" y "completo" *Corpus iuris*. La consecuencia de esta triple tarea constituyó el principal objetivo de la escuela boloñesa de los glosadores. A esta escuela pertenecieron los cuatro doctores: Bulgarus (? - c 1166), Martinus (? - c 1166), Hugo (? - c-1170) y Jacobs (? - 1178)..., etcétera. Estos hombres habrían de sentar las bases de la moderna ciencia del derecho...En el curso de sus trabajo la escuela de los glosadores produjo una vasta literatura en la cual el "derecho de justiniano" fue progresivamente adaptándose a la actividad normal de los tribunal."

principios políticos. Los grandes problemas, políticos, dice Tamayo, fueron estudiados por la jurisprudencia.³³¹

5.1.1. La *societas* y la soberanía popular

Una de las aportaciones más importantes de los juristas medievales, nos dice Tamayo, sin duda es la del análisis de la naturaleza y función del estado. El análisis que hacen los glosadores de esta institución, tiene como base la institución romana de la *societas*.³³²

La *societas* es una institución del derecho romano (*iure gentium*) creada por un grupo de personas (*socii*) que persigue un mismo propósito. En el derecho romano, la *societas* era considerada como una persona (ahora diríamos persona moral) que actúa por medio de sus representantes.

El estado, dice Tamayo, no es más una gran *societas*, en donde los *socii* son los ciudadanos de ese estado, *societas* que está representada por algunos (legisladores, jueces, etcétera) *socii* que la conforman. Los glosadores, nos sigue diciendo

³³¹ *Idem*, pp. 77 y 79. "En el proceso de transformación del *Corpus iuris* en jurisprudencia italiana, los glosadores y comentaristas crearon cantidad de "teorías" políticas (doctrinas jurídicas sobre el derecho que se aplica al gobierno -de la *citta*, del Imperio, etcétera-), fundamentadas primordialmente en el *Corpus iuris*. Cuestiones como la naturaleza del derecho, de la autoridad, sobre la relación entre el poder secular y el eclesiástico, sobre la *societas*, eran abordadas en términos de doctrina jurídica...

³³² *Idem*, pp. 78 y 86. "...la jurisprudencia de Ravena, Pisa, Bolonia, Perugia, fue no sólo la ciencia de la creación, interpretación y aplicación del derecho, sino, también, una consistente filosofía política; la única teoría coherente del Estado. La filosofía política era... "una jurisprudencia sublimada"."

Tamayo, consideraban que la función de los gobernantes no es sino la de tratar de alcanzar el objetivo común convenido, ya que después de todo, para eso fue creada la *societas*. De acuerdo con los glosadores, nos dice Tamayo, ese propósito común sería alcanzado con la implementación de los principios del *Corpus iuris*.³³³

En el derecho romano medieval, dice Tamayo, podemos encontrar la semilla de otros varios principios e instituciones políticas modernas.³³⁴ Por ejemplo, nos sigue diciendo nuestro autor, en Marsilio de Padua podemos encontrar una teoría sobre la soberanía popular.

De acuerdo con Marsilio de Padua, en un estado, (*societas*) el único y original soberano es *el legislador humano* (la totalidad de los ciudadanos, *socii*), quien tiene como principal tarea, la creación de derecho, que es el instrumento que ayuda a lograr el propósito común de los ciudadanos, por lo tanto, es este *legislador humano* quien dota de poder a los gobernantes, cuya función es meramente "instrumental" (hacer lo necesario para

³³³ *Idem*, p 86. El Estado (la *civitas*) o el Imperio (*civitas maxima*) no es sino una *societas (amplissima)*. El manejo de los asuntos *comunes*, según la doctrina, se pacta; si no hay pacto, se presume el manejo común. En el Estado, la competencia (e.g., legislativa) del "representante" le es conferida por los miembros, i.e., por los *cives* de la *republica*... los glosadores sostienen que la función del gobernante no es sino perseguir el *affectus societatis*, i.e., el interés común convenido. Este último se alcanza aplicando los probados principios del *Corpus iuris*, en donde se encuentra la doctrina de la *civitas*."

³³⁴ *Idem.*, p., 91. "Todos estos principios y doctrinas, que habrían de convertirse en el material conceptual de la teoría política, se formularon y desarrollaron en el "normal y continuo trabajo de los juristas durante la Edad Media". Es asombroso cómo, a partir de esos principios, pudieron acuñar, por un lado, una doctrina sobre el Imperio, la *civitas* y las formas de descentralización política, así como establecer, por otro lado, consistentes y compatibles doctrinas sobre la soberanía, el gobierno y el *populus*."

alcanzar el fin común) y además estos gobernantes son responsables de su actuación ante el *legislador humano*.

Por su parte Bártolo de Sassoferato, sostiene una postura muy parecida, pero a diferencia de Masilio de Padua, cuya único fundamento de su teoría era su autoridad, se basaba en el *Corpus iuris*, además de que su teoría sobre la soberanía popular, nos dice Tamayo, tenía fundamento en la práctica, de las ciudades del norte de Italia.³³⁵

Para Bártolo de Sassoferato, nos sigue diciendo Tamayo, la costumbre, es una prueba irrefutable de que el pueblo crea derecho, y es que de acuerdo con su interpretación de *Corpus iuris*, la costumbre es derecho. El derecho consuetudinario, dice este autor, es producto de los usos y prácticas del pueblo. Ahora bien, para que la costumbre adquiera el carácter de jurídica, se requiere además de la práctica (de la realización reiterada un hecho cualquiera), de la obligatoriedad y eso, sigue diciendo Bártolo, se logra con el consentimiento del pueblo. "Es el consentimiento del *populus* el que transforma la práctica en derecho;..."³³⁶

Entonces, tenemos que el pueblo, puede y de hecho crea derecho (consuetudinario) y si puede hacerlo mediante consentimiento tácito, dice Bártolo, porque no habría de poder crear derecho mediante consentimiento expreso, por tanto el derecho consuetudinario y el legislado solo difieren en la manera

³³⁵ *Idem*, p., 96.

³³⁶ *Idem*, p., 97.

en la que se manifiesta el consentimiento del pueblo, en el primero el consentimiento es tácito y en el segundo expreso.³³⁷

Sin embargo, sigue diciendo Bártolo, para que el consentimiento del pueblo surta efectos, es necesario que éste sea libre. Para Bártolo de Sassoferato, un pueblo libre es

"aquél que no tiene superior, él es su propio superior...El pueblo libre es reconocido como una *universitas*. De ahí se sigue: 1) la civitas es una unidad (un orden jurídico) una persona; 2) la civitas en tanto persona, actúa a través de sus representantes... y 3) el origen del poder y la última autoridad son los miembros de la civitas."³³⁸

La doctrina de Marsilio de Padua, reforzada por la de Bártolo de Sassoferato, así como la práctica de la ciudades del norte de Italia, ayudaron a fundamentar y consolidar el teoría de la soberanía popular, en la que el pueblo juega un papel fundamental tanto en la creación del sistema jurídico, como del político.

Así tenemos, dice Tamayo, que la jurisprudencia romana-medieval proporcione las bases, de varias instituciones de la teoría política moderna, por ejemplo, de la doctrina moderna de la soberanía popular, influyendo de manera importante en el nacimiento y evolución de la teoría política moderna.

5.1.2. Constitución

Sin duda otro tema fundamental tanto para la teoría política como para la teoría del derecho es el de la constitución.

³³⁷ *Idem.*, Pp., 97 y 98.

³³⁸ *Idem.*, P., 99.

Bajo el nombre de Αθηναίων πολιτεία, "La constitución de Atenas" se conoce un Trabajo de Aristóteles en el que analiza la forma de gobierno y administración de Atenas. πολιτεία, es traducida por la gran mayoría de los filólogos como "constitución", pero independientemente, de las acepciones que pueda llegar a tener esta palabra, dice Tamayo, todas aluden a la polis en Grecia, civitas en Roma o sea a la comunidad. Polis, de acuerdo con nuestro autor, puede ser entendida como la totalidad de ciudadanos de una comunidad.³³⁹

Tanto para Grecia, como para Roma, constitución (politeia, para los griegos, res pública para los romanos), significa la "forma de la comunidad...la manera de ser de la organización política..." es decir que para los griegos y romano, la constitución no era exactamente una legislación una norma.³⁴⁰

Es hasta la edad media, dice Tamayo, que la constitución comienza a ser vista como una legislación, que establece derechos y obligaciones tanto para los gobernados como para los gobernantes.

Es en España, durante la guerra contra los moros, que la concepción del término constitución, comienza a transformarse. Durante esta época, nos dice Tamayo, el término constitución fue utilizado para referirse cualquier carta, fuero, etcétera, que el monarca otorgaba a una región. Cartas en las que se otorgaban algunos privilegios para los miembros de esa villa (igualdad ante

³³⁹ Tamayo y Salmoran, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, segunda edición, México 2002, pp., 24 y 25.

³⁴⁰ *Idem.*, p., 51.

la ley, inviolabilidad del domicilio, etcétera), esta situación fue extendiéndose poco a poco por toda Europa.

Estas cartas eran lo mismo que en Roma, dice Tamayo, otorgadas por el príncipe, pero, para poder alcanzar el carácter de legislación, tenían que ser aprobadas por una asamblea de representantes de cada comunidad, es decir que estas constituciones medievales tenían un carácter convencional. "Las constituciones medievales no son sino *pactos en forma de leyes* convenidos que deben cumplirse."³⁴¹

Esas regiones, que habían obtenido, ciertos privilegios por parte del monarca por medio de constituciones, comenzaron a unirse y formar alianzas, como la Liga del Rin, de Castilla y León, etcétera, con el propósito de defender, sus privilegios, así como, para intentar tomar el poder, dice Tamayo. Estas alianzas orillaron a los reyes a convocar representantes de las ciudades, con lo que, la expresión constitución, ahora comenzaría a connotar la idea de representación.

Es así como, poco a poco, se va formando la idea de que la constitución es un pacto celebrado entre gobernante y gobernados, en que se establecen derechos y obligaciones tanto para unos como para otros. Ahora, bien aunque la palabra constitución es utilizada como sinónimo de ley, es preciso, señalar, dice Tamayo, que la constitución puede entenderse como una legislación especial, algo así como un "**compromiso básico fundamental**".³⁴²

³⁴¹ *Idem.*, p. 55.

³⁴² *Idem.*, Pp. 56 y 59. "Bernard de Girard (Seigneur du Haillan) piensa, por ejemplo, que les *premières constitutions* son algo esencial al reino francés,

Así la expresión "constitución", dice Tamayo, adquiere un nuevo significado, que va a ser el de compromiso básico de una comunidad, las leyes fundamentales de un reino. Leyes, que se encuentran plasmadas en ciertas cartas.³⁴³

Estas cartas contenían privilegios o libertades para los miembros de una comunidad determinada, En Inglaterra o mismo que en otros reinos de Europa esta cartas debían ser sancionadas como leyes, y en ese sentido, dice Tamayo, forman parte de la constitución inglesa.

En Inglaterra estos privilegios y libertades, dice Tamayo, se convirtieron en verdaderos derechos, gracias a la autonomía judicial y al principio de *judge made-law* (el juez hace ley). Así los privilegios que beneficiaban a ciertos grupos, se convirtieron en derechos civiles de los ingleses y en ese sentido, en derechos fundamentales del reino inglés.

"Las libertades antiguas, consignadas en los viejos pactos o en las costumbres judicialmente habían de producir los *civil rights*. De esta forma, la racionalización del poder en Inglaterra fue originariamente obtenida mediante pactos y, después, por la protección e interpretación de éstos por parte de los tribunales. Todo esto, en conjunto, será implicado por 'constitución', por lo menos durante largo tiempo."³⁴⁴

Este sistema constitucional inglés, dice Tamayo, fue extendiéndose, muy particularmente, a través de la colonización, especialmente en América. La colonización inglesa en

algo que impide que el reino se precipite a los peligros propios de los estados mal administrados."

³⁴³ *Idem.*, p., 59, "En 1649 en Inglaterra, el tribunal que conoce de la causa instruida contra Charles I, habla de "las *constituciones fundamentales* de este reino" y en la Revolución, el panfletista antes mencionado, habla de "las actuales leyes y *constituciones* de Inglaterra"."

³⁴⁴ *Idem.*, p., 64.

Norteamérica, nos sigue diciendo Tamayo, fue impulsada por varias compañías privadas, que poco a poco fueron logrando la obtención de cartas en las que se les otorgaban los mismo privilegios de los ingleses.

Empero, Virginia -Jamestown-³⁴⁵, dice Tamayo, vivió durante algún tiempo un control militar, periodo durante el cual su gobierno violó algunos de los privilegios otorgados, es por esta razón, nos sigue diciendo Tamayo, que en Virginia, bajo el mando de Sir Edwin Sandys, la *London Company* iniciara un movimiento hacia un autogobierno. Esto trajo como consecuencia que la corte inglesa enviara un gobernador a Jamestown con instrucciones de convocar a una asamblea, de la que habría de surgir una carta que se convertiría en el antecedente de la Constitución de Virginia de 1776. Esta asamblea, dice Tamayo, constituye el primer "cuerpo legislativo" del nuevo mundo.

Las disposiciones de esta carta se imponían tanto a los colonos de Jamestown como a la corona. Así, dice Tamayo, tenemos que Constitución comienza a referirse a un tipo especial de legislación, que está por encima de las leyes ordinarias.

El 11 de noviembre de 1620, dice Tamayo, un grupo de colonos -los padres peregrinos- norteamericanos ("...en Cabo Cod, los *Pilgrimfathers* a bordo del *Mayflower*...") acordaron la creación de una nueva comunidad, así como la designación de sus autoridades.³⁴⁶

³⁴⁵ *Idem*, p., 65, "¿Qué era Jamestown (primer asentamiento en Virginia) realmente? ¿Una empresa mercantil? ¿Una colonia?..."

³⁴⁶ *Idem*., p., 66.

Estos convenios, en los que se establecían principios como la soberanía de los fundadores, un gobierno de derecho, entre otras cosas, fueron rápidamente expandidos por toda Nueva Inglaterra. El parlamento inglés, dice Tamayo, comenzó a otorgar cartas en las que se ratificaban, los convenios establecidos por sus fundadores. La Constitución, entonces, se convierte, no sigue diciendo Tamayo, en el documento (carta) en el que se decreta la creación de una comunidad política, y por tanto la ley suprema de esa comunidad.

"Estas cartas, a diferencia de la medievales, no solo establecían límites al poder sino que constituyen la comunidad política. Puede decirse que estas cartas son entendidas como el fundamento de la propia comunidad, acto soberano de los fundadores. 'Constitución' se refiere a un fenómeno complejo algo así como legislación o pacto solemne que por ser el acto que da origen a la comunidad política es la ley suprema de la propia comunidad."³⁴⁷

La constitución, en un primer momento, era una negociación entre el príncipe y algunos miembros de la comunidad (burgueses), en el que el príncipe se comprometía personalmente a cumplir con ese pacto, este compromiso, nos dice Tamayo, era de carácter personal y por tanto no obligaba a los sucesores del príncipe que hubiese firmado ese pacto, salvo ratificación expresa. Sin embargo en Inglaterra debido a la luchas política que existían entre la corona y el parlamento, la constitución se convirtió en un acuerdo, las partes ya no actuaban a título personal, sino como representantes de la comunidad.³⁴⁸

³⁴⁷ *Idem.*, p., 67.

³⁴⁸ *Idem.*, pp., 62, 64 y 71.

Así, a la constitución entendida como la forma de la comunidad, la suple la idea de una carta con privilegios otorgada unilateralmente por el rey, a la idea de un acuerdo de carácter personal entre el príncipe y algunos miembros de la sociedad, la sustituye la idea de pacto jurídico (norma jurídica) cuya fuerza descansa en la voluntad de la comunidad.

Desde un punto de vista formal, dice Tamayo, la constitución

"...debe su autoridad a la calidad de su autor y, en segundo lugar funda el ejercicio del poder que ella regula en cierto tipo de formas por ella consagradas específicamente, a través de reglas de competencia."³⁴⁹

La constitución, entonces, primero, desde un punto de vista teórico, es producto de un conjunto de actos constituyentes-condición y actos de constituyentes-consecuencia, (como lo hemos visto en el capítulo tercero) y, en segundo lugar, la constitución va a determinar la forma en la que debe ejercerse el poder político en la sociedad en la que rija.

5.2. Construcción jurídica del poder

Lo mismo que la teoría política moderna necesitó del derecho para nacer y desarrollarse, como dice Tamayo, el poder (la ideología política), dice Correas, necesita del derecho para construirse y consolidarse.

En términos de la teoría del derecho, poder, dice Correas, significa una facultad establecida en la ley: "la posibilidad de

³⁴⁹ *Idem.*, p., 79

producir conductas lícitas" (obligatorias, permitidas o no prohibidas). En cambio en el lenguaje sociológico, poder (político) se entiende como la posibilidad de "determinar la conducta o la ideología de otro", o lo que es lo mismo, la posibilidad de hacer hacer. Esto quiere decir, entonces, que el poder no es algo exclusivo del grupo social dominante, sino que es algo que se manifiesta (ejerce) en las relaciones que se dan entre los distintos miembros de la sociedad.³⁵⁰

Existen en la sociedad, dice Correas, algunos miembros que se ocupan de la creación del derecho, y por tanto de establecer que está permitido hacer y que no, o lo que es lo mismo, de ejercer el poder en esa sociedad.

Ahora bien, hay sociedad en las que esos miembros encargados de la creación del derecho, además de producir normas, realizan sus tareas acostumbradas, de auto-reproducción, lo mismo que los demás miembros de la sociedad. En este tipo de sociedad, sigue diciendo Correas, el derecho se transmite de manera oral y la función de interpretación -de la normas- está encomendada a algún o algunos miembros prestigiados de la comunidad (los ancianos, por ejemplo). Este tipo de sociedades

³⁵⁰ Correas, Óscar, *Teoría del derecho.*, p., 121.

Weber, Max. *Economía y sociedad*, Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Fabella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, FCE., segunda ed., en español, México, 2002, pp., 21 y 43. "Por relación social debe entenderse una conducta plural -de varios- que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose recíprocamente. La relación social *consiste*, pues, plena y exclusivamente, en la *probabilidad* de que se actuará socialmente en forma (con sentido) indicable;...Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea al fundamento de esa probabilidad."

son conocidas como, sociedades descentralizadas, toda vez que no existe un órgano administrador de la violencia.

Existen, sin embargo otro tipo de sociedades en las que la creación del derecho está en manos de un grupo de funcionarios especializados, que ya no realizan actividades auto-reproductivas, han sido retirados de la reproducción social. Éstas, son sociedades que se encuentran divididas en clases sociales, en donde la violencia es administrada por un grupo social en particular, de ahí que se le conozca como sociedades centralizadas. Es en este tipo de sociedades, dice Correas, es donde se ejerce el poder político, por medio de un cuerpo de funcionarios especializados en crear, interpretar y aplicar el derecho.³⁵¹

El poder, hemos dicho, consiste en la posibilidad de hacer hacer, para lograr esto, dice Correas, es para lo que se utiliza el lenguaje del derecho.

El derecho, de acuerdo con la teoría crítica, tiene dos sentidos, un sentido deóntico y un sentido ideológico. De acuerdo con Gramsci, dice Correas, existen dos estrategias que posibilitan la determinación de la conducta o ideología de otro. Dominación y hegemonía. El derecho, utiliza ambas estrategias, con su sentido deóntico amenaza (dominación) y con el ideológico convence (hegemonía).³⁵²

La dominación es una estrategia de poder cuyo contenido concreto es la violencia. La hegemonía, por el contrario, es una

³⁵¹ Correas, Óscar, *Teoría del derecho.*, pp, 128 y 129.

³⁵² *Idem.*, P., 173.

estrategia que intenta hacer hacer por medio del convencimiento. El concepto de hegemonía, que nos ofrece Gramsci, dice Correas, envuelve el concepto de eficacia del derecho de Kelsen. Para este autor (Kelsen) la eficacia, dice Correas, consiste

“en el hecho empíricamente comprobable, de que los ciudadanos ajustan su conducta a lo establecido por las normas, y al hecho de que, en caso contrario, los órganos del estado aplican sanciones previstas para tal hipótesis. Entonces, *eficacia* de las normas es igual a obediencia o aplicación de las mismas.”³⁵³

En una sociedad dividida en clases, los diferentes grupos que la conforman, dice Correas, luchan entre sí por ser ellos quienes determinen la conducta de otros, o de la sociedad en su conjunto. El grupo que logre que los funcionarios especializados produzcan normas que favorezcan sus intereses, será el que tenga la hegemonía (el poder).³⁵⁴

Para que otro u otros hagan lo que se desea que hagan, dice Correas, es necesario, convencerlo, educarlo o lo que es lo mismo formar su ideología, pues lograr hacer hacer, de acuerdo con Gramsci, es resultado de un uso ideológico del lenguaje.³⁵⁵ Es decir que el “consenso” mediante el cual se consigue la

³⁵³ *Ibidem.*, Correas, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, pp. 128 y 129. “...ejercer hegemonía es *dirigir*...” “Dirigir” quiere decir “hacer hacer”, más que reprimir cuando se desobedece... Conseguir que “otros” –la sociedad en general; en “cierto sentido” diría Kelsen- produzca unas y no otras conductas, es *ejercer el poder*.”

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, p., 205 “Mientras un orden jurídico considerado en su totalidad conserva su eficacia, y el gobierno es capaz de lograr que en la mayoría de los casos se le obedezca, la más probable de todas las posibilidades es la de que una reglamentación expedida por las autoridades competentes sea realmente observada.”

³⁵⁴ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p., 174.

³⁵⁵ Correas, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, pp., 129 y 130. “Gramsci... dice que no hay dominación sin el consentimiento, conseguido de alguna forma, del dominado. Conseguirlo es tener *hegemonía* en una sociedad.”

hegemonía (hacer hacer). no es más que una ideología que ostenta las conductas deseadas por el grupo dominante. Para que esta ideología sea eficaz, es necesario que se presente como parte de la "visión del mundo".³⁵⁶

Este proceso, dice Correas, es complejo y solo puede describirse en largos periodos de tiempo, y por supuesto con base en las diferentes ideologías existentes. Cada grupo que llega al poder, para poder imponer su ideología, necesita partir de la visión del mundo vigente, así como crear un grupo social que adapte y reformule la visión actual del mundo con esa "filosofía espontánea" y la presente como una nueva visión del mundo.³⁵⁷

Los miembros de ese nuevo grupo social, dice Correas, son en primer lugar los filósofos (como formadores del pensamiento de una sociedad). Estos intelectuales tienen la tarea de educar a otros muchos intelectuales (maestros, artistas, policías, militares, juristas, etcétera) que serán los encargados de transformar la "visión del mundo".

Los juristas, entonces, juegan un papel importante en la introducción de las ideologías, o lo que es lo mismo en el proceso de hegemonización.

El proceso de hegemonización, dice Correas, se inicia con decisiones políticas, y el derecho es el efecto de la toma de esas decisiones.

³⁵⁶ Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989, pp., 30 y 31. "En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas y anticomunitarias. Pero también, en la misma línea, que el hombre puede ser "educado", esto es, reprimido. Su conducta puede ser "controlada" socialmente, y eso es, precisamente, aquello en que consiste el derecho."

³⁵⁷ *Idem.*, pp., 136 y 137.

El derecho dice Correas, es un discurso creado por quien tiene el poder, y quien tiene el poder, lo tiene precisamente porque es quien crea el derecho³⁵⁸, por lo tanto, "se tiene el poder porque se produce derecho y no se produce derecho porque se tiene poder".³⁵⁹ El derecho es el vehículo mediante el cual es posible lograr que otros -la sociedad- realice ciertas conductas, por lo tanto quien logre introducir su ideología en las normas jurídicas, será quien determine la conducta de otros, o lo que es lo será quien tenga el poder. Esto significa que el poder (la ideología del grupo dominante) va a determinar en un primer momento al derecho, sin embargo el derecho va a consolidar al poder.³⁶⁰

La validez de una norma, hemos visto, de acuerdo con Kelsen depende, primero que haya sido creada por alguien que esté autorizado (funcionario) para hacerlo y segundo, que su creación se haya hecho conforme a lo dispuesto en otra norma superior, norma que a su vez, tiene su validez, en otra norma, y esta en otra y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante del sistema.

³⁵⁸ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p. 210. "..., el derecho es un discurso que tiene un productor concreto, que es quien detenta el poder. Pero por otra parte, éste reproduce su poder precisamente porque dicta el derecho. Si lo que produce *es derecho*, es porque hay una norma fundante *eficaz*; pero si ésta es eficaz, es porque las normas del sistema son efectivas, y si lo son es porque existe un discurso de reconocimiento...Es decir que, producir derecho y no otro discurso prescriptivo cualquiera, es una función de la eficacia de una norma fundante. A su vez, para que la norma fundante sea eficaz, es necesario que autorice un conjunto de normas *efectivas*, y como la efectividad de las normas, su obediencia, es aquello en que consiste el ejercicio del poder, tenemos que el poder puede ser visto como un productor del derecho: el derecho produce el poder.

³⁵⁹ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, P. 212.

³⁶⁰ Por su puesto que el poder necesita para su ejercicio y consolidación, además del derecho, de la economía, de la política y de la cultura.

Esta norma básica del sistema, dice Correas es una condición necesaria del proceso de hegemonía, pues para que un grupo que ha llegado al poder, puede mantenerse en el, necesita ser aceptado por la mayoría de los miembros de la sociedad, por lo que tiene que justificarse, legitimarse como quien esta autorizado para crear el derecho, pero, dice Correas, como dicha justificación no existe, entonces hay que inventarla. El resultado de esa invención es la norma fundante del sistema jurídico.

"Al derecho, ejercicio del poder, no lo justifica nada. La única manera es "fingir" que debe ser lo que una autoridad quiere"...Y cuando la jurisprudencia, los juristas "científicos" y "puros" hacen hipótesis, lo que hacen es justificar el poder."³⁶¹

Los juristas, dice Correas, son los intelectuales orgánicos del poder, pues son los encargados determinar cuales son las norma válidas, teniendo como base a la norma fundante del sistema. Al determinar cuales son las normas válidas, los juristas, también establecen cuales son las conductas debidos, permitidas o prohibidas, con lo que determinan, en cierta medida, la conducta de los otros, o sea ejercen poder.

El elemento más importante, en el proceso de hegemonización, dice Correas, es sin duda la norma fundante, pues es la que posibilita que el productor de las normas sea reconocido como el autorizado para hacerlo.

³⁶¹ Correas, Óscar, *Kelsen y los marxistas*, p. 159.

5.3.- Persona jurídica y la ficción del "como si"

El concepto de persona jurídica, dice Tamayo, sin duda es visto por la mayoría de los teóricos del derecho como un concepto jurídico fundamental, sin embargo, nos sigue diciendo, esta expresión no es exclusiva del lenguaje jurídico y su origen se encuentra muy alejado del campo del derecho³⁶².

La expresión latina "*persona*", dice Tamayo, viene de *personare*, que significa "*resonar, reverberar*, de "*per*": intensidad y "*sonare*": 'hacer ruido', sonar"³⁶³.

Para los latinos, originalmente la palabra persona se refería a una máscara. Máscara que cubría el rostro de los actores en escena, con el propósito de hacer que sus voces sonaran, se escucharan con mas intensidad. Con el paso del tiempo, dice Tamayo, la palabra persona comenzó a referirse a los actores mismos: al personaje, "las personas del drama." Así, sigue diciendo Tamayo, tenemos que persona, se refiere: (1) "el personaje que es llevado a escena, o bien (2) el actor que lo caracteriza... el hombre en tanto que actúa o hace su parte."³⁶⁴

Con esta última idea, dice Tamayo, se vinculó la expresión persona, con la de *homo*, en razón de que solo un (homo) hombre puede actuar, representar a algo o a alguien en el teatro, en escena. El actor, *persona*, es entonces aquél que actúa que

³⁶² TAMAYO Y SÁLMORAN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho.*, pp., 65 y 66

³⁶³ *Ibidem*

³⁶⁴ *Idem.*, p., 67

representa a alguien, es decir que se comporta como si fuese ese alguien.³⁶⁵

Esta noción de *persona*, fue penetrando poco a poco en el lenguaje de la vida cotidiana, por una "extensión metafórica", dice Tamayo. Lo mismo que el actor representa a alguien en el escenario, los individuos en la sociedad representan o desempeñan un papel, un rol, una función.

"La persona, consecuentemente, *funge* como algo, hace las veces de algo, protagoniza algo: un papel, una parte, en suma: *personifica* un papel social."³⁶⁶

En el mundo jurídico, dice Tamayo, la persona, puede ser entendida de dos maneras esencialmente. El derecho, determina quienes son los protagonistas (actores), de la comedia jurídica y cual es el papel, la función que cada uno de ellos va a desempeñar, a representar.

Así tenemos que la persona jurídica, dice Tamayo, es "alguien capaz de *tomar parte* en actos jurídicos". Ahora bien para que alguien sea reconocido como persona jurídica es suficiente con que tenga la capacidad, la posibilidad de actuar, independientemente de que lo haga o no, por tanto, nos sigue diciendo Tamayo, la expresión persona jurídica, se refiere a una cualidad, capacidad (jurídica) o atributo, que es el poder de realizar actos jurídicos.³⁶⁷

³⁶⁵ *Idem.*, p., 68., "En el lenguaje del teatro se usaban las expresiones: *personam gerere*, *personam agere*, *personam sustinere* para significar que se hacía en el drama la parte de alguno, que se representaba a alguien. Cuando decimos de un actor *personam gerit sentis* queremos indicar que éste hace la parte de un anciano... Aquel que realiza un papel, que actúa como alguien, que representa a alguien o hace las veces de él, es una *persona*."

³⁶⁶ *Ibidem*

³⁶⁷ *Idem.*, p., 71.

La expresión persona jurídica, entonces no se refiere a hombre (homo), aunque sin duda existe una relación entre persona y hombre, pues solo los hombre pueden ser actores, es decir representar un papel, un personaje, que será precisamente el de persona jurídica, y prueba de ello, dice Tamayo, son los atributos, cualidades, o capacidad de la persona jurídica.

La capacidad o cualidad de la persona jurídica, dice Tamayo, resalta o se enfatiza cuando se habla de persona *legítima*. La persona jurídica-legítima es aquella, que por cumplir con ciertos requisitos o características, tiene la posibilidad de realizar ciertos actos jurídicos, es decir para desempeñar, o representar un cierto papel, por ejemplo en materia de contratos, no todas las personas jurídicas, (menores) pueden celebrar un contrato válido.³⁶⁸

La capacidad es un concepto que va de la mano del de persona jurídica, ya que ésta es una aptitud jurídica, otorgada por una norma, en virtud de la cual ciertos actos tienen consecuencias jurídicas. La teoría jurídica ve a la capacidad como un posibilidad, de la persona jurídica de tener y ejercitar derechos, facultades, responsabilidades y obligaciones.

La persona jurídica, hemos dicho no se identifica, aunque si se relaciona, con la expresión hombre, pues además de los individuos existen otros entes (colectivos) que de acuerdo con el derecho también pueden ser personas jurídicas.

Estos entes colectivos, se encuentran conformados por varios individuos que actúan juntos como una unidad. En este

³⁶⁸ *Idem.*, p., 72. "...*Persona legitima* designa la persona jurídica especialmente calificada para un acto específico..."

caso se personifica o representa a una unidad (comunidad, sociedad, etcétera).

Esto nos ayuda, a reforzar la idea de que la persona jurídica no es un individuo, sino un conjunto de derechos y obligaciones referidos a una entidad en particular.

En el mundo jurídico existe una conocida división de la persona jurídica: persona física y persona moral.

La persona física, dice Tamayo, es *un conjunto de actos jurídicos que se imputan o se refieren a un solo individuo*. Esto significa, nos sigue diciendo Tamayo, que la persona física no es algo distinto a ese conjunto de actos humanos, no es algo o alguien que tenga esos actos jurídicos, sino que son lo mismo. Considerar que la persona física es algo distinto a los actos jurídicos es igual a crear "entes mitológicos" o bien ideologías, en términos de la teoría crítica.³⁶⁹

Por otro lado, la persona moral será, *el conjunto de actos jurídicos que se imputan o se refiere a varios individuos*. Lo mismo que la persona "física" la persona moral no es algo que exista físicamente, sino que es un conjunto de actos jurídicos.³⁷⁰

Ahora, bien es necesario recordar que quienes actúan, son los individuos, no la persona físicas o morales, es decir, que quienes tienen derecho y obligaciones son los individuos, no la persona jurídica, que es la unidad de esos derechos y obligaciones.³⁷¹

³⁶⁹ *Idem*, pp., 85 y 86.

³⁷⁰ *Ibidem*

³⁷¹ *Idem*, p., 87.

Esto significa que los individuos, actúan, o representan un cierto papel en el drama jurídico, es decir que se comportan como si fuesen heredero, comerciante, juez, etcétera. Aunque en la realidad no existan mas que individuos de carne y hueso, pues los conceptos jurídicos, deudor, comerciante, patrón, juez, etcétera, no son más que máscaras que permiten a los individuos actuar en la escena jurídica. Máscaras, en sentido metafórico, toda vez que no existen físicamente, y en ese sentido, en términos de la teoría crítica, podríamos decir que son una ficción.

La ficción, dice Correas, es una ilusión, un mito, un "como si", que tiene como propósito aparentar una realidad deseada e inexistente.³⁷² Ilusión o mito, que solo existen en los discursos, y por lo tanto en "la realidad". Existen como existe cualquier discurso. Lo que no existe es lo que se finge, "lo fingido", que es producto de la fantasía, por tanto "existe la ficción pero no lo fingido".³⁷³

De acuerdo con Correas, las ficciones son producto de los discursos, que a su vez son producidos por alguien, entonces las

³⁷² Correas, Óscar, *Critica de la ideología jurídica.*, p., 171; Fariñasas Dulce, María José, "La ficción en la teoría jurídica de Hans Kelsen" en *Critica jurídica*, Núm., 18, Brasil, 2001, p., 100, "El filósofo neokantiano Hans VAIHINGER ha pasado a la historia por ser uno de los difusores de la filosofía del "como si"... o, como el también lo denominó, del "ficcionalismo" y de su aplicación a diferentes campos del conocimiento científico y de la vida misma... Hans Vaihinger considera a las entidades de "ficción" como construcciones falsas o imaginarias, que cumplen una función pragmática, heurística, fundadora, reguladora y ordenadora del conocimiento humano, pero que nunca pueden cumplir una función descriptiva de la realidad..."

³⁷³ Correas, Óscar, "Fetichismo, alineación y teoría del estado", en *Critica jurídica*, Num., 17, Brasil, 2000.

ficciones son el producto del discurso de todos aquéllos que creen que lo fingido existe en la realidad.³⁷⁴

Mediante las ficciones, lo que se pretende, entonces es crear, construir, lingüísticamente – toda vez que las ficciones se encuentran en los discursos- una realidad, aparentar, *fingir como si* algo (persona jurídica, estado, dios, Grundnorm etcétera) que sólo existe en la imaginación del productor de un cierto discurso, existiera empíricamente.

El lenguaje jurídico, se encuentra lleno de ficciones, pues, dice Correas, desde un punto de vista sociológico, que es el de la realidad, no existen funcionarios, sino individuos de carne y hueso, no existen actos jurídicos sino conductas, no existe el estado, sino el poder de un grupo, etcétera.³⁷⁵

La ficción jurídica consiste, entonces, en un procedimiento lingüístico en virtud del cual se le atribuye a algo un referente, un significado (naturaleza jurídica) distinto al que en realidad le corresponde, con el propósito de obtener consecuencias jurídicas, que de otra forma no podrían alcanzarse.³⁷⁶

“Las ficciones jurídicas son construcciones ideales que se hacen en las normas de derecho, a las que se les asigna un valor hipotético o instrumental, debido a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente...Bonilla Sau Martín, las define diciendo...” Es

³⁷⁴ *Ibidem.*, “...obsérvese que esta ficción, como producto del discurso que es, es producto de los emisores del discurso. ¿Y quiénes son? ¡Todos nosotros! La ficción existe en el discurso de todos lo que creen en la existencia del estado como un ente real...”

³⁷⁵ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, pp. 137 y 138.

³⁷⁶ Gaxiola Moraila, Federico, Jorge, “Ficción jurídica”, en *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, México, 2001, p., 14440; Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, Cuarta ed., Porrúa, México, 1993, p., 105.

una mentira convencional que engendra una especie de verdad jurídica, más positiva y menos discutible que la verdad real".³⁷⁷

Las ficciones no deben confundirse con hipótesis. En la hipótesis, lo que se supone es algo, o que existe o que es posible, y por tanto verificable, demostrable empíricamente en tanto que en la ficción, lo fingido no existe y por tanto no es posible someterlo a una demostración, lo que significa que las ficciones no admiten prueba en contrario.

Esta virtud creadora, demiúrgica o ideológica del lenguaje jurídico permite fingir que un conjunto de conductas humanas realizadas por uno o varios individuos, sea considerado como una "persona jurídica" (deudor, propietario, sociedad, asociación, etcétera).

La expresión "persona", hemos dicho siguiendo a Tamayo, tenía como significado originario el de máscara. Máscara que utilizaban los actores en escena, para representar un papel, un personaje.

La persona jurídica, dice Tamayo es un conjunto de actos jurídicos que son realizados, por un individuo, tratándose de la persona física, o por varios, en el caso de la persona moral.

En la escena jurídica, los individuos, lo mismo que en el teatro, para poder actuar (realizar actos jurídicos válidos), necesitan de una máscara (propietario, heredero, acreedor, cónyuge, etcétera). Máscara que va a permitirles protagonizar una determinada escena jurídica. El tipo de máscara que cada individuo deba usar, dependerá de la escena jurídica que desee

³⁷⁷ *Ibidem*; Fariñas Dulce, María José, "La ficción en la teoría jurídica de Hans Kelsen", en *Critica jurídica*, Num., 18, Brasil, 2001, p., 101.

representar (es decir dependerá de los actos jurídicos que desee realiza y de los efectos jurídicos que desee producir).

Las máscaras jurídicas, entonces, les permiten actuar a los individuos en el mundo jurídico *como si* fuesen propietarios, acreedores, trabajadores, jueces, etcétera. Pero en la realidad lo que existe son hombre, individuos, no propietarios, comerciantes, patronos, etcétera. El lenguaje jurídico a través de la ficción de la persona jurídica nos hacer ver como si en lugar de hombres, individuos de carne y hueso, hubiesen, jueces, ministerios públicos, cónyuges, deudores, acreedores, comerciantes, etcétera, cuando en realidad éstas no son más que ficciones jurídicas.

En el caso de las "personas morales", ésta es una "persona", que es distinta de cada uno de los individuos que realizan ciertos "actos jurídicos". Esto sin duda es una ficción, pues difícilmente alguien puede creer, que en verdad de la reunión, del acuerdo de dos ó más individuos, pueda surgir, aparecer una nueva persona. Lo que sucede es que los juristas fingen, hacen *como si*, mediante el lenguaje del derecho, se creara una nueva persona.

"La teoría "de la ficción" (von Savigny). Según esta teoría las únicas personas físicas —sólo los hombres pueden ser investidos de capacidad jurídica—. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede, teniendo en cuenta razones de utilidad, suponer *ficticiamente* la existencia de entidades que no son hombres, como soporte de derechos y obligaciones. Esas entidades no existen en la realidad, pero los juristas hacen como si existieran, atribuyéndoles una "voluntad" destinada al cumplimiento de ciertos fines jurídicos. Desde este

enfoque..., el derecho tiene absoluto arbitrio para crear o disolver personas jurídicas, toda vez que son meros artificios técnicos."³⁷⁸

Es necesario resaltar, el hecho de que quien crea la ficción de la persona jurídica (y cualquier ficción jurídica) no es el derecho, sino el emisor del lenguaje del derecho. Pues pensar que el lenguaje es el creador de las ficciones jurídicas, es caer en otra ficción, es fingir, es hacer como si mediante la pronunciación de ciertas palabras, fuera posible crear algo físico.

La persona jurídica, muy particularmente, la persona moral, encierra otra ficción jurídica. La representación.

La representación, según la teoría del derecho es una figura jurídica que consiste en actuar en nombre de otros, sustituir a otro, hacer *como si* se fuese aquel al que se sustituye.³⁷⁹

Mediante esta figura jurídica, dice Correas, se permite fingir que la conducta realiza por un individuo (representante) no le es imputable a él, sino a otro individuo (representado). En el caso de la persona moral, se finge que ésta habla o realiza actos jurídicos a través de un representante, de un individuo.³⁸⁰

La persona jurídica, ya sea "física" o "moral", de acuerdo con Tamayo, es un "papel" (rol) que desempeñan los individuos en la escena jurídica. Este "papel" podemos decir, siguiendo a Correas, no es más que una ficción, que consiste en simular que "alguien" habla y actúa en lugar de otro, en su nombre, "como si" fuera aquél.

³⁷⁸ Tamayo y Salmoran, Rolando, "Persona colectiva", en *Diccionario jurídico mexicano*, decimaquinta ed., T., p-z UNAM, México, 2001, p., 2398.

³⁷⁹ Soberón Mainero, Miguel. "Representación", en *Diccionario jurídico mexicano*, decimaquinta ed., t.p-z, UNAM, México, 2001, p., 2602.

³⁸⁰ Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, p., 138.

Así tenemos que, un hombre puede ser representado por "alguien" (otro hombre), que va a actuar "como si" fuera Juan, cuando en realidad es Pedro.

Si hemos dicho, siguiendo a Tamayo, la "persona jurídica" es un conjunto de derechos y obligaciones imputables a uno o varios hombres, mediante la "representación" sucede que el "representante" ejercita y/o cumple algunos derechos y obligaciones que no le son imputables a él, sino a otro. Es decir, que quien actúa en nombre de otro, se pone una máscara jurídica, la de la "representante", para poder actuar, "representar" el papel de la "persona jurídica" "x".

El "representante", y el "representado", lo mismo que la "persona jurídica", no existen en la realidad. Lo que existen son hombre de carne y hueso que desempeñan un papel jurídico o rol social, para poder actuar en el mundo del derecho.

La "representación" y la "persona jurídica", no son más que "entes" (Tamayo) o ficciones (Correas) jurídicas que el derecho crea demiúrgicamente.

El mundo jurídico, como hemos dicho, se encuentra plagado de ficciones. Ficciones que permiten a los individuos actuar en el escenario del derecho.

En términos de la teoría crítica, quizá podríamos decir que las ficciones jurídicas, en tanto contenidos ideológicos del derecho, pueden ser considerada como un medio para mantenerse en el poder, para conseguir la hegemonía.

A continuación un cuadro comparativo entre las dos teoría expuestas sobre el derecho y la política.

DERECHO Y POLÍTICA

Concepto Autor	Relación derecho y política	Soberanía	Constitución	Persona
Tamayo individuos sociedad	La teoría política moderna se construye con base en la Jurisprudencia romana y medieval	El legislador humano (la <i>societas</i>) es quien otorga poder al gobernante	Compromiso básico fundamental de la soberanía del <i>populus</i>	Rol social (jurídico) que desempeñan los en la o derecho
Correas individuos	El poder se constuye y se consolida jurídicamente	La soberanía son las estrategias deóntica es ideológicas para lograr la dominación y conservar la hegemonía	Condición básica del proceso de hegemonización (del capital)	Ficción jurídica que permite que los actúen "como si" fueran

"representantes"

5.4. Conclusiones del capítulo V

1.- Aunque en un principio pareciera que el modelo de sistema jurídico que nos propone Tamayo es cerrado, ahora, podríamos concluir, que -aunque Tamayo no lo dice así- reconoce que el sistema jurídico puede abrirse, interrelacionarse, -quizá solo a nivel teórico-, con otros sistemas, o por lo menos con el sistema político, ya que sostiene la idea de que la teoría política moderna tiene sus fundamentos teóricos en la jurisprudencia romana-medieval.

En este punto nos parece que tanto Tamayo como Correas se acercan uno al otro en sus ideas, pues Correas, lo mismo que Tamayo considera que el derecho influye o antecede en cierto sentido al sistema político (poder).

Sin embargo creo que ambos autores describen una relación unilateral entre el sistema jurídico y el político, pues se ocupan de describir, el primero, como es que el derecho (jurisprudencia romana-medieval) influye a la teoría política moderna y, el segundo, en la consolidación del poder, pero no destacan que también la teoría política y el poder pueden influir y modificar el sistema jurídico. Nosotros creemos que si bien es cierto que el derecho es la antesala de la teoría política de la consolidación de poder, no es menos cierto que tanto la teoría política como el poder reformulan al derecho.

2.- Aunque en un principio la concepción que tiene Tamayo sobre la constitución, difiere de la de Correas, al establecer la

características de la constitución desde un punto de vista formal, creemos se acerca un poco a la teoría crítica.

La constitución dice Tamayo va a establecer como se ejerce el poder en la sociedad, es decir que la constitución, como dice Correas, es el instrumento que sirve para reconocer al productor de las normas, como el autorizado para crearlas y por tanto para establecer las conductas obligatorias, prohibidas y permitidas y lo que es lo mismo para ejercer el poder dentro de esa sociedad.

La otra de las características de la constitución en un sentido formal, dice Tamayo, es la de que la constitución debe su autoridad a la calidad de su autor, al respecto podríamos decir, siguiendo a Correas, que su autor también le debe su autoridad a la constitución, pues quien crea la constitución, desea ser reconocido como autorizado para crear derecho, lo que significa, que la constitución y su autor se legitiman, se autorizan, y se reconocen mutuamente.

3.- Si como hemos dicho, mediante la representación "alguien" ejerce y cumple algunos derechos y obligaciones de otro (derechos y obligaciones que constituyen la persona jurídica), entonces, tenemos, que la representación es una máscara jurídica (ficción) que sirve para desempeñar el papel jurídico (el de persona jurídica) de otro.

PRIMERA.- Hemos dicho, que el punto de partida tanto para la teoría analítica de Tamayo como para la teoría crítica de Correas, es la teoría kelseniana, y que esto es lo que nos permite conciliar o mejor dicho complementar una teoría con la otra.

El derecho, dice Tamayo, es un lenguaje que reduce la opciones del comportamiento, para Correas, en cambio el derecho es un discurso de amenaza con la violencia.

Que el derecho intente reducir las opciones del comportamiento de los miembros de una comunidad, significa, que es un lenguaje o un discurso, mediante el cual, como dice Correas, lo que se pretende es "hacer hacer".

Para que el derecho pueda reducir las opciones del comportamiento, en necesario, (entre otras cosas), el uso de la violencia, pues es a través de la amenaza de esa violencia que es posible reducir las opciones del comportamiento ("hacer hacer"), por lo tanto podemos decir que el derecho es un discurso que intenta reducir las opciones del comportamiento ("hacer hacer") mediante la amenaza de la violencia.

SEGUNDA.- El lenguaje es el medio para transmitir (dar) sentido a ciertos actos. El derecho en tanto que es un lenguaje, dota de sentido a determinados actos.

Para la teoría crítica, el derecho transmite, además, de un sentido prescriptivo, un sentido ideológico. El sentido ideológico del derecho, dice Correas, esta compuesto por todo aquello que no forma parte del sentido prescriptivo en el

lenguaje jurídico.

Partiendo de esta idea, podríamos decir, que también para la teoría analítica, el derecho, transmite dos sentidos. Un sentido prescriptivo y un sentido demiúrgico, que al no formar parte del contenido prescriptivo del derecho, podemos equipararlo con el sentido ideológico del que habla Correas.

La demiúrgica jurídica, consiste hacer como si mediante el lenguaje jurídico fuese posible crear cosas, "entes" jurídicos, tales como la persona jurídica, el estado, etcétera. La demiúrgica jurídica, entonces, es equivalente a lo que Correas denomina como un tipo de ideología.

La creación del derecho, dice Correas, frecuentemente tienen un propósito que no siempre es expresado por su productor. Cuando el emisor de las normas no desea manifestar sus propósito, entonces utiliza un lenguaje demiúrgico, ficticio, creando con ello ideologías en el derecho.

TERCERA.- La norma jurídica, dice Tamayo, es el enunciado mediante el cual se modaliza la conducta. Correas, por su parte considera que la norma jurídica es la descripción de una conducta modalizada deónticamente. Este concepto, nos aclara que lo que se modaliza es la descripción de la conducta, y no la conducta misma.

Esto es importante, porque quizá el no esclarecer que lo que la norma modaliza es la descripción de una conducta y no la conducta misma, puede llevarnos a creer que la norma jurídica crea las conductas prohibidas, obligadas o permitidas, cuando en realidad las normas nos ayudan a interpretar ciertas acciones como prohibidas, obligatorias o permitidas, pero no hacen, no

crean conductas obligatorias, solo nos sirven como medio de interpretación, pues las acciones (conductas) no tienen ningún sentido, en sí mismas, éste se les asigna mediante el lenguaje.

CUARTA.- La eficacia del derecho, dice Tamayo, consiste en la obediencia de las normas, sin embargo, Correas desdobra este concepto en dos. Efectividad y eficacia. La efectividad, consiste en la obediencia de las normas y, la eficacia se refiere a los fines "políticos", ocultos en la norma, del productor del derecho.

La creación de las normas tiene, frecuentemente, un propósito "político", que no siempre es expresado abiertamente por el emisor de las normas. Cuando el productor de las normas no desea manifestar expresa o claramente sus propósitos, entonces, utiliza un lenguaje demiúrgico, creando con ello ideologías del derecho.

QUINTA.- De acuerdo con Tamayo, la expresión, "lógica jurídica", no es del todo apropiada, sin embargo, dice, es posible utilizarla, en cierto sentido y, siempre que no se esté pensando en la lógica clásica.

Correas por su parte, reconoce que el análisis "lógico" (como una relación entre las modalidades deónticas), es útil, sin embargo, considera que sostener, como lo hace Tamayo, que la lógica puede aplicarse, en cierto sentido, especialmente en los enunciados de la ciencia del derecho, es presentar a la ciencia jurídica como una ciencia apolítica.

Los enunciados de la ciencia jurídica, dice Tamayo, son enunciados meramente descriptivos, y por tanto pueden ser falsos o verdaderos, y en este sentido puede aplicárseles la lógica. Cuando Tamayo dice, que el lenguaje jurídico cognoscitivo, es

descriptivo, a lo que se refiere, es que los juristas, lo que hacen es contar, relatar, decir, como son las normas y no calificarlas de justas, injustas, correctas o incorrectas, y es por ello, que su descripción puede ser objetiva.

Correas, sin embargo, considera que cuando los juristas describen las normas, lo que hacen, quizá subrepticamente, es calificarlas de válidas. Que una norma sea calificada como válida, sigue diciendo Correas, conlleva intrínsecamente la legitimación de su productor como autoridad.

La descripción, de una norma, entonces, podemos concluir, puede implicar, como dice Tamayo, el simple hecho de decir, narrar, como es esa norma, por ejemplo, si es establece una obligación, prohibición o permisión. Y también como dice Correas, la calificación -aunque intrínseca- de norma válida, pues de un conjunto dado, los juristas, describen solo algunas normas, no todas. Las normas descritas por los juristas, son las normas válidas.

SEXTA.- Partiendo de la idea de que el derecho es un lenguaje o un discurso, aunque nuestros autores recorran distintos caminos, hay lugares, en donde éstos se entrelazan, y éste es uno de ellos.

El lenguaje es el medio que utilizamos, para interpretar, hemos dichos, ciertos actos o acontecimiento, sin embargo, mediante el lenguaje, también es posible interpretar ciertos signos, cuando lo que se interpreta es un lenguaje. El lenguaje que se utiliza para interpretar a otro es llamado metalenguaje, en tanto que el lenguaje interpretado, se conoce como lenguaje objeto.

Tamayo lo mismo que Correas, considera que el derecho en tanto que es un lenguaje, es susceptible de ser interpretado.

El derecho, además, de transmitir dos sentidos, de acuerdo con nuestro autores está conformado por dos tipos o clases de lenguajes o discursos. El lenguaje con que están escritas las normas, y el lenguaje con el que los juristas hablan de ellas, el lenguaje de la ciencia jurídica. El primero, (el lenguaje de las normas) será el lenguaje objeto, y el segundo (el de la ciencia jurídica) el metalenguaje. Esta idea, es coincidente en ambos autores, lo que cambia, son los nombres con los que cada uno de ellos se refiere a cada tipo de lenguaje.

El lenguaje objeto en la teoría analítica es llamado lenguaje jurídico prescriptivo, en tanto que en la teoría crítica se denomina discurso del derecho, por otro lado el metalenguaje, en la teoría crítica se designa como discurso jurídico, y en la teoría analítica como lenguaje jurídico cognoscitivo.

SÉPTIMA.- El sistema jurídico, según Tamayo, está conformado por actos-condición y actos-consecuencia encadenados sucesivamente. Para Correas, el sistema jurídico toma la forma que el capital le exige para desarrollarse, y es por ello que, de acuerdo con este autor, por lo menos tres ramas de derecho (que favorecen el desarrollo del capital) se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí, esto significa que tanto el modelo de sistema jurídico de Tamayo, como el de Correas, se construyen y desarrollan mediante actos jurídicos encadenados. Por lo tanto podríamos decir que el sistema jurídico está conformado por un conjunto de actos-jurídicos-condición y actos-

jurídicos-consecuencia. (Tamayo) encadenados sucesivamente que favorecen el desarrollo del capital, (Correas).

OCTAVA.- Una de las características del sistema jurídico, dice Tamayo, es el de la exclusividad. El sistema jurídico es exclusivo, porque donde vale un orden jurídico no puede valer otro.

Esta característica de exclusividad del sistema jurídico cierra, clausura, por completo el sistema jurídico descrito por la teoría analítica, en el sentido, que impide la posibilidad de un pluralismo jurídico.

Correas, por su parte, no solo plantea la posibilidad, sino que considera que, al menos en México, existe un pluralismo jurídico. Pluralismo jurídico que está dividido en un sistema dominante y un sistema jurídico alternativo.

La pretensión de exclusividad del sistema jurídico, es una característica del sistema jurídico dominante, que tiene como propósito descalificar a cualquier otro sistema jurídico.

NOVENA.- Para Kelsen, la norma jurídica implica una relación imputativa de la conducta. Correas -como buen kelseniano-, considera, que una norma jurídica existe, adquiere este estatus, cuando alguien (juez, ministerio público, ministro, etcétera), la reconoce como tal, es decir la utiliza, -en una sentencia, por ejemplo-.

Tamayo, por su parte, considera que únicamente el acto-judicial-consecuencia (sentencia) constituye una norma jurídica completa. Es decir que de acuerdo con Tamayo y con Correas, las normas, que se encuentran en el código civil, penal, etcétera (actos-constituyentes, legislativos, judiciales-condición y los

actos-constituyente, legislativos-consecuencia), son normas incompletas o normas en potencia, que se actualizan o se complementan en la sentencia, pues es en la sentencia, donde se vincula imputativamente la conducta. Así tenemos que la norma jurídica completa será siempre efectiva, -en el sentido de la teoría crítica- aunque no necesariamente eficaz.

DÉCIMA.- Siguiendo la teoría de Tamayo, hemos dicho que el fundamento del sistema jurídico, la norma hipotética fundamental, es un "acto de habla". Para Correas, en cambio, la norma hipotética fundamental es no un acto de habla, sino el resultado de un acto de habla, pues mediante esta norma, lo que se pretende es reconocer y legitimar a "alguien" como autoridad. Siguiendo este orden de ideas podemos decir, entonces, que la norma hipotética fundamental es un acto de habla constituyente-condición cuyo efecto es la legitimación del poder.

DÉCIMAPRIMERA.- La jurisprudencia dogmática o ciencia del derecho, de acuerdo con la teoría analítica tiene como propósito la descripción objetiva del derecho, pero además tiene una función interpretativa (interpretación doctrinal) y argumentativa.

La ciencia jurídica, dice Tamayo, tomo su método, su estructura de la ciencia clásica, descrita por Aristóteles en los *Segundos analíticos*.

De acuerdo con esta idea, podemos decir que para hacer ciencia jurídica hay que seguir los siguientes pasos:

Primero hacer una descripción de hechos; en seguida, derivada de la observación y descripción de los hechos hacer una inducción. Inducción que va a dar como resultado los primeros

principios de la ciencia jurídica (conceptos jurídicos fundamentales y principios generales del derecho); después con base en esos principios se hace una deducción (interpretación), para aplicar a nuevos hechos observados los primeros principios antes obtenidos. Para poder aplicar los primeros principios a esos nuevos hechos, es necesario argumentar, porque les son aplicables esos principios.

Por otro lado, Correas, a diferencia de Tamayo, considera que no existe una ciencia jurídica única, sino que por el contrario, existen varias ciencias jurídicas: sociología, hermenéutica y argumentación jurídica. Estas ciencias, sin embargo pueden identificarse cada una de ellas con las partes de la jurisprudencia dogmática. La sociología jurídica, con la descripción, la hermenéutica jurídica con interpretación (deducción) y la argumentación jurídica, con la parte argumentativa. Esto no significa que las partes de la jurisprudencia dogmática y las ciencias jurídicas, de las que habla Correas, sean idénticas, solo quiere decir, que son semejantes, y que a diferencia de lo que pudiera parecer, la ciencia jurídica-analítica, con sus tres partes, y las ciencias jurídicas de la teoría crítica no son contradictorias, sino que se auxilian mutuamente.

DÉCIMASEGUNDA.- La efectividad de una norma, dice Correas, consiste en que esta sea cumplida, ya sea por temor o por consenso. Esta efectividad, se obtiene gracias a la ciencia jurídica.

El derecho hemos visto, de acuerdo con la teoría crítica, es un instrumento para ejercer el poder. Quien tiene el poder para poder ejercerlo, necesita que lo que él desea que se haga, sea

considerado como derecho y para ello se auxilia de los juristas, que son los encargados de emitir el discurso de reconocimiento de las normas.

Los juristas, sigue diciendo Correas, son intelectuales orgánicos del poder, pues al determinar cuales son las normas válidas, además de reconocer y legitimar a su productor como el autorizado para crear derecho, establecen cuales son las conductas debidas y cuales no, o lo que es lo mismo, determinan, en cierta medida, la conducta de otros, o sea ejercer poder.

Tamayo, por su parte considera que la actividad de los juristas, es meramente descriptiva y objetiva, lo cual no es necesariamente falso.

Los juristas, pueden querer, solo describir objetivamente las normas, sólo que al describir algunas norma y otras no, califican, quizá sin quererlo e incluso sin saberlo, como válidas a esas normas que describen. Es decir, que si bien, la ciencia jurídica puede servir como un discurso legitimador del poder, ésta no es necesariamente la intención de los juristas. Lo importante es resaltar que la actividad de los juristas puede tener repercusiones en la política, y puede ser influida, también, por cuestiones políticas.

DÉCIMATERCERA.- Para Tamayo, la teoría política moderna, se constituyó (tiene su fundamento teórico) con base en la jurisprudencia romana-medieval. Esta idea, es coincidente con la de Correas, de que el poder se construye jurídicamente, pues ambos autores consideran que el derecho determina en cierta medida al sistema político.

Empero, nosotros creemos que sin bien es cierto que el sistema jurídico influye en el sistema político, no es menos cierto, que sucede lo mismo a la inversa, o sea que el sistema político influye y modifica al sistema jurídico.

Esta relación unilateral entre el sistema jurídico y el sistema político que describe Tamayo, nos permite ver como en algunos aspectos (momentos) el sistema jurídico descrito en términos de la teoría analítica, puede abrirse, aunque parcialmente.

Pues Tamayo, reconoce, en cierto sentido, que el sistema jurídico puede interrelacionarse –aunque teóricamente- con otros sistemas o por lo menos con el sistema político.

DÉCIMACUARTA.- El mundo del derecho, se encuentra lleno de "entes" o ficciones jurídicas, las cuales permiten a los hombres actuar, interactuar en ese mundo.

Algunas de esas ficciones, son sin duda la "persona jurídica" y la "representación".

Si como hemos dicho, mediante la representación, "alguien", ejercita y cumple algunos derechos y obligaciones que no le son imputables a él, sino a otro (s), y la persona jurídica es un conjunto de derechos y obligaciones imputables a uno o a varios hombres, entonces, podemos decir que la representación es una máscara jurídica (ficción) que sirve para desempeñar el papel jurídico de otro (s). La representación es, entonces una máscara, que sirve para ponerse la máscara (persona jurídica) de otro.

DÉCIMAQUINTA.-Mediante la figura jurídica de la "representación", dice Correas, se permite fingir, en el caso de la "persona jurídica moral", (como el pueblo o la *societas*), que un individuo habla y actúa, en nombre y representación de los

miembros de esa *societas* o pueblo. Este "representante" se supone debe actuar conforme a la voluntad y en beneficio de los integrantes de la *societas*.

La idea de Tamayo de que el legislador humano (la *societas*) es quien otorga el poder al gobernante ("representante de la *societas*), sirve o puede servir como una ideología legitimadora del poder, (estrategias deónticas e ideológicas para lograr la dominación y conservar la hegemonía) pues el grupo social que ejerce el poder, intentará mostrarse como el "representante" del pueblo al que éste le ha depositado el poder originario de crear derecho, y por lo tanto de establecer que debe y que no debe hacerse.

DÉCIMASEXTA.- La constitución, dice Tamayo, desde un punto de vista formal, primero; es el instrumento mediante el cual se establece como ha de ejercer el poder en una comunidad determinada, es decir que, mediante la constitución, como dice Correas, se reconoce al productor de la normas o lo que es lo mismo a quién está "autorizado" para ejercer el poder dentro de esa comunidad. Y, segundo; la constitución debe su autoridad a la calidad de su autor, pero si como dice Correas, el autor de la constitución, le debe su autoridad a ella, entonces la constitución y su autor se legitiman, se reconocen mutuamente.

DECIMOSÉPTIMA.- Pareciera, en un primer momento, que la teoría analítica del derecho (Tamayo) y la crítica jurídica (Correas), son dos corrientes filosóficas, que se encuentran alejada una de la otra. Sin embargo, al estudiar ambas teorías, un poco más a fondo, podemos notar, que si bien es cierto, existe puntos en los que no coinciden, (pluralismo jurídico, naturaleza

inductiva de la ciencia jurídica, entre otros), no es menos cierto, que hay otros en lo que se asemejan o se complementan, (sistema jurídico, norma hipotética fundamental, entre otros).

- 1.- Aristóteles, *Metafísica*, Trad., Patricio de Azcárate, Espasa-Calpe, Madrid, España, 1975.
- 2.- -, *Tratados de lógica*, Porrúa, México, 1993.
- 3.- -, *Tratados de lógica*, Trad., Miguel Candel Sanmartín, Gredos, Madrid, España, 1995.
- 4.- Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cardenas, México, 2003.
- 5.- -, "El delito como acto de habla" en *Iter Criminis*, núm. 5, INACIPE, México, 2000.
- 6.- -, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, Cardenas, México, 2000.
- 7.- Borges, Jorge Luis, *Oral*, Emecé, Argentina, 1979
- 8.- -, "Tlön, Uqbar, Orbis, Tertius, en *Ficcionario*, FCE., México, 1998.
- 9.- Correas, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993.
- 10.- -, *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989
- 11.- -, "Fetichismo, alineación y teoría del derecho" en *Crítica jurídica*, núm.17, México, 2000.
- 12.- -, *Ideología jurídica*, Universidad Autónoma de Puebla, México, 1983.
- 13.- -, *Introducción a la crítica del derecho moderno*, Triana Editores, México, 1993.
- 14.- -, *Introducción a la sociología jurídica*, Coyoacán, México, 1994.
- 15.- -, *Kelsen y los marxistas*, Coyoacán, México, 1994.
- 16.- -, *La ciencia jurídica*, Universidad Autónoma de

Sinaloa, México, 1980.

17.- -, *Metodología jurídica*, Fontamara, México, 1997.

18.- -, *Teoría del derecho*, M.J.Bosch, Barcelona, España, 1995.

19.- -, *Sociología jurídica y crítica jurídica*, Fontamara, México, 2000.

20.- -, "Y la norma fundante se hizo ficción", en *Crítica jurídica*, núm. 18, México, 2001.

21.- -, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003.

22.- *Diccionario manual griego-latín-español*, Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1943.

23.- *Diccionario griego-español*, Ramón Sopena, Barcelona, España, 1964.

24.- Fariñas Dulce, María José, "La ficción en la teoría jurídica de Hans Kelsen, en *Crítica jurídica*, núm. 18, México, 2001.

25.- Gaxiola Moraila, Jorge, "Ficción jurídica", en *Diccionario jurídico mexicano*, T. D-H, decimaquinta ed., UNAM, México, 2001.

26.- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, cuarta ed., Porrúa, México, 1993.

27.- H. L. A., Hart, *El concepto de derecho*, Trad. Genaro. R. Carrió, Abeledo- Perrot, segunda ed., Buenos Aires, Argentina, 1980.

28.- Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Trad., Genaro, R. Carrió, Fontamara, México, 1991.

29.- Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad., Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1995.

- 30.- -, *Teoría pura del derecho*, Trad., Moisés Nilve, Ed., Peña hermanos, México, 2001.
- 31.- -, *Teoría pura del derecho*, Trad., Roberto J., Vernengo, segunda ed., Porrúa, México, 1995.
- 32.- Magee, Bryan, *Historia de la filosofía*, Planeta, México, 1995.
- 33.- Mandel, Ernest, *"El capital" Ciencia años de controversias en torno a la obra de Karl Marx*, Trad. Adriana Sandoval, et., al., Siglo veintiuno, México, 1985.
- 34.- Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, Trad., Rolando, Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1985.
- 35.- Schmill, Ulises-J. Vernengo, Roberto, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1984.
- 36.- Soberón Mainero, Miguel, "Representación", en *Diccionario jurídico mexicano*, T., P-Z, decimoquinta ed., UNAM, México, 2001.
- 37.- Tamayo y Salmoran, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, segunda, ed., Themis, México, 1998.
- 38.- -, *Introducción al estudio de la Constitución*, segunda ed., Fontamara, México, 2002.
- 39.- -, *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, UNAM, México, 1983.
- 40.- -, "Persona jurídica", en *Diccionario jurídico mexicano*, decimoquinta ed., T. P-Z., UNAM, México, 2001.
- 41.- -, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976.
- 42.- -, *Razonamiento y argumentación jurídica*, UNAM, México, 2003.

43.- Weber, Max, *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría, et., al., segunda ed., FCE, México, 2002.