

LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LAS CORRIENTES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

[...] en filosofía, la definición como claridad aquilatada, más bien debe coronar la faena antes que iniciarla.

Immanuel KANT¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cuestiones preliminares sobre la definición del concepto de derecho.* III. *Complejidad y multiplicidad de la concepción del derecho.* IV. *Corrientes de la filosofía jurídica: iusnaturalismo, iusformalismo e iusrealismo.* V. *Tridimensionalidad del derecho.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La definición del concepto de derecho es, sin duda alguna, la reflexión esencial que debe coronar la faena de la filosofía jurídica. De esta reflexión sobre qué es el derecho; y de las respuestas a otros cuestionamientos básicos sobre cuáles son los fines que persigue, y de dónde deriva la validez del mismo se puede formar una concepción jurídico-filosófica del fenómeno o universo jurídico que después nos permitirá una más clara conceptualización del derecho.

Este trabajo no pretende abocarse a una definición final del concepto de derecho sino a la reflexión sobre las distintas concepciones y conceptualizaciones del mismo. Así, su objetivo es resaltar la importancia del proceso constante y permanente en el cual se medita sobre la esencia del derecho y no el de culminar con una definición —aunque por cuestiones metodológicas lleguemos a algunas conclusiones—. La concepción debe ser nuestro comienzo mientras que la conceptualización puede ser un eventual e incompleto final, porque entre el concepto y la definición existe un nexo dialéctico e interminable de futuras concepciones y, por ende, de nuevas conceptualizaciones.

¹ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1960, t. II, p. 349.

En la primera parte, procedemos a plantear consideraciones terminológicas entre concepto y definición, para presentar diversas advertencias sobre la definición del concepto de derecho. En la segunda, retomamos el problema de precisar la esencia del derecho; debido a lo complejo y múltiple del fenómeno o universo jurídico identificamos sus características, al distinguir y separar los diferentes significados anfibológicos o acepciones de la palabra derecho. En seguida, analizamos las tres concepciones principales del derecho —como valor, como norma y como hecho—. Posteriormente, presentamos una concepción integradora del derecho como valor, norma y hecho, resultante de las conclusiones que derivan de la “Teoría de los tres círculos” de Eduardo García Máynez, de la “Teoría tridimensional del derecho” de Miguel Reale, y de la “Teoría integral” de Luis Recaséns Siches. Finalmente, por exigencias de método, sometemos a consideración algunas conclusiones.

De esta manera, pretendemos que esta concepción integradora no sólo nos permita enriquecer el análisis del derecho sino también superar algunas discusiones bizantinas, entre naturalistas y positivistas o formalistas y realistas, al encauzar el debate sobre las bases de la inclusión y no de la exclusión.

II. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO

En primer lugar, es preciso exponer una consideración terminológica y esbozar algunas advertencias sobre la definición del concepto de derecho. Un concepto —como acción de concebir— es la representación mental de una idea, mientras que una definición —como acción de definir— es la proposición que describe los caracteres genéricos y determinantes de dicha noción. Una vez que formulamos una concepción, podemos pasar a su conceptualización. Por tanto, definir consiste básicamente en delimitar; es decir, poner fines o límites a un pensamiento para encontrar su verdadera esencia.

Con relación al derecho, es menester recordar el *dictum* kantiano: “Los juristas buscan todavía una definición para su concepto del derecho”.² Cabe aclarar que para Kant “definir no pretende significar más que exponer originariamente el concepto detallado de una cosa

2 Cita de una nota a pie de página: Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 349.

dentro de sus límites”.³ Asimismo, reconoce que “las definiciones filosóficas son solamente exposiciones de conceptos dados, mientras que las matemáticas son construcciones de conceptos originariamente formados; las primeras, efectuadas analíticamente por descomposición (sin que haya certidumbre apodíctica de que sean completas); las segundas, sintéticamente y, en consecuencia, *forman* el concepto mismo a diferencia de las primeras que se limitan a *explicarlo*”.⁴ De esta manera, el pensador de Königsberg concluye:⁵

Que en filosofía no debe imitarse la matemática anticipando las definiciones, sino solamente a título de mero ensayo, pues como son sólo análisis de conceptos dados, estos conceptos son anteriores, aunque siguen siendo confusos, y la exposición incompleta precede a la completa, de suerte que de un análisis incompleto podemos sacar aún varias conclusiones antes de llegar a la exposición completa, es decir, a la definición; en una palabra: en filosofía, la definición como claridad aquilatada, más bien debe coronar la faena antes que iniciarla.

En este sentido, una definición filosófica se limita a explicar y comprender la esencia de un concepto, *ad melius esse*; a diferencia de una definición matemática que forma parte de la esencia misma del concepto, *ad esse*. Por esta razón, en la filosofía no se puede imitar el método que la matemática sigue para definir sus conceptos. Se requiere un análisis del concepto para poder culminar con una definición del mismo.

Una de las formas tradicionales de aproximarse a esta problemática es buscar en la etimología de la palabra misma. Por un lado, derecho viene del latín *directum* que da la idea de rectitud, o sea, aquello que está sometido a una fuerza rectora o mandato. Por otro lado, derecho se identifica con otras voces latinas como *ius* que es la contracción del participio *iussum* del verbo *iubere* que significa mandar. Asimismo, derecho se traduce *droit* en francés, *diritto* en italiano, *direito* en portugués, *dreptu* en rumano, *recht* en alemán y *right* en inglés que derivan también del verbo latino *regere* que es regir, sinónimo de mandar. Por tanto, etimológicamente derecho es una idea de rectitud y una acción de mandar o regir. *Ergo*, el derecho es el mandato recto.

³ *Idem*, p. 347.

⁴ *Idem*, pp. 348-349.

⁵ *Ibidem*.

Cuando la etimología —aunque de gran utilidad— resulta insuficiente, comúnmente se acude al método aristotélico en búsqueda del *genus proximum* y de la *differentiae specificae*. Al respecto, Fritz Schreier sostiene que el derecho es indefinible si se trata de identificar el género próximo y luego la diferencia específica.⁶ Como tampoco esta alternativa deja complacido, hay que recurrir a las respuestas que los juristas han dado en el devenir histórico. Sin embargo, el problema es que podemos encontrar incluso tantas como autores, porque cada uno tiene su concepción del derecho. En este sentido, parece que debemos reconocer el relativismo acuñado por Protágoras y el perspectivismo defendido por Ortega y Gasset para identificar las diferentes metodologías empleadas y agruparlas en diferentes corrientes de la filosofía jurídica, según la concepción del derecho que defienden.

Básicamente, hay tres grandes posturas que conforman este espectro metodológico: el iusnaturalismo, el iusformalismo y el iusrealismo. Sin desconocer la existencia de toda una gama de concepciones intermedias, como son la analítica, la deóntica, la egológica, la estructuralista, la funcionalista, la histórica, la iusmarxista y la semántica, entre otras. Cada una de estas metodologías cuenta con una concepción propia del derecho, al resaltar un elemento o característica del derecho. De hecho, las principales corrientes de la filosofía jurídica han dado al derecho —como objeto de estudio— una dimensión diferente que analizaremos posteriormente, para tratar de proponer una solución omnicomprendensiva al problema de la indefinición del derecho, por la falta de una clara concepción integradora del mismo.

III. COMPLEJIDAD Y MULTIPLICIDAD DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO

Cabe resaltar que dicho vocablo presenta en nuestro idioma un carácter multívoco porque en lugar de tener un significado único e inequívoco tiene varias representaciones que hacen equívoco cualquier intento por definirlo. Por esta razón, se afirma que el término 'derecho' no solamente no posee un sentido unívoco sino que su alcance es anfibológico; es decir, se puede camuflar en tantas acepciones como circunstancias. Esta complejidad y multiplicidad de concepciones del derecho incluyen: 1) Ciencia o disciplina científica;

⁶ Véase Schreier, Fritz, *Concepto y formas fundamentales del derecho. Esbozo de una teoría formal del derecho sobre bases fenomenológicas*, México, Editora Nacional, 1975.

2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo; 3) Resultado de las fuentes formales; 4) Ideal de justicia; 5) Sistema de normas e instituciones; y 6) Producto social o cultural.

1. *Derecho como ciencia jurídica o ciencia del derecho*

Diversos autores han apuntado que la palabra 'derecho' se utiliza confusa y por ende erróneamente para designar tanto a la ciencia o disciplina científica como al objeto de estudio de la misma.⁷ Por lo cual, ante el dilema de usar el mismo vocablo para ambas connotaciones, y para evitar tal incongruencia, así como por exigencias de método, denominamos 'derecho' al objeto de estudio de una disciplina que estimamos como científica a la que llamamos 'ciencia jurídica' o 'ciencia del derecho'. Al respecto, es pertinente hacer dos aclaraciones.

Por una parte, es conveniente mencionar que en Roma no existía tal confusión porque la palabra *iurisprudentia* servía para designar a la ciencia jurídica o ciencia del derecho y el vocablo *ius* para el derecho como objeto de estudio de dicha ciencia.⁸ A la primera la definen como *divinarum atque humanarum rerum notitia; iusti atque iniusti scientia* —conocimiento de las cosas divinas y humanas; la ciencia de lo justo y lo injusto—, mientras que a la segunda como *ars boni et aequi* —arte de lo bueno y de lo justo—.

Por otra parte, es menester hacer referencia a la discusión sobre el carácter científico del derecho. Las dudas sobre la cientificidad del derecho —y de otras disciplinas— derivan en gran medida de la crisis de la ciencia.⁹ Afirmar o negar la cientificidad de una disciplina no debe depender de que ésta utilice o no un método determinado sino del rigor objetivo y racional con el que se trata de comprender y explicar al universo que nos rodea.¹⁰

7 Véase Romo Michaud, Javier, "Reflexiones en torno al concepto del derecho", *Fórum*, México, núm. 1, 1992, p. 10.

8 Asimismo, en otros idiomas no hay lugar a tal conflicto; por ejemplo, en inglés se denomina con los vocablos *jurisprudence* o *juridical science* a la ciencia jurídica o ciencia del derecho y con la palabra *law* al derecho.

9 La "crisis de la ciencia" es una "crisis de principios" que abarca tanto la falta de un concepto claro y único de ciencia como el desacuerdo sobre los elementos o características universales de las ciencias. Véase Nicol, Eduardo, *Los principios de la ciencia*, México, FCE, 1984, *passim*.

10 No obstante, Carlos Santiago Nino ha formulado un interesante argumento en el sentido de que las expresiones 'ciencia del derecho' o 'ciencia jurídica' prejuzgan acerca del carácter científico del derecho. Para él, el derecho no es objeto de una ciencia sino de una dogmática. El derecho no puede ser estudiado científicamente,

2. *Derecho como derecho subjetivo y deber jurídico*

Comúnmente se utiliza la palabra derecho para referirse a las facultades, potestades o prerrogativas que tiene un individuo ante la colectividad. No obstante, una cosa es el derecho y otra muy distinta las facultades, potestades o prerrogativas que de él derivan como un permiso o *facultas agendi*. Éstas se identifican con la idea de derecho subjetivo mientras que —en contraposición— aquél corresponde a la noción de derecho objetivo.

Así mismo, del derecho no sólo se desprenden derechos subjetivos sino también deberes jurídicos, es decir, obligaciones. En este sentido, sería absurdo unificar el derecho exclusivamente con el derecho subjetivo e ignorar al deber jurídico en la concepción del derecho. Por tanto, no se debe confundir al derecho —derecho objetivo— con las facultades, potestades o prerrogativas —derecho subjetivo— que de él emanan ni mucho menos reducir los atributos del derecho al carácter imperativo-atributivo de la norma jurídica; porque si bien el derecho impone deberes jurídicos y atribuye derechos subjetivos es mucho más que ambas funciones.

3. *Derecho como norma o ley*

Tradicionalmente se confunde al derecho con el producto o resultado de sus fuentes formales. Empero, el derecho es algo muy diferente de los lugares de donde brota o de los modos en que surge, pero sin duda alguna éstos serán útiles para reconocerlo. Así,

porque es un conjunto de dogmas que se aceptan *a priori* y que no están sujetos a comprobación. Asimismo, considera que el término 'ciencia' es elogioso y que presupone un 'rótulo honorífico' para concluir que la certificación del derecho como objeto de estudio de una ciencia o de una dogmática, en nada varía la esencia del derecho ni su función social. Véase Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, IJ, 1974, *passim*; y Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia jurídica'*, México, Fontamara, 1993, *passim*. Coincidimos en que no tiene sentido trivializar sobre el carácter científico o no científico del derecho. Sin embargo, reiteramos que el derecho sí puede y debe ser considerado como objeto de estudio de una ciencia o disciplina científica. El derecho como objeto del conocimiento humano puede ser estudiado con un rigor objetivo-racional de manera científica. Aunque el objeto de estudio pueda consistir parcialmente de dogmas, esto es muy diferente a pensar que sería imposible el conocimiento científico de éstos. Nadie dudaría que una religión se basa en dogmas pero sería muy difícil, y hasta absurdo, sostener que la teología no puede estudiar de manera científica a la religión. Por tanto, la religión es considerada como el objeto de estudio de la teología, mientras que el derecho es el objeto de estudio de la ciencia del derecho o ciencia jurídica.

es menester aclarar que una cosa es el derecho y otra las normas o reglas que se deducen de éste por medio de las diferentes fuentes formales como lo son la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad.

De hecho, cabe recordar el *dictum* del *Digesto*: *Non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat*.¹¹ Por tanto, el derecho no se puede homogeneizar ni identificar con las normas jurídicas como reglas de comportamiento o conducta obligatorias y prescriptivas ni hermanarlo con la ley que es una especie de norma jurídica con características propias: general, abstracta, impersonal y permanente. La ley no es el derecho propiamente dicho pero sí se admite implícitamente que puede ser identificado como tal.¹² Aunque en un sentido derivado, metonímico o por analogía se le atribuyan al derecho las mismas características de la norma o de la ley, no debemos caer en dicha confusión, porque aunque el derecho pueda coincidir con ellas, las comprende porque es más que ambas.

Asimismo, la complejidad de las características del derecho lo han identificado como el ideal de justicia, como el sistema de normas e instituciones jurídicas y como el orden jurídico que detallaremos a continuación.

4. *Derecho como justicia*

Los doctrinarios aparentemente se han puesto de acuerdo al concebir como fines del derecho a la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.¹³ Sin embargo, hay autores como Gustav Radbruch, que estiman a la justicia como uno de los valores supremos de toda sociedad, junto con otras virtudes tales como el bien, la verdad, y la belleza. De este tipo de valores primarios, se desprenden a su vez valores secundarios. En el caso del derecho, la justicia es el valor primario y fundamental del cual derivan secundariamente el bien

11 "No es la regla la que crea al derecho, es el derecho el que hace la regla". *Digesto*, 50, 17, 1. Sobre la distinción entre derecho y las normas o reglas que se desprenden de las fuentes formales del mismo, véase B. Flores, Imer, "La técnica jurídica en la aplicación del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, núms. 201-202, mayo-agosto, 1995, pp. 17 a 55.

12 Véase Kalinowski, Georges, "Ley y derecho", *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 17-26.

13 Cfr. las diferentes ponencias de algunos de los juristas que participaron en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma durante 1937 y 1938, en: Fur, Louis le *et al.*, *Los fines del derecho. Bien común, justicia y seguridad*, México, UNAM, 1981.

común y la seguridad jurídica. Hans Kelsen sostiene que el derecho persigue esencialmente la realización de la justicia, como fin-valor primordial que subsume a los demás fines-valores derivados de éste; como lo son la libertad, la igualdad, la vida, el interés y el amor por la nación, la seguridad económica y la seguridad o certeza jurídica.¹⁴

A partir de la célebre definición de Ulpiano *Iustitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi* hay quienes han identificado también al derecho con la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo. La relación medio-fin justifica la equiparación entre *iure et iustitia* como lo sostienen los iusnaturalistas, al reducir el derecho a lo justo. No obstante, el derecho y la justicia no siempre se encuentran juntos ni son sinónimos, baste tener presente la máxima: *summum ius, summa iniuria*. Por lo anterior, reiteramos que la justicia es el fin primario del derecho, y que no necesariamente coincidirán siempre.

5. Derecho como sistema normativo o sistema jurídico

El derecho se expresa a través de normas, pero no se debe confundir con el sistema normativo ni con el orden que de ellas emana. Las normas jurídicas junto con las morales, las religiosas y los convencionalismos sociales forman un complejo normativo que regula la actividad humana. Las normas son reglas de comportamiento o conducta obligatorias y prescriptivas, porque imponen deberes y confieren derechos. De este modo, la obligatoriedad es algo inherente a toda norma, y no solamente a las jurídicas.

Las normas jurídicas son además bilaterales, externas, heterónomas y coercibles. Sus características permiten diferenciarlas de otras normas. Las normas jurídicas, al mismo tiempo que imponen deberes jurídicos u obligaciones, confieren derechos subjetivos o facultades; tratan de mandar de un determinado modo la conducta externa del hombre; se aplican a toda la sociedad independientemente de su voluntad, e implican la posibilidad de exigir su cumplimiento incluso de manera no espontánea al hacer uso de la fuerza pública.¹⁵

¹⁴ Véase Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* México, Fontamara, 1992, *passim*.

¹⁵ La bilateralidad y la coercibilidad son atributos indiscutibles de las normas jurídicas, mientras que la exterioridad y la heteronomía son principios controvertidos. Por una parte, con relación a la exterioridad se afirma que "Al derecho compete la conducta *externa*, y a la ética la conducta *interna*". Kantorowicz, Hermann, *La definición del derecho*, México, Colofón, 1994, p. 85. Sin embargo, el derecho está lleno de

6. *Derecho como orden social u orden jurídico*

El derecho se refiere indefectiblemente a la vida humana en sociedad: es un fenómeno social, y como tal un producto cultural. Por tanto, al derecho se le ha identificado con el orden social o cultural imperante. La esencia del hombre como ser social presupone forzosamente la existencia de la sociedad, y el derecho es un elemento indispensable para coordinar y regular la coexistencia y convivencia de los hombres en sociedad al imponer un cierto orden. En este sentido, Julièn Bonnecase destaca “que la vida social no se concibe sin el derecho, que es una condición de su existencia, porque la vida social exige orden, y el derecho, por definición, representa el orden”.¹⁶

Es menester referirnos a la situación de que algunos autores identifican al sistema jurídico con el orden jurídico. Al respecto, Eduardo García Máynez señala que el sistema normativo tiene su propia estructura y entre las normas que lo integran existen nexos que permiten considerarlo como una totalidad ordenada. Sin embargo, una cosa es que el sistema de normas implique la existencia de un “orden” entre sus preceptos —disposiciones y supuestos— y otra muy distinta el carácter concreto que deriva de la sujeción de la conducta del hombre a dicho sistema. Por esta razón, reconoce que entre el sistema formal y el orden real que dimana de la mayor o menor eficacia de sus disposiciones, existe una diferencia semejante a la que media entre el “sistema clasificatorio” que se adopta en la ordenación de una biblioteca, y el “orden” que resulta de la aplicación de ese sistema al material ordenado. Por un lado, el método de clasificación es un sistema normativo sobre la ordenación de los libros. Por otro lado, el orden concreto de la biblioteca supone que esas reglas han sido realmente aplicadas. Por tanto, el sistema nor-

referencias a la conducta interna, tales como ánimo delictivo, buena fe, consenso, deseo, error, intención, voluntad, y una larga lista que termina en un etcétera. Asimismo, las sanciones que se aplican a un menor son diferentes a las de un adulto, aún cuando materialmente ambos hayan realizado idéntica conducta externa. Por otra parte, respecto a la heteronomía, hay que recordar que para Kant no puede haber ningún imperativo que no sea autónomo, puesto que uno heterónimo nunca obliga realmente porque procede de alguien distinto de aquél que ha de cumplirlo. La autonomía de la voluntad es el fundamento de la “dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquélla que él mismo se da a sí mismo”. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 1973, p. 92.

16 Bonnecase, Julièn, *Introducción al estudio del derecho*, Bogotá, Temis, 1982, p. 9.

mativo consta de las normas formuladas para regular el comportamiento humano, mientras que el orden jurídico deriva de la observancia o imposición de esos preceptos.¹⁷

IV. CORRIENTES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA: IUSNATURALISMO, IUSFORMALISMO E IUSREALISMO

Una vez realizadas algunas precisiones terminológicas y advertencias sobre la complejidad y multiplicidad del derecho, podemos pasar al tema central del presente escrito: la concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. Como hemos mencionado con anterioridad, hay tres grandes corrientes que explican el fenómeno o universo jurídico, a saber: el iusnaturalismo, el iusformalismo y el iusrealismo. Cada una de estas escuelas tiene su propia conceptualización del derecho. En este sentido, nos limitamos a reconocer las diferentes metodologías empleadas por ellas y a ubicar los elementos que cada una resalta: valor, norma y hecho, respectivamente.

1. *Iusnaturalismo*

En la historia del derecho, la corriente de la filosofía jurídica que apareció inicialmente y que dominó el campo de las doctrinas del derecho fue el iusnaturalismo. Para éste, el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano. Por tanto, el derecho como objeto de estudio se reduce al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho; es decir, al derecho intrínsecamente justo, cuya validez es objetiva o material.

La validez del derecho deriva de la esencia del hombre. Por tanto, el derecho debe ser consustancial a la vida humana, y reconocer los criterios éticos y virtuosos que deben coincidir con la naturaleza del hombre. La corriente del iusnaturalismo se divide en dos grandes grupos: el teológico y el laico o racional. La diferencia entre estas subdivisiones estriba en que la primera propone que la validez del derecho natural o justo, se origina en la naturaleza del hombre como "hijo de Dios", y la segunda, sustituye la idea del Creador, por el carácter racional del ser humano; esto es, que el derecho es válido porque resulta de la naturaleza del hombre como "ser racional".

17 García Máñez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989, pp. 183-186.

A. *Iusnaturalismo teológico*

En la consolidación de la tradición romano-canónica en occidente convergieron como su propio nombre indica: el derecho —civil— romano y el derecho canónico. Sin lugar a dudas, la historia de occidente está determinada en gran parte por la influencia de la cultura helénica en Roma y de la religión cristiana. Cabe recordar que el Antiguo Testamento presenta al derecho como la voluntad de Dios, y el Nuevo Testamento consolidó la idea que la voluntad divina era la creadora del derecho.

Eduardo García Máynez¹⁸ señala que el pensamiento iusnaturalista adquirió un matiz teológico a partir de Sócrates y Sófocles. Lo justo y natural no tiene fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, no se basa en las peculiaridades o atributos de la especie humana sino en el arbitrio divino. Frente al derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. Las leyes humanas son perecederas y cambiantes con validez relativa mientras que las leyes divinas son eternas e inmutables por lo que tienen validez absoluta. Asimismo, para Platón y Aristóteles el derecho se basa en la idea de justicia y equidad.¹⁹

En el iusnaturalismo teológico la doctrina cristiana tuvo gran importancia por las aportaciones de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino, así como por los filósofos escolásticos. Para San Agustín, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina. Es decir, la *lex aeterna* es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. El obispo de Hipona sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural.

Santo Tomás de Aquino, en la *Summa Teológica*, sostiene que la ley no es otra cosa que el dictamen de la razón práctica del príncipe que gobierna una comunidad o sociedad perfecta. Dios es el creador

¹⁸ Véase García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.

¹⁹ Véase Platón, *La república*, México, UNAM, 1971; Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, UNAM, 1973, y Aristóteles, *Ética eudemia*, México, UNAM, 1994.

del Universo, éste es gobernado por la razón divina que dirige toda acción y todo movimiento; sus concepciones son eternas y, por tanto, rigen los destinos de todo el mundo. La ley eterna es la razón divina que gobierna todo lo que existe mientras que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional. De esta manera, las leyes humanas para poder ser consideradas como verdaderas leyes nunca deberían contrariar a la ley de Dios.²⁰

Por su parte, los filósofos escolásticos se encargaron de estudiar y desarrollar las ideas de San Agustín y Santo Tomás pero les impusieron una nueva orientación al sostener que era voluntad de Dios que el hombre fuera un ser racional, por lo cual las leyes humanas no deberían contrariar a las leyes divinas porque se fundaban precisamente en ellas. Así, los padres Francisco de Vitoria, Gabriel Vázquez de Menchaca, y Francisco Suárez, entre otros, son considerados por algunos autores como precursores del iusnaturalismo racional o laico.

B. *Iusnaturalismo laico o racional*

En la evolución del iusnaturalismo se puede percibir un hilo conductor que permitió la transición del iusnaturalismo teológico al laico o racional. Hugo Grocio se encargó de separar el derecho y su ciencia, de la religión y la teología, para ello se apoyó en la obra de los filósofos escolásticos, quienes abrieron la puerta del carácter racional del hombre como elemento fundamental del derecho.

Grocio reconoció, en *De Iure Belli ac Pacis*, que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían pero como consecuencia de la voluntad de Dios. Sin duda se apoyó y prosiguió con la tradición de la filosofía escolástica, al afirmar que Dios es el autor de la naturaleza; y, al reconocer que por voluntad divina los hombres tuvieron ciertas características —como son su naturaleza social y racional— que les permitían crear el derecho.²¹

De esta manera, Grocio afirmó que el derecho deriva del *appetitus socialis* o del *appetitus societatis* que tiene el hombre; es decir, para

²⁰ Véase Aquino, Santo Tomás de, *Suma teológica*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1949, *passim*.

²¹ Véase Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Editorial Reus, 1925, *passim*.

él, el derecho no es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impere una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza racional del hombre porque el derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural.

Grocio no se propuso separar el derecho de la religión, pero sí de dar mayor importancia al carácter racional del ser humano en la creación del derecho y no como simple manifestación de la voluntad de Dios. La consolidación de la separación entre la ciencia del derecho y la teología se logró básicamente para el desarrollo de la escuela del derecho natural que se fundó en los movimientos de la ilustración y la enciclopedia. Estos acontecimientos derivaron en las concepciones individualistas y liberales que dominaron el campo de las doctrinas filosóficas, jurídicas y políticas durante los siglos XVI al XVIII.

La escuela del derecho natural comprende dentro de sus principales exponentes a autores muy diversos como Thomas Hobbes, John Locke, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Christian Wolf, Jean Jacques Rousseau, e Immanuel Kant, entre otros. Sin lugar a dudas, no obstante a algunas diferencias accidentales, existe una gran simetría sustancial entre ellos porque se basan en un sistema conceptual semejante para explicar qué es el derecho.

Aunque la denominan de diferentes maneras, estos filósofos coinciden con la idea del *appetitus societatis* de Grocio, que se identifica con el pensamiento genérico del contrato o pacto social que recogen bajo diversas acepciones, para explicar la naturaleza y el fundamento del derecho. Para ellos, el derecho sí es producto de la naturaleza de las cosas pero no deriva de la voluntad divina sino del propio ser humano. Principalmente, de su carácter racional y social —sin olvidar otras de sus características como la libertad, la vida, la seguridad, la propiedad, entre otras— que lo han obligado a crear por su voluntad y de manera artificial un órgano que se debe encargar de proteger sus intereses, de conformidad a la naturaleza misma del ser humano, al pasar de un estado o sociedad natural a un estado o sociedad civil.

En resumen, para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen

el derecho a un contenido intrínsecamente justo o natural, ya que para los iusnaturalistas —tanto teológicos como laicos o racionales— el derecho es un valor justo o natural.

2. *Iusformalismo*

La apertura que experimentó el iusnaturalismo al desarrollarse la corriente laica o racional permitió que de la explicación del derecho como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre —como ser racional— se pasara a una concepción del derecho como producto no de la razón del hombre sino de su voluntad. A esta doctrina se le identifica comúnmente con el nombre de 'positivismo', pero consideramos que atribuirle a esta corriente el membrete de iuspositivismo sería incorrecto por lo que preferimos utilizar el de iusformalismo.

Al respecto, en la "Ley de los tres estados" Auguste Comte²² describió e identificó tres etapas en la evolución del pensamiento humano. A la primera etapa se le conoce como "estado teológico"; a la segunda como "estado metafísico"; y, a la tercera y última como "estado positivo". Sin duda, el derecho ha pasado por estas etapas. En un principio y con gran énfasis durante la Edad Media, el derecho fue identificado por el iusnaturalismo teológico con la voluntad de Dios o con la revelación divina. Desde el renacimiento hasta mediados del siglo decimonónico, el derecho fue explicado por el iusnaturalismo laico o racional como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre como ser racional.

Comte rechazó tanto las especulaciones e imaginaciones teológicas como las construcciones y razonamientos metafísicos; y planteó la necesidad de pasar a la era positiva, en la que la ciencia dependería de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia, como los únicos métodos válidos para un ejercicio verdaderamente científico. Sin embargo, paradójicamente, su pensamiento es criticado y descrito como metafísico porque sus aseveraciones son tanto categóricas como dogmáticas. De hecho, cabe recordar que las teorías evolucionistas del derecho de Savigny, Hegel y Marx son

²² Véase Comte, Auguste, *Curso de filosofía positiva*, Madrid, Magisterio Español, 1977, *passim*; Comte, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, Sarpe, 1984, *passim*; y Comte, Auguste, *Ensayo de un sistema de política positiva*, México, UNAM, 1979, *passim*.

consideradas como metafísicas, toda vez que proceden de presunciones más allá de la observación inmediata.²³

El inmenso éxito que tuvieron las ciencias naturales en la primera mitad del siglo diecinueve prepararon la base para que el positivismo propusiera la aplicación de los métodos de las ciencias naturales en las sociales. Asimismo, durante las primeras décadas del siglo veinte, el positivismo tomó una nueva y radical forma como positivismo lógico a partir de los trabajos de Moritz Schlick y Rudolf Carnap, del Círculo de Viena. Al término positivismo se le anexó el calificativo lógico, al extender los descubrimientos de la lógica moderna, especialmente de la lógica simbólica en su trabajo analítico. Por tanto, dentro del positivismo, la tarea de la ciencia consiste en analizar el fenómeno mientras que la filosofía se debe ocupar de la clasificación lógica de las ideas.²⁴

De este modo, el positivismo invadió todas las ciencias sociales —e incluso a la filosofía— por supuesto que la ciencia jurídica no fue la excepción. El positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas, e insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda consideración valorativa porque se debe limitar, como lo sostiene Julius Stone, a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas.²⁵

Cabe observar que el positivismo jurídico se conecta con el positivismo normativo de los iusformalistas, pero puede también ser relacionado con el positivismo empírico de los iusrealistas. Ambos comparten una actitud analítica ante el derecho y aunque utilizan el método positivo, difieren en la concepción del derecho porque se centran en un aspecto diferente del mismo.

Los antecedentes del iusformalismo como positivismo analítico y normativo se pueden rastrear en el utilitarismo de Jeremy Bentham y en el teleologismo de Rudolf von Ihering, quienes concebían al derecho como mandato o norma pronunciada por la voluntad del Estado. Sin embargo, las concepciones de estos autores estaban permeadas por deducciones referentes a los fines y valores del derecho,

23 Véase Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1962, pp. 89 y 90.

24 Véase Carnap, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, México, UNAM, 1963, *passim*.

25 Véase Stone, Julius, *The Province and Function of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1961, p. 31.

por lo que es difícil considerarlos como positivistas.²⁶ El primer positivista analítico fue John Austin, quien —a semejanza de Bentham— adopta el principio de utilidad pero separa la ciencia jurídica de la ética; es decir, al derecho de lo bueno o de lo malo.²⁷ No obstante, algunos estudiosos lo critican por no ser consistente en su método al recurrir al principio de utilidad que es sin duda un principio ético y un remanente del iusnaturalismo. Pero Austin reitera que el jurista debe limitarse a estudiar el derecho como es, sin preguntarse sobre la bondad o maldad de su deber ser. De hecho, la función de la ciencia jurídica es la exposición de los mandatos o normas del poder soberano, independientemente de que su contenido sea justo o no.

La concepción del derecho de Kelsen marcó el inicio de una etapa inédita, al separar tajantemente a la ciencia del derecho de elementos ideológicos tanto teológicos como metafísicos, como son el concepto de justicia y la idea de derecho natural.²⁸ En su *Teoría pura del derecho*, construye una ciencia jurídica mediante la aplicación de un método puro, que consiste en hacer a un lado todo lo ajeno al derecho. Afirma que “el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas”.²⁹

Para Kelsen existe una estricta separación entre el “deber ser” —*sollen*— y el “ser” —*sein*—. Como positivista le interesa la forma de la norma y no su contenido. Así, lo importante es el proceso de formación de las normas y su validez extrínseca, sin tomar en cuenta si son justas o injustas, acorde con la naturaleza del hombre o no, como lo era para los iusnaturalistas y que se prestaba a subjetivismos valorativos. En conclusión, a Kelsen y a los iusformalistas les preocupa la validez formal de la norma jurídica; por ello, llegan a igualar el concepto de derecho con el de norma jurídica reconocida por el Estado, y a éste con el derecho.³⁰

De esta manera, Kelsen restringe el campo del derecho exclusivamente a los preceptos jurídicos provenientes de la voluntad soberana del Estado; o sea, a las normas que integran el sistema jurídico vi-

26 Véase Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1948; y Ihering, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, New York, 1924.

27 Véase Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined y Lectures on Jurisprudence*, New York, Burt Franklin, 1970, 3 t., *passim*.

28 Véase Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, cit., *passim*; y Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural*, México, Editora Nacional, 1979, *passim*.

29 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 83.

30 Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, *passim*.

gente. Asimismo, rechazó los principios provenientes del derecho natural o de la moral como normas jurídicas. Al señalar que la teoría se ocupa sólo de las normas jurídicas, se descarta la idea de que se refiera a los hechos que ocurren en la realidad social. Por tanto, la conducta humana es objeto de esta teoría sólo en la medida en que es regulada por normas jurídicas.

A esta concepción, le interesan las normas vigentes o formalmente válidas; es decir, las disposiciones normativas creadas por la voluntad humana y que han sido declaradas como jurídicamente obligatorias para un tiempo y espacio determinados por el Estado, en contraposición de las normas cuyo contenido justo o natural emana de la voluntad suprahumana o divina —iusnaturalismo teológico— o deriva del hombre como ser racional —iusnaturalismo laico—.

Al aplicar la pureza metódica kelseniana, el derecho se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el hombre ni la realidad de su aplicación. De hecho, la justicia se reduce y debe ser identificada con la legalidad, que es la única manera objetiva de realizarla, de acuerdo con las reglas del juego. Por eso, el iusformalismo se preocupa por las normas en su aspecto formal. Sin embargo, al estudiar a las normas jurídicas se puede orientar su estudio tanto hacia un “deber ser” justo o natural —iusnaturalistas— como a un “ser” eficaz o real —iusrealistas—. Asimismo, una de las objeciones más graves que se le pueden hacer a Kelsen, es aquella que sostiene que al buscar el fundamento último de validez de las normas jurídicas, se llega a una *grundnorm* que es una construcción metafísica. Esta norma hipotética fundamental es muy semejante al *contractus originarius* de Kant, que es una simple idea de la razón que fundamenta el origen del Estado como derivado de un contrato originario.³¹ Por todo eso, la doctrina kelseniana es la expresión más consistente del positivismo en su vertiente iusformalista, que de manera exclusiva contempla al derecho como la forma de la norma vigente; es decir, identifican al derecho con la norma formalmente válida.

Para Kelsen, lo preponderante para el derecho es la forma de las normas jurídicas no su contenido justo o natural ni su materialización eficaz o real. Por esto, ubica al derecho como objeto de una

31 Véase Fernández Santillán, José F., *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*, México, FCE, 1992, p. 67; Flores Mendoza, Imer Benjamín, *El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Tesis Profesional, 1994, p. 47.

ciencia positiva como el conocimiento de las normas jurídicas, y clasifica a la ciencia del derecho dentro de las ciencias normativas, ya que utiliza el método normativo para señalar cuáles son las normas jurídicas vigentes o formalmente válidas, materia de estudio. Asimismo, la diferencia específica entre las normas jurídicas y las demás normas es su coercibilidad, cuyo titular es el Estado, quien por medio del ejercicio del uso de la fuerza pública, puede imponer su cumplimiento y forzar una conducta determinada.

La concepción iusformalista del derecho presenta grandes aciertos, como es el caso de señalar que los excesos y arbitrariedades de algunos regímenes totalitarios, por más atroces que parezcan, son o fueron derecho, como es el caso de la Alemania nazi y la persecución de judíos. Las abominables aberraciones que se cometieron no tenían un contenido justo ni natural a la esencia del hombre, pero era un derecho vigente o formalmente válido. Por más que uno quiera olvidarlas y negarles su carácter jurídico, esto fue legalmente reconocido como derecho porque derivó de la voluntad de los hombres, quienes las declararon como obligatorias y vinculatorias.

Las críticas que se pueden hacer a esta teoría, pueden ser muy variadas. Desde nuestro punto de vista, se pueden resumir en tres. Primera, al preocuparse exclusivamente de las normas jurídicas y de su forma, olvida por supuesto algo que es vital, el contenido de las mismas y su materialización. Segunda, al interesarse principalmente por dichas normas jurídicas, subordina la conducta humana a la forma que la coordina o regula —a la estructura lógico-formal de la norma—. Tercera, aunque la pureza metódica sirve para dar cierta autonomía a la ciencia del derecho, no se puede pretender comprender al derecho como fenómeno o producto social, sin estudiar su interrelación con otras ciencias afines como son la economía, la política, la sociología; así como, la historia, la psicología, entre otras. No obstante lo anterior, se resalta la concepción formalista del derecho, que se sintetiza en que para los iusformalistas, el derecho es una norma formal o vigente.

3. *Iusrealismo*

El positivismo jurídico se identifica con el positivismo analítico y normativo de los iusformalistas, y también con el positivismo analítico y empírico de los iusrealistas. Ambos comparten una actitud analítica ante el derecho, y aunque tienen el mismo método, cada uno tiene una concepción propia del derecho, porque se centran en

un aspecto diferente del mismo. Para los iusrealistas, el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma pero también con el hecho. De este modo, podemos distinguir entre el derecho como norma estatal y el derecho como hecho social; el derecho no se puede reducir al Estado sino que debe incluir a la sociedad.

Los hechos han servido a los autores pertenecientes a la corriente del iusrealismo para fundar —sobre las enseñanzas de la “libre investigación científica” de François Géný, la “ofensiva sociologista” de Eugen Ehrlich, y de las escuelas del “derecho libre” y de la “jurisprudencia de intereses” que incluye a autores como Philipp Heck (Gnaeus Flavius) Hermann Kantorowics, Ernst Fuchs y otros más— una concepción del derecho diferente, positiva pero realista. La suma de condiciones que delimitan el actuar del hombre, conforman una realidad determinada y el derecho, no la norma formal ni su contenido justo, es precisamente la experiencia jurídica. En otras palabras, el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales.

La ciencia del derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser de la conducta humana entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales, y no de las normas formales o vigentes ni de los valores justos o naturales. Por tanto, para el iusrealismo el derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos. Es cierto que las normas jurídicas son trascendentales para conocer el derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de dichas normas y valores. En cierta forma, esta corriente subordina a la ciencia del derecho a una rama de las ciencias sociales. Lo cual ha constituido una de las principales críticas a esta doctrina, por reducir el derecho a los hechos sociales que derivan de las conductas humanas, y a la ciencia jurídica a una simple rama de la sociología positivista.

Alf Ross atacó la postura de Kelsen sobre su concepción de la ciencia del derecho, como ciencia del sistema jurídico o normativo; sostuvo, por el contrario, que la ciencia del derecho es la ciencia del orden jurídico o social. Reconoce que el derecho consiste en los hechos, en los fenómenos sociales que derivan de las normas. La primacía en el estudio del derecho corresponde a los hechos en lugar de a las normas. Así, el objeto principal de la ciencia del

derecho son los hechos, es decir los fenómenos sociales. Ross afirma que es absolutamente imposible reducir al derecho exclusivamente a través de normas separadas e independientes de las conductas humanas y de los propósitos sociales. Por tanto, para los iusrealistas la ciencia jurídica y la teoría jurídica parten de las ciencias sociales y de la teoría social para explicar a las conductas humanas no sólo como fenómenos jurídicos sino sobre todo como fenómenos sociales.³²

La teoría de Ross se acerca mucho a la de Kelsen por lo que se le considera como parte del género iuspositivismo, en el sentido que la ciencia jurídica estudia al derecho vigente en un tiempo y espacio determinado, pero con la diferencia específica de que para el iusformalismo es una ciencia y método analítico-normativo con singular enfoque en las normas estatales; y, en el iusrealismo se trata de una ciencia social que aplica el método analítico-empírico con especial énfasis en los hechos sociales.³³

El iusrealismo reduce a la ciencia del derecho a una ciencia social empírica, pero acepta que es una ciencia normativa no por estar compuesta de normas vigentes sino porque los hechos sociales se refieren forzosamente a esas normas; es decir, todas las proposiciones normativas acerca del derecho se refieren en última instancia a los fenómenos sociales que le dan sustento. Asimismo, cabe señalar que para esta escuela la ciencia del derecho forma parte de una rama más amplia del conocimiento que la comprende —ciencias sociales— sin sostener que se le pueda confundir con ella, porque el derecho no hace referencia a los meros hechos sociales, ya que siempre deben tomar en cuenta su carácter normativo.

Por esta razón, Kantorowicz reconoció la existencia de un dualismo subyacente en el concepto del derecho: “el contenido que debemos definir está integrado por *normas*, debemos, además, fundamentar la justificación de nuestra definición, para que sea útil, sobre hechos”.³⁴ El derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno social eficaz, susceptible de observación mediante el método empírico por formar parte del mundo real de los hechos y como

³² Véase Ross, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959, *passim*.

³³ Véase Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980, p. 9.

³⁴ Kantorowicz, Hermann, *op. cit.*, p. 43.

una proposición válida, capaz de analizarse a través del método normativo, por formar parte del mundo de las normas.³⁵

En nuestra opinión, no es obligado optar por la prioridad de alguno de estos componentes y etiquetarse como uno u otro, ya sea por el hecho eficaz —iusrealismo— o por la norma válida —iusformalismo— porque ambos puntos pueden coexistir, pero es indispensable clarificar los conceptos de eficacia y de validez que generalmente han complicado el problema. De lo anterior, resulta conveniente hacer referencia a dos conceptos que derivan de la vigencia de las normas: la validez y la eficacia. Por una parte, para el iusformalismo la validez del derecho emana de la voluntad de los hombres y del acto mediante el cual el Estado o la autoridad pública jurídicamente reconocida, como poder público institucionalizado, declara como obligatoria una norma; y la eficacia resulta de la efectiva aplicación de las normas vigentes; es decir, la aplicación u observancia de las normas declaradas como válidas. Por otra parte, para el iusrealismo la validez del derecho deriva de la expectativa de cumplimiento que se produce para los miembros de la colectividad, cuando todos observan las normas de conducta; y la eficacia, cuando en el orden social se aplican y observan dichas normas con cierto grado de efectividad.

A la corriente del iusrealismo se le critica por reducir al derecho como objeto de estudio científico a un fenómeno social, y a la ciencia del derecho a una subrama de las ciencias sociales. Asimismo, aunque reconoce la existencia de un dualismo entre hecho y norma, le da prioridad al hecho; es decir, a la conducta del hombre sobre la norma que la regula formalmente. Por otra parte, esta doctrina se olvida al igual que el iusformalismo del contenido ético que debe perseguir el derecho. No obstante, para que el análisis del iusrealismo sea completo, es conveniente estudiar las semejanzas y diferencias entre el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo.

35 Sobre los dilemas metodológicos contemporáneos del positivismo, véase Adorno, Theodor W. et al., *The Positivist Dispute in German Sociology*, London, Heinemann, 1976. Sobre las metodologías normativa-analítica y empírica-analítica del positivismo, véase, Häbermas, Jürgen, *On the Logic of the Social Sciences*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1988, pp. 45-53.

A. *Realismo jurídico norteamericano*

La metodología empírica de John Locke y de David Hume, así como la filosofía pragmática de William James y John Dewey son el fundamento del pensamiento norteamericano y ambas se traducen en una actitud realista hacia el derecho. El iusrealismo no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo. De hecho, cabe resaltar la trascendencia de Oliver Wendell Holmes para el realismo norteamericano: "La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia".³⁶

Esta frase del ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que identifica al derecho con la experiencia práctica, se ha convertido en el credo del realismo norteamericano. Pero fueron Benjamín Cardozo —otro ministro de la Suprema Corte— y Roscoe Pound —decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard— quienes consolidaron la concepción del derecho como algo estrechamente vinculado a la realidad de la vida humana.

Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas.³⁷ Cardozo —al igual que Holmes— enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia.

Aunque Holmes admitió que los principios morales son trascendentes para formular el derecho, reconoció que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad. De hecho, su agnosticismo ético y su pragmatismo lo llevaron a concluir que el derecho se debe definir desde el punto de vista de un hombre malo que se preocupa solamente de las consecuencias materiales que tal conocimiento le permitirá predecir: "Las

³⁶ Wendell Holmes Jr., Oliver, *The Common Law*, New York, Dover, 1991, p. 1: "The life of the law has not been logic: it has been experience".

³⁷ Véase Cardozo, Benjamín, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, *passim*.

profecías de lo que los tribunales harán en realidad, y nada más pretencioso es lo que entiendo por derecho.³⁸

Pound trató de emancipar al derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que aunque es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social.³⁹

Asimismo, Pound reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean éstos, individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para poder determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos. De este modo, la tarea del derecho consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad.

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas. Lo que les preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos.⁴⁰ No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de

38 Wendell Holmes Jr., Oliver, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897: "If we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the law".

39 Véase Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959, *passim*. Cfr. sobre la idea del derecho como obstáculo al cambio social, a Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1991.

40 Véase Llewellyn, Karl, "A Realistic Jurisprudence —The Next Step—", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930; y Llewellyn, Karl, "Some Realism about Realism", *Harvard Law Review*, núm. 44, 1931.

los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.⁴¹

B. *Realismo jurídico escandinavo*

A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

El fundador de este movimiento fue Axel Hägerström, quien junto a su discípulo A. Vilhelm Lundstedt, y otros representantes de esta corriente, como son Karl Olivecrona y Alf Ross, se cuestionaron sobre tres problemas básicos referentes a la naturaleza y validez del derecho; la significancia o insignificancia de las concepciones elementales del formalismo, y lo característico de la noción de justicia.

Para los realistas escandinavos —incluso más radicales que sus contrapartes norteamericanos— la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: El derecho no es otra cosa que los hechos sociales.⁴² Dentro de los hechos sociales destaca que el derecho sea una gran maquinaria con el propósito de proteger a la sociedad.⁴³ De hecho, el ejercicio de la fuerza es vista como parte integral del concepto de derecho. Por esta razón, el derecho se define —para Olivecrona— como reglas acerca del uso de la fuerza; y —para Ross— como un instrumento del poder.⁴⁴ De esta manera, Ross afirma que “el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza”.⁴⁵ Asimismo, admiten que la mayoría de la gente obedece al derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, consideran que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

41 Véase Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-McCann, 1949, *passim*.

42 Véase Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, London, Stevens, 1971, *passim*.

43 Véase Hägerström, Axel, *Inquires into the Nature of Law and Morals*, Copenhagen, 1953, p. 354; y Lundstedt, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised*, Stockholm, 1956, p. 301.

44 Véase Olivecrona, Karl, *op. cit.*, *passim*; y, Ross, Alf, *op. cit.*, *passim*.

45 Ross, Alf, *On Law and Justice*, *op. cit.*, p. 59: “the law consists of rules concerning the exercise of force”.

Con relación a la validez del derecho, los realistas escandinavos niegan que el derecho sea vinculatorio en otro sentido que no sea el referente al impacto psicológico que tiene sobre la población. La validez del derecho deriva del hecho de que el pueblo cumple ciertas reglas porque trata de evitar las consecuencias desagradables que aparecen en caso de realizar una conducta fuera del margen de lo jurídico. Por su parte, Ross —de manera similar a los realistas norteamericanos— sostiene que el derecho provee de normas a los tribunales para decidir casos concretos. Pero llega a la conclusión, que una norma de derecho es válida si se puede predecir que las cortes la van a aplicar de manera eficaz.⁴⁶

El ataque en contra de los conceptos elementales del formalismo fue iniciado por Hägerström, quien identificó a las ideas de derecho subjetivo y deber jurídico como metafísicas porque tienden a evadir toda realidad social.⁴⁷ Por su lado, Lundstedt combatió los conceptos jurídicos tradicionales, pero extendió el campo de combate a muchos más. Considera que dichos conceptos son operativos solamente en la conciencia subjetiva y que nunca podrán tener un significado realmente objetivo.⁴⁸

Finalmente, los realistas —con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica— emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el “método de la justicia”. De manera similar a los positivistas lógicos, sostienen que los juicios de valor en el derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad. De este modo, Ross concluye que toda filosofía de los valores no es otra cosa que ideología pura que sirve para justificar algún interés particular dentro de la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo están fundados en sentimientos emotivos e irracionales; por lo cual, la justicia es invo-

46 *Idem*, pp. 11-18 y 29-74.

47 Véase Hägerström, Axel, *op. cit.*, pp. 3-9 y 316-324.

48 Véase Lundstedt, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised, op. cit.*, p. 62: “The duty is only a person’s *feeling* or *sentiment* that he *ought* to conduct himself in a certain manner, consequently, something quite *subjective*. This subjective element legal writers have been forced to turn into the exact opposite, into the monstrous contradiction: an *objective duty!*”

cada para cualquier causa, sin que exista un argumento o criterio real para determinar que algo es justo o injusto.⁴⁹

En conclusión para los iusrealistas, tanto norteamericanos como escandinavos, el derecho se distingue de los valores justos o naturales de los iusnaturalistas —teológicos y laicos o racionales— y se diferencia de las normas formales o vigentes de los iusformalistas en que se fundamenta en hechos sociales que eficazmente son aplicados u observados por la sociedad. Por tanto, para los iusrealistas el derecho es un hecho eficaz o real.

V. TRIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO

No tiene ningún sentido juzgar a las corrientes anteriores, ni tomar partido por alguna de ellas, porque podemos observar que cada una tiene su particular concepción y conceptualización del derecho. Lo verdaderamente trascendental es percibir no sólo la existencia de varias corrientes sino también las diversas metodologías utilizadas. Cada una de estas escuelas analizan al derecho desde una óptica que apunta a una perspectiva diferente del mismo fenómeno. Al iusnaturalismo le interesan los “valores”, al iusformalismo las “normas”, y al iusrealismo los “hechos”. En este sentido, resulta inobjetable que cada una de estas perspectivas tiene sus aciertos y sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno.

De las tres posturas, podemos tomar lo que nos sea de utilidad. Sin embargo, parece imposible dar un concepto unívoco del derecho, por la sencilla razón, de que se trata de definirlo desde tres diversos puntos de vista. Con gran acierto, Eduardo García Máynez apunta “El error de quienes han pretendido encerrar en una sola definición (en el caso del derecho) objetos diferentes entre sí, no implica únicamente confusión de puntos de vista, sino, lo que es peor, concomitante confusión de los objetos contemplados”.⁵⁰

Por una parte, es útil recurrir a la Teoría de los tres círculos de García Máynez para ejemplificar el problema de los sendos objetos de estudio. En primera instancia, denomina “derecho intrínsecamente válido”, al tradicionalmente llamado justo o natural; “derecho formalmente válido”, al creado o reconocido por la autoridad soberana; y

49 Véase Ross, Alf, “Nota al libro de Kelsen, *¿Qué es la justicia?*”, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993, pp. 33-46.

50 García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, cit., p. 17.

“derecho positivo”, al que goza de eficacia.⁵¹ Sin embargo, incurre en la equivocación de equiparar al derecho positivo con el eficaz. Es muy entendible su posición porque la sustenta en el sentido científico-sociológico de la palabra “positivo” como hecho real, es decir, como leyes que se aplican de modo efectivo. No obstante, el propio García Máynez se da cuenta del desacierto, y en libros posteriores, rectifica su enfoque. Señala que se puede distinguir entre validez extrínseca e intrínseca, la primera en sentido jurídico-positivo, se refiere al derecho formalmente válido, es decir al derecho vigente o positivo; la segunda en sentido axiológico-material, se ocupa del derecho intrínsecamente válido, es decir del derecho natural o justo. Empero, un precepto dotado de validez, debe además tener eficacia; el derecho que realmente se aplica, el que se cumple u observa por la sociedad, es el derecho eficaz o real.⁵²

Asimismo, cabe mencionar que los objetos del conocimiento designados como derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real, no se excluyen entre sí, pero tampoco se autoimplican, aunque es aconsejable que el ideal del derecho sea un derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real. Cada uno de estos derechos es estudiado desde cada una de las perspectivas que mencionamos con anterioridad, y a modo de síntesis: 1) El iusnaturalismo se ocupa del derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores; 2) El iusformalismo se identifica con el derecho vigente o formal, y lo que le preocupa son las normas; 3) El iusrealismo se enfoca al derecho eficaz o real, y lo que lo fundamenta son los hechos.

Por otra parte, un análisis de profundidad viene a demostrar que estos tres aspectos, pueden formar parte de una misma concepción del derecho. El aspecto axiológico, al derecho como valor; el normativo, al derecho como norma; y, el fáctico, al derecho como realidad. Esta forma de concebir al derecho es el pilar de la Teoría tridimensional del derecho y de la Teoría integral del derecho, cuyos exponentes son Miguel Reale y Luis Recaséns Siches, respectivamente.⁵³

51 Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1988, p. 44.

52 Véase García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*, México, UNAM, 1986, pp. 161 y ss.; y García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 507 y ss.

53 Cfr. Reale, Miguel, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 431-519 y 603-639; y Reale, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968; con Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.

En ambas teorías, la concepción del derecho conserva las tres dimensiones de las que se ha tratado —valor, norma y hecho— pero estrechamente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación. El derecho no es ni un valor puro, ni una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho. Recaséns Siches señala que “en la realidad del derecho se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor. El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos”.⁵⁴

De hecho la teoría tridimensional postula que donde exista un fenómeno jurídico, hay irremediamente un *hecho* subyacente —hecho económico, político, o social—, un *valor* que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una *norma* que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. Además, se afirma que tales elementos —hecho, valor y norma— no existen separados unos de otros, sino que coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican. Es decir, son absolutamente inseparables, y por tanto, no hay ninguno que sea más importante que los otros. Ahora bien, esos factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como uno solo. De tal modo, la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.⁵⁵

Asimismo, cabe evocar las enseñanzas del filósofo de Königsberg, quien destacó la existencia de dos formas puras de intuición sensible, a saber: espacio y tiempo.⁵⁶ El estudio de la historia demuestra que el derecho no ha sido el mismo en todas las coordenadas espaciales-temporales. Al respecto, Norberto Bobbio comenta que para formular leyes y principios universales en materia de la ciencia del derecho, es preciso atender no sólo a la naturaleza humana, sino a las

⁵⁴ Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40. Cfr. Reale, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, cit., p. 29: “Eis aí, numa percepção sumária e elementar, os três fios com que é tecido o discurso [...] do direito, em termos de *vigência* ou de obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; de *eficácia* ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo; e de *fundamento*, ou dos valores capazes de legitimálos numa sociedade de homens livres”.

⁵⁵ Véase Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1989, p. 69.

⁵⁶ Véase Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, cit., *passim*.

“condiciones históricas que determinan las cambiantes leyes de pueblo a pueblo, de tiempo a tiempo”.⁵⁷ De esta manera, Leoncio Lara Sáenz⁵⁸ sugiere que se debe complementar las tres dimensiones mencionadas con otras dos: el espacio y el tiempo. Lo anterior es de gran utilidad por dos razones: 1) Fijar al derecho como objeto de estudio en el tiempo y en el espacio, únicamente con fines metodológicos; y 2) Enmarcar al derecho como el producto de la interrelación dinámica y dialéctica en el tiempo y en el espacio de las tres dimensiones: valor, norma y hecho.

De hecho, todos estos elementos o dimensiones del derecho no se entienden por sí solos, por lo cual es menester poner especial énfasis en la inminente interrelación dinámica y dialéctica que existe entre ellos. El maestro José Vasconcelos presentó en 1905 su tesis profesional titulada *Teoría dinámica del derecho*.⁵⁹ A partir de los principios newtonianos —y probablemente al seguir las enseñanzas del jurista italiano Nicéforo— afirma que la energía no se crea ni se destruye sino simplemente se transforma, para concluir que “el movimiento [...] es universal en todas las formas y en todas las esferas”.⁶⁰ No existe en el mundo cosa alguna que se mantenga siempre en el mismo estado, y el derecho no puede permanecer inerte ante las nuevas dificultades y otras imperfecciones que la compleja vida social impone: “El derecho es una ley de distribución de energías en forma proporcional a las causas o necesidades”.⁶¹

Por lo tanto, el derecho está en constante y permanente evolución, su carácter prospectivo trata de igualar la veloz inercia de los cambios sociales. De este modo, el derecho —como objeto de estudio— se presenta como uno de los campos más amplios del conocimiento científico porque comprende tres aspectos del mismo fenómeno, a saber: 1) valor, 2) norma y 3) hecho. Estas tres dimensiones se encuentran en un continuo proceso de cambio que nos permite afirmar que el derecho es progreso, porque su contenido, sus proposiciones y sus manifestaciones varían en el tiempo y el espacio.

57 Bobbio, Norberto, “El modelo iusnaturalista”, en Bobbio, Norberto y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, FCE, 1992, p. 44.

58 Lara Sáenz, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, México, UNAM, 1991, p. 37.

59 Véase Vasconcelos, José, “Teoría dinámica del derecho”, *Obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957.

60 *Idem*, p. 13.

61 *Idem*, p. 25.

Esta concepción del derecho ha sido objeto de severas críticas porque se le considera como ecléctica o indefinida; se le censura por allegarse elementos de todos lados, y por no tener criterios propios. Sin embargo, aunque todavía son muchas las objeciones, cada día son más los juristas que se suman a esta postura, unos la aceptan con ciertas reservas y otros sin mayor cuestionamiento.

Por una parte, Elías Díaz, a semejanza de Reale, sostiene que norma, hecho y valor constituyen las tres dimensiones esenciales del derecho; pero, a diferencia de éste, afirma que la referencia normativa es central en el mundo jurídico.⁶²

Asimismo, señala que la complejidad del derecho requiere de un pluralismo metodológico: "Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementaridad, o mejor la recíproca y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica".⁶³ Al tomar la validez, eficacia y justificación de las normas jurídicas como los objetos de estudio respectivos de la ciencia, sociología y filosofía jurídicas, reducen a la ciencia del derecho a las normas jurídicas válidas, es decir al derecho vigente o formal.

Raúl Hernández Vega acepta la pluridimensionalidad del derecho, pero resalta dentro de dichas dimensiones a la norma, aunque reconoce que la estrecha relación de ésta con el valor y el hecho: "El derecho no entendido formalmente sino como ordenamiento normativo, supone obviamente la norma, pero ésta se encuentra relacionada con lo social y con lo justo [...]".⁶⁴ Asimismo, Abelardo Rojas Roldán, quien acepta que su teoría de la tetradimensionalidad de las normas jurídicas tiene algunos contactos y similitudes con las premisas de la tridimensionalidad del derecho de Reale, no sólo insiste sino también afirma contundentemente que "las normas jurídicas son la expresión propia del derecho, en tanto que éste se hace presente a través de ellas. Si logramos conocer los elementos de una norma jurídica, estaremos muy cerca de saber qué es el derecho, para

62 Véase Díaz, Elías, "Sentido actual de la concepción normativa del derecho", *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1971, pp. 52-63.

63 *Idem*, p. 54. Sobre el pluralismo metodológico, véase *idem*, pp. 128-134: "Ni lógica deductiva exclusivamente, se dirá desde esta perspectiva, ni tópica inductiva como única solución, sino más bien necesidad de una dialéctica concreta de deducción-inducción, dialéctica entre norma, hecho social y valor", *idem*, p. 131.

64 Hernández Vega, Raúl, "El método estructuralista y el derecho ligero. Ensayo exploratorio", en varios, *Ensayos jurídico-filosóficos. Reflexiones metodológicas*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1984, p. 241.

poder definirlo".⁶⁵ Al respecto, construye una noción integral de norma jurídica y afirma que ésta consta de cuatro dimensiones: 1) forma invariable, 2) contenido variable, 3) fines colectivos y 4) valores sociales.⁶⁶ De esta manera, ambos autores se suman a la tridimensionalidad del derecho, pero adoptan una postura semejante a la de Elías Díaz al reducir el derecho, principalmente a las normas; y, por ende, a la ciencia del derecho a una ciencia normativa.

Por otra parte, encontramos en la doctrina un cierto consenso que acepta sin mayores cuestionamientos la utilidad práctica de las teorías de Eduardo García Máynez, Miguel Reale y Luis Recaséns Siches sin reducir la tridimensionalidad del derecho a la preponderancia o supremacía de uno de sus elementos sobre los otros. Es absurdo considerar que existen tres clases de derecho —natural o justo, formal o vigente, y real o eficaz— y mucho menos que uno de ellos debe ser preferido sobre los demás, porque la justicia, la vigencia y la eficacia son características por igual de la verdadera y única omnicompreensiva concepción del derecho.

De esta manera, Norberto Bobbio —quien fuera amigo cercano de García Máynez— construye su teoría general del derecho y desarrolla una concepción funcionalista del mismo, conforme a los tres criterios de valoración que son constantes en la tesis de la Teoría de los tres círculos, de la Teoría tridimensional del derecho, y de la Teoría integral del derecho: justicia, validez y eficacia.⁶⁷ Asimismo, es curioso que Rafael Preciado Hernández para analizar el derecho lo confronte con el orden normativo, el orden social y el orden ético.⁶⁸

En este sentido, sostenemos que toda concepción contemporánea del derecho debe tomar en consideración estas tres dimensiones o elementos —valor, norma y hecho— para poder definir integralmente el concepto de derecho y resolver de forma satisfactoria el dilema que había resaltado el enigma kantiano. Por lo tanto, consideramos que el derecho son los valores justos o naturales —justicia— cuyo

65 Rojas Roldán, Abelardo, "La tetradimensionalidad de las normas jurídicas, la definición del derecho y otras implicaciones", en Curiel B., José Luis (coord.), *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1984, p. 245.

66 *Idem*, pp. 245-250. Sobre la definición del derecho a partir de la tetradimensionalidad de las normas jurídicas, véase *idem*, p. 248.

67 Véase Bobbio, Norberto, "Justicia, validez y eficacia", *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 33-51. Sobre la contribución de Bobbio al funcionalismo jurídico, véase Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

68 Véase Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1984, pp. 65-263.

contenido se expresa en normas vigentes o formales —vigencia— y que se traducen en hechos eficaces o reales —eficacia—.

VI. CONCLUSIÓN

Definir qué es el derecho es sin duda alguna la tarea esencial de la filosofía jurídica. Sin embargo, hasta la fecha los juristas han sido incapaces de dar una definición —final y única— del derecho. En este sentido, conscientes de que en filosofía las definiciones explican un concepto en lugar de formarlo, preferimos dejar a un lado el problema de la definición del concepto de derecho para proceder a la reflexión sobre la concepción del mismo. De este modo, es menester:

- 1) Advertir el error de proseguir con la utilización de la palabra 'derecho' para referirse a distintas y muy variadas facetas del fenómeno jurídico: como ciencia del derecho o ciencia jurídica; como derecho subjetivo o deber jurídico; como norma o ley; como justicia; como sistema normativo o sistema jurídico; y como orden social u orden jurídico.
- 2) Explicar la concepción del derecho según las distintas metodologías empleadas por las tres principales corrientes de la filosofía jurídica: No obstante, cada una da prioridad a un elemento: el iusnaturalismo al valor natural o justo, el iusformalismo a la norma vigente o formal, y el iusrealismo al hecho eficaz o real.
- 3) Reconocer los aciertos y desaciertos de cada concepción, y considerar que no se excluyen, ni se implican. Por lo cual, deben concurrir en un mismo objeto de estudio, en la idea de un derecho ideal que está formado por un derecho natural o intrínsecamente justo, por un derecho vigente o formalmente válido, y por un derecho eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado en la sociedad.
- 4) Integrar los tres aspectos —valor justo o natural, norma vigente o formal, y hecho eficaz o real— en una misma concepción, logra el *desideratum* de reunir todo en uno y poner fin a una interminable batalla dogmática. Esta concepción reconoce el eminente carácter dinámico y dialéctico del derecho como la interrelación no sólo entre valores, normas y hechos sino también entre justicia, validez y eficacia.

VII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. *Bibliografía*

- ADORNO, Theodor W. *et al.*, *The Positivist Dispute in German Sociology*, London, Heinemann, 1976.
- AQUINO, Santo Tomás de, *Suma teológica*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1949.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, México, UNAM, 1973.
- , *Ética eudemia*, México, UNAM, 1994.
- , *Política*, 21a. ed., México, Espasa-Calpe, 1991 (Colección Austral, 239).
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined y Lectures on Jurisprudence*, New York, Burt Franklin, 1970, 3 t.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1948.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.
- , *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- , *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- y Michelangelo BOVERO, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, FCE, 1992.
- BODENHEIMER, Edgar, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1962.
- BONNECASE, Julièn, *Introducción al estudio del derecho*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1982.
- CARDOZO, Benjamín, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.
- CARNAP, Rudolf, *Filosofía y sintaxis lógica*, México, UNAM, 1963.
- COMTE, Auguste, *Curso de filosofía positiva*, Madrid, Magisterio Español, 1977.
- , *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, Sarpe, 1984.
- , *Ensayo de un sistema de política positiva*, México, UNAM, 1979.
- CURIEL, José Luis (coord.), *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1984.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1971.
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F., *Locke y Kant, Ensayos de filosofía política*, México, FCE, 1992.

- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, *El liberalismo y la reforma del Estado. La evolución del derecho*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Tesis de Licenciatura, 1994.
- , *Law and Politics: Democratic Institutional Development. Government Reform and Separation of Powers in México*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, Harvard Law School, LL. M. Thesis, 1996.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-McCann, 1949.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, 2a. ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.
- , *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1986.
- , *Introducción al estudio del derecho*, 39a. ed., México, Porrúa, 1988.
- , *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.
- GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Editorial Reus, 1925.
- HÄBERMAS, Jürgen, *On the Logic of Social Sciences*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1988.
- HÄGERSTRÖM, Axel, *Inquires into the Nature of Law and Morals*, Copenhagen, 1953.
- HERNÁNDEZ VEGA, Raúl, *Ensayos jurídico-filosóficos. Reflexiones metodológicas*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1984.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, New York, Dover, 1991.
- IHERING, Rudolf von, *Law as a Means to an End*, New York, 1924.
- KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1960, 2 t.
- , *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 1973.
- KANTOROWICZ, Hermann, *La definición del derecho*, México, Colofón, 1994.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 5a. ed., México, UNAM, 1986.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1988.
- , *La idea del derecho natural*, México, Editora Nacional, 1979.
- , *¿Qué es la justicia?*, 3a. ed., México, Fontamara, 1992 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 10).
- LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, México, UNAM, 1991.

- FUR, Louis le *et al.*, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad*, México, UNAM, 1981.
- LUNDSTEDT, A. Vilhelm, *Legal Thinking Revised*, Stockholm, 1956.
- NICOL, Eduardo, *Los principios de la ciencia*, México, FCE, 1984.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989.
- , *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*, México, Fontamara, 1993 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 25).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 10a. ed., México, Siglo XXI, 1991.
- OLIVECRONA, Karl, *Law as Fact*, London, Stevens, 1971.
- PLATÓN, *La república*, México, UNAM, 1971.
- , *Diálogos*, México, Porrúa, 1962 (Sépan Cuántos, 13).
- POUND, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1984.
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1962.
- , *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968.
- , *Introducción al derecho*, 9a. ed., Madrid, Pirámide, 1989.
- , *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *La filosofía del derecho en Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y la escolástica*, Madrid, Victoriano Suárez, 1927.
- , *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, 2a. ed., México, FCE, 1945.
- , *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, FCE, 1956.
- , *Introducción al estudio del derecho*, 7a. ed., México, Porrúa, 1985.
- , *Tratado general de filosofía del derecho*, 10a. ed., México, Porrúa, 1991.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1959.
- , *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 7).
- SCHREIER, Fritz, *Concepto y formas fundamentales del derecho. Esbozo de una teoría formal del derecho sobre bases fenomenológicas*, México, Editora Nacional, 1975.
- STONE, Julius, *The Province and Function of Law*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1961.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1992.

- UNGER, Roberto Mangabeira, *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics A Work in Constructive Social Theory*, New York, Cambridge University Press, 1987.
- VASCONCELOS, José, *Obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957 (Laurel).

2. Hemerografía

- FLORES SÁNCHEZ, Imer B., "La técnica jurídica en la aplicación del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, núms. 201-202, mayo-agosto, 1995.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr., "The Path of Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897.
- LLEWELLYN, Karl, "A Realistic Jurisprudence. The Next Step", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930.
- , "Some Realism about Realism", *Harvard Law Review*, núm. 44, 1931.
- ROMO MICHAUD, Javier, "Reflexiones en torno al concepto del derecho", *Fórum*, núm. 1, 1992.

Imer Benjamín FLORES MENDOZA