

¿CÓMO ESTUDIAR EL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA DINÁMICA?

Ana Laura MAGALONI KERPEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El paradigma jurídico formalista*. III. *El paradigma jurídico del pragmatismo-instrumental*. IV. *¿Cómo estudiar el derecho desde una perspectiva dinámica en un sistema de derecho codificado?* V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho puede estudiarse desde ángulos y puntos de partida de signo muy diverso, cada uno de los cuales se sustenta en un determinado marco de presupuestos o compromisos básicos que definen a la escuela de pensamiento o paradigma. Entre algunos de estos paradigmas existe muy poco acuerdo con respecto a la caracterización del objeto de estudio, los problemas que hay que resolver y la metodología que se debe utilizar para descifrar y comprender qué es el derecho. Tal es el caso del paradigma normativista *vs.* el paradigma del pragmatismo-instrumental. El primero continúa siendo la escuela dominante en algunos sistemas jurídicos que siguieron la trayectoria de la codificación, como es el caso del mexicano, y el segundo constituye el cimiento sobre el cual se estructura el pensamiento jurídico norteamericano.¹

¹ El término "pragmatismo-instrumental" lo hemos tomado de Summers, R., "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and its Use", *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, pp. 861 y ss. Con este término, el autor busca abarcar la teoría pragmática de Holmes, la jurisprudencia sociológica de Pound y las ideas del realismo jurídico de Llewellyn, Frank y Cook. Al analizar estas distintas escuelas bajo el término de "pragmatismo-instrumental" lo que se quiere resaltar es que, a pesar de las diferencias entre ellas, existe una propuesta común y original que es más importante que cualquiera que sean las desavenencias propias del ámbito académico.

El objeto de este ensayo es, en primer término, describir grosso modo las características del paradigma normativista, poniendo énfasis tanto en la caracterización del objeto de estudio como en los problemas que intenta resolver. En segundo término, se analizarán, también en términos generales, las críticas que formula la teoría del derecho pragmática-instrumental al paradigma formalista, así como las preguntas que se hacen los juristas que estudian el derecho desde una perspectiva dinámica, esto es, a partir de la interacción de las normas con la realidad social. Finalmente, se establecerán las directrices generales que permiten, en un sistema de derecho codificado, incorporar algunas de las preguntas relevantes (no todas) que se formulan los juristas pragmático-instrumentales y que, en mi opinión, no deben ser preguntas “exclusivas” de los sistemas jurídicos del *Common Law*. Dicho de otra forma, me parece que el estudio del derecho desde una perspectiva dinámica no depende de las características generales del sistema jurídico (codificado o de *Common Law*), sino de la “lente” a través de la cual el jurista observa y define su objeto de estudio.

II. EL PARADIGMA JURÍDICO FORMALISTA

Para el normativismo, el derecho es un sistema de normas que se encuentra previamente dado. Dicho sistema es autosuficiente para resolver cualquier caso concebible, ya que no presenta lagunas ni contradicciones ni ningún otro tipo de indeterminaciones. Estudiar derecho es examinar esas normas generales, y hacer dogmática jurídica es descifrar el significado de las normas en abstracto. La teoría de las fuentes proporciona un esquema para asignar a cada norma un lugar dentro del sistema y para tener la arquitectura global del edificio normativo. La realidad social está fuera de ese aparato racional. En principio, las normas son las que prefiguran la realidad deseable, y es esta última la que debe ajustarse a ellas. Además, las propias normas prevén las consecuencias que han de producirse cuando la realidad discrepe del mandato en ellas contenido. El jurista, desde esta perspectiva, es un estudioso de las normas, pues éstas, por sí solas, le permiten predecir la conducta jurídica de los agentes sociales y de los aplicadores del derecho.²

² Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., España, Ariel, 1993, pp. 6-35.

Esta forma de entender el derecho se desarrolló en la Europa continental durante el movimiento de codificación de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Como es sabido, la codificación fue un intento de racionalización del mundo jurídico. La certidumbre en el derecho y la seguridad jurídica que demandaban la naciente burguesía y la economía de mercado exigían un derecho claro, sencillo, fácilmente asequible y que todo mundo pudiera conocer. Los codificadores intentaron elaborar una totalidad articulada de normas escritas —códigos— que establecieran con claridad la frontera entre las conductas prohibidas y las permitidas, de tal modo que los agentes sociales pudieran organizar y planear con certeza su vida en sociedad.³

La codificación tuvo un impacto decisivo en la teoría jurídica de los países que siguieron esta trayectoria. Los teóricos del derecho, influenciados por la filosofía de la Ilustración, asumieron que su tarea era analizar el derecho positivo a través de la metodología propia del racionalismo moderno. Ello significó, según Nino, asumir que una estructura universal y permanente es común a todo derecho, y que un armazón de conceptos subyace en todo orden jurídico. La ciencia jurídica, desde la perspectiva racionalista, debe desentrañar ese esqueleto formal al que se adhieren los preceptos normativos (teoría de las fuentes), y a través de las distintas categorías y conceptos deducir las soluciones implícitas en las normas jurídicas.⁴

Una característica muy importante de esta ciencia normativa fue circunscribir el estudio del derecho a las normas y separarlas, en cuanto objeto de estudio, de su interrelación con la realidad que pretenden regular. Los teóricos del derecho analizaron el sistema normativo de forma abstracta y deductiva, utilizando los esquemas de la lógica formal, sin recurrir, para tal efecto, a investigaciones de corte empírico o a consideraciones axiológicas, sociológicas o económicas. Además, la “objetividad científica” requería elaborar una dogmática jurídica eminentemente descriptiva, quedando fuera del debate jurídico algunas de las preguntas más

³ Véanse, entre otros, Van Caenegem, R. C., *Judges, Legislator and Professors. Chapters in European Legal History*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1987, pp. 39 y ss., y Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 21-34.

⁴ Nino, C., *Algunos modelos metodológicos de la “ciencia” jurídica*, 2a. ed., Fontamara, 1995, pp. 14-16.

relevantes que entraña el estudio de las normas, tales como la eficacia de los preceptos jurídicos; el impacto que éstos tienen en la conducta de los individuos; los costos y los beneficios de las soluciones jurídicas propuestas, etcétera.

A lo largo de este siglo, los aspectos extremos de la teoría normativista se han ido atenuando; sin embargo, los presupuestos metodológicos del normativismo han dejado una huella indeleble en la dogmática jurídica contemporánea de los sistemas de derecho codificado.⁵ En el caso de México, ello parece ser especialmente cierto. El debate jurídico mexicano sigue respondiendo sustancialmente a la metodología del racionalismo moderno y a los presupuestos del paradigma normativista. Los estudios empíricos sobre el derecho en México son recientes y muy escasos, y además poco se discute de las interrelaciones que existen entre el derecho y las otras disciplinas sociales. Dicho en pocas palabras, seguimos siendo juristas normativistas.

III. EL PARADIGMA JURÍDICO DEL PRAGMATISMO- INSTRUMENTAL

En Estados Unidos, durante las primeras tres décadas del siglo XX, desde las facultades de derecho se produce una revolución jurídica en contra de la teoría

⁵ Al respecto, Nino, hablando precisamente de la huella indeleble que dejó el formalismo jurídico en la dogmática contemporánea, señala: "En las pocas ocasiones en que los juristas dogmáticos reflexionan acerca de la naturaleza de su actividad asumen que ella toma al derecho positivo como dogma, no siendo su misión, *qua* juristas dogmáticos, someterlo a evaluación crítica. Se persiste en la idea de que el derecho positivo es un sistema auto-suficiente para resolver cualquier caso concebible... Se cree de ese modo, que toda solución jurídica no sólo *debe* sino también *puede* fundarse en una norma del derecho positivo sin recurrir a consideraciones extra-jurídicas. Pero se supone al mismo tiempo que, si bien la ciencia jurídica es puramente cognoscitiva, ella no consiste en una mera investigación empírica acerca de los preceptos vigentes en cierto ámbito, sino en una tarea eminentemente racional y deductiva... Se continúa pensando que el análisis y la clasificación conceptual es la principal misión de la ciencia jurídica, lo que se complementa con una visión realista o esencialista de los conceptos jurídicos, según la cual su definición no responde a ciertas convenciones justificadas en razones de utilidad, sino que ellos reflejan estructuras inherentes a la realidad que se detectan a través de cierta intuición intelectual. Sobre todo, se sigue rechazando la legitimidad de recurrir, dentro del marco de la dogmática jurídica, a consideraciones axiológicas o sociológicas, no sólo para someter a evaluación crítica a la legislación positiva, sino para justificar interpretaciones de sus preceptos". *Ibidem*, pp. 16 y 17.

formalista, la cual había dominado el debate académico norteamericano durante la última mitad del siglo XIX. Dicha revolución antiformalista culmina con la primera teoría del derecho propiamente norteamericana: el “pragmatismo-instrumental”. A la cabeza de este movimiento estuvieron juristas de la talla de Holmes, Pound, Llewellyn, Cohen, Frank y Gray, entre otros. Aunque las ideas que defendieron estos juristas y la teoría que postularon, posteriormente, desde las universidades han sido criticadas y hasta rechazadas, el pragmatismo-instrumental dejó una huella indeleble en el pensamiento jurídico norteamericano. Como señalan Hayman y Levet, cada una de las teorías jurídicas norteamericanas contemporáneas —Law and Economics, Critical Legal Studies, Law and Science, Law and Society, Law and Literature, Feminist Legal Theory, etcétera— son formas de respuesta o descendientes naturales del pragmatismo-instrumental.⁶

La teoría pragmática-instrumental lo primero que cuestiona son los presupuestos y la metodología de la teoría formalista. Para los juristas pragmáticos, la teoría del derecho formalista y la práctica jurídica están divorciadas. Dicha teoría no explica ni describe lo que en realidad sucede en los procesos de aplicación de las normas. El derecho en los libros no es lo mismo que el derecho en acción.⁷ La razón básica de esta divergencia se encuentra en los presupuestos de la teoría formalista, concretamente en la pretensión de construir una ciencia jurídica con base en la metodología del racionalismo moderno. Los juristas pragmático-instrumentales, partiendo de las críticas de la filosofía pragmática al racionalismo, estiman que no existe ninguna “esencia”, “naturaleza” o “realidad inmanente” en el derecho, sino que

⁶ *Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives*, St. Paul (Minnesota), West Publishing Company, 1994, p. 21.

⁷ Pound fue el precursor de las expresiones “derecho en los libros” y “derecho en acción”. Su ensayo titulado, precisamente, “Law in Books and Law in Action” (*American Law Review*, vol. 44, 1910, pp. 12 y ss.) es frecuentemente citado por los juristas pragmático-instrumentales para hacer referencia a esta distancia entre la teoría jurídica y el derecho en la práctica judicial. Textualmente, Pound sostiene: “If we look closely, distinctions between law in the books and law in action, between the rules that purport to govern the relations of man and man and those that in fact govern them, will appear, and it will be found, that today also the distinction between legal theory and judicial administration is often a very real and a very deep one”. *Ibidem*, p. 15.

lo único que existe son sus manifestaciones y sus efectos. Si se quiere saber qué es el derecho, hay que observarlo en acción, hay que ver cómo se aplican las normas a casos concretos y analizar cuáles son las consecuencias de dicha aplicación en la conducta humana y en la sociedad en general. Desde esta perspectiva, lo relevante, por tanto, no es la validez abstracta de las normas ni su sistematización, sino lo que cuenta es su eficacia.⁸

El estudio sobre la eficacia del derecho, según los juristas pragmático-instrumentales, implica analizar la interrelación de las normas con la realidad que pretenden regular, y un “laboratorio” ideal para llevar a cabo dicho análisis es el estudio de la actividad jurisdiccional. Los juristas pragmáticos utilizan dicho laboratorio para construir una teoría sobre el derecho en acción.

Según los juristas pragmático-instrumentales, la actividad jurisdiccional no se desarrolla con base en los esquemas de la lógica formal, como sostenían los

⁸ Uno de los juristas pragmático-instrumentales que con mayor claridad expresó esta idea fue Cohen, en su famoso ensayo “The Problems of a Functional Jurisprudence”, *Modern Law Review*, vol. 1, 1937, pp. 5 y ss. De hecho, Summers considera que este ensayo, junto con el de Holmes —“The Path of Law”—, son los dos artículos que con mayor precisión explican las concepciones centrales de la teoría pragmático-instrumental. Véase Summer, R., *op. cit.*, p. 872, nota 32.

Textualmente, Cohen expresa en los siguientes términos los presupuestos pragmáticos de esta teoría del derecho, a la que él denomina como “funcionalismo”: “Functionalism, as a philosophy, may be defined as the view that a thing does not have a «nature» or «essence» or «reality» underlying its manifestations and effects and apart from its relations with other things; that the nature, essence, or reality of a thing *is* its manifestations, its effects, and its relations with other things; and that, apart from these, «it» is nothing, or at most a point in logical space, a possibility of something happening... Functionalism as a method may be summed up in the directive: If you want to understand something, observe it in action. Applied within the field of law itself, this approach leads to definition of legal concepts, rule, an institutions in terms of judicial decisions or other acts of state-force”. Véase Cohen, F., “The Problems...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

Para Llewellyn, el pragmatismo-instrumental básicamente lo que propone es un método para estudiar el derecho: “What realism was, and is, is a method, nothing more, and they only tent involved is that the method is a good one. «See it fresh», «See it as it works», that was to be the foundation of any solid work, to any end... Realism is not a philosophy, is a technology. That is why it is eternal. The fresh look is always the fresh hope. The fresh inquiry into results is always the needed check-up”. Véase Llewellyn, K., “The Common Law Tradition...”, p. 510.

formalistas. El abogado postulante y el juez no piensan en términos silogísticos, sino más bien el derecho, desde el punto de vista de los aplicadores del derecho, es una cuestión de conflictos de intereses, de principios jurídicos en contradicción, y no un sistema deductivo de demostraciones que llevan a una única solución correcta.⁹ Toda decisión judicial implica una elección entre principios jurídicos en conflicto. Como punto de partida, en toda controversia jurídica existen al menos dos soluciones posibles que son antagónicas: el derecho que argumenta la parte demandada es opuesto al que argumenta el demandante, y ambos se derivan del mismo sistema normativo. En otras palabras, en el ámbito de los conflictos jurídicos, la idea de sistema normativo coherente, completo y sin contradicciones es falsa. Es más, según los juristas pragmáticos, la sola existencia de un conflicto jurídico en donde se discuten cuestiones de derecho (no sólo de hecho) indica que el material normativo es incierto, indeterminado y contradictorio con relación al supuesto de hecho que la disputa plantea.¹⁰

⁹ Quizá quien con mayor claridad desarrolló esta idea fue Dewey: "No lawyer ever thought out the case of a client in terms of the syllogism. He begins with a conclusion which tends to reach, favorable to his client of course, and then analyzes the facts of the situation to find material out of which to construct a favorable statement of facts, to *form* a minor premise... And as he learns more of the facts of the case he may modify his selection of rules of law upon which he bases his case... The particular point which is being made here is that thinking actually sets out from a more or less confused situation, which is vague and ambiguous with respect to the conclusion it indicates, and that the formation of both major premise and minor proceed tentatively and correlatively in the course of analysis of this situation and of prior rules... In strict logic, the conclusion does not follow from premises; conclusions and premises are two ways of stating the same thing. Thinking may be defined either as a development of premises or development of a conclusion; as far as it is one operation it is the other". Véase Dewey, J., "Logical Method and Law", *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, p. 23.

¹⁰ "Legal principles have a habit of running in pairs, a plaintiff principle and a defendant principle. As in the domain of popular proverbs one appeals with equanimity to the caution, «Look before you leap» or to its opposite, «He who hesitates is lost», depending upon which course of action he refers, so in the law one generally has a choice between opposite «principles»... In the actual decision of cases the choice between conflicting principles is likely to depend on unstated considerations". Véase Cohen, F., "The Problems...", *op. cit.*, pp. 10 y 11.

Así, los jueces y los abogados postulantes frecuentemente se encuentran ante un sistema normativo que ofrece distintas alternativas de solución a los conflictos jurídicos. ¿Cómo explicar por qué el juez opta por una solución? Para los juristas pragmático-instrumentales, la elección del juez sólo se podía entender y justificar cabalmente a partir de los elementos extranormativos que rodeaban a la disputa. Son los factores sociales, económicos, políticos, éticos, los que explican la opción del juez por una de las múltiples soluciones que ofrece el sistema normativo. Según Holmes, detrás de la apariencia lógica de las decisiones judiciales se esconden verdaderos juicios de valor relativos a las ventajas sociales e importancia de cada uno de los principios o reglas jurídicas en conflicto. Estos juicios de valor constituyen el corazón de la actividad jurisdiccional.¹¹ Por ello, todo jurista debe descifrarlos y analizarlos.

Ello explica que para el estudioso del derecho, desde el punto de vista del pragmatismo-instrumental, la rígida separación entre derecho positivo y las normas morales, los juicios de valor sociales y la política pública no sea una pretensión razonable ni útil.¹² Los jueces, y demás actores dentro de un proceso, toman en cuenta tanto el derecho positivo como factores extranormativos para construir y dar una solución jurídica al problema planteado. Dicho de otra forma, la sentencia y la defensa jurídica de un caso siempre es una amalgama de elementos normativos y extranormativos.

¹¹ En palabras de Holmes: "Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding... We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the public mind". Véase Holmes, O., "The Path of Law", p. 466.

¹² Al respecto, Cohen sostiene: "Fifty years ago Langdell wrote: «Law is a science, and all the available materials of that science are contained in printed books». Today we are disposed to recognize that judges are human beings, and that not all the forces which motivate judicial behavior are words in printed books... The functional conception of legal science thus dictates a new version of the scope of legal education. The student of law must be familiar not only with statutes and cases but with the social realities on which the statutes and cases impinge, and with the social realities that, in turn, impinge on courts and legislatures as determinants in the development of the law". Véase Cohen, F., "The Problems...", *op. cit.*, pp. 12 y 13.

Con ello, el pragmatismo-instrumental rompe con la rígida separación, propia del paradigma normativista, entre las normas y las realidades sociales. Tal separación no permite analizar el modo en el que los jueces deciden y el impacto de dichas decisiones en la pacificación de conflictos, de ahí que todos los juristas pragmático-instrumentales enfáticamente sostuvieron que el estudio del derecho debía llevarse a cabo desde una perspectiva interdisciplinaria. Las herramientas de análisis de la sociología, la economía, la teoría política y la psicología eran indispensables para que el jurista pudiera entender la eficacia de las normas, su impacto en la conducta de los individuos y las ventajas sociales de las soluciones propuestas.¹³

¿Cómo encontrar la correcta armonización entre normas y realidades sociales? Los juristas pragmático-instrumentales sustituyen la idea de derecho como ciencia normativa por una concepción pragmática e instrumental. El derecho es ante todo un instrumento al servicio de la sociedad, un medio para alcanzar determinados fines y metas sustantivas. Desde esta perspectiva, la función principal del juez, o de cualquier abogado, es construir la solución jurídica que tenga mayores ventajas sociales no sólo hacia las partes y el pasado, sino sobre todo hacia el futuro y la sociedad. Para evaluar dichas ventajas sociales es preciso que jueces, abogados y académicos penetren en

¹³ Pound sostenía: "Let us look the facts of human conduct in the face. Let us look to economics and sociology and philosophy, and cease to assume that jurisprudence is self-sufficient". Véase Pound, R., "Law in Books...", *op. cit.*, pp. 35 y 36.

Holmes también destacó la importancia de la economía, la estadística y la teoría política como instrumentos básicos para que el jurista pudiera descifrar las fuerzas que movían al derecho: "For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics". Más adelante, Holmes sostiene: "I look forward to a time when the part played by history in the explanation of the dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made". Holmes, O., *op. cit.*, pp. 469 y 474.

las realidades sociales, en los valores en conflicto, y que hagan explícitas esas consideraciones extranormativas.¹⁴

Así, desde la óptica del pragmatismo-instrumental, la vocación primaria del derecho es su función pacificadora. La existencia de una serie de conflictos dentro de un grupo social determinado genera situaciones de tensión que trastornan y ponen en peligro el desarrollo armónico de la convivencia social y la seguridad y certeza en el derecho. El mayor reto para el juez, los abogados postulantes y los académicos es encontrar soluciones jurídicas a los problemas sociales, que puedan armonizar los valores en conflicto y restablecer de forma efectiva la paz social.¹⁵

¹⁴ Grey, refiriéndose a Holmes en concreto, considera que esta visión instrumental del derecho es tomada de la teoría utilitarista de Bentham, quien había defendido la idea de que el derecho era el uso colectivo de la fuerza como medio para alcanzar la felicidad humana. Véase Grey, T., "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review*, vol. 41, núm. 4, abril de 1989, pp. 793-797. Por su parte, Summers considera que la principal influencia de todos los juristas pragmático-instrumentales en relación con esta visión instrumental del derecho fue el filósofo pragmático William James, quien sostenía que los conflictos de intereses entre los individuos de una sociedad sólo podían resolverse con base en una premisa utilitaria: la mejor decisión será aquella que satisfaga la mayor cantidad de intereses individuales al menor costo. Según Summers, muchos juristas pragmático-instrumentales, como Holmes, Pound, Dewey, Gray, Cook y Oliphant, hablaron de "satisfacción de necesidades" y de "servir intereses" como las metas fundamentales del derecho. Véase Summers, R., *op. cit.*, pp. 875-879. El jurista pragmático-instrumental que le dio mayor atención al problema de los valores éticos en las decisiones judiciales como forma de determinar la utilidad de las reglas jurídicas fue Cohen; su libro *Ethical Systems and Legal Ideas* (Nueva York, Harcourt, Brace and Company, 1933) constituye un buen intento por construir una teoría de los valores morales de acuerdo con los presupuestos del pragmatismo-instrumental.

¹⁵ Pound sostenía que, precisamente, las ciencias sociales, como la economía, la sociología y la teoría política, podían servir para que los jueces valoraran el impacto real de sus decisiones y transformaran el derecho en concordancia con esas metas sustantivas. Según Pound, los jueces debían ser verdaderos "ingenieros sociales" y construir, en cada caso, la solución que mejor garantizara los intereses sociales al menor costo o sacrificio. Todo litigio era un conflicto de fuerzas sociales. El entender y equilibrar tales fuerzas requería de un profundo conocimiento por parte del juez, de la realidad social, política y económica de su tiempo. En último término, el orden jurídico sólo podían ser eficaz si lograba ajustarse a las aspiraciones sociales y restablecía la paz jurídica entre las fuerzas sociales en choque, de ahí que el conocimiento del contexto social de cualquier litigio fuera un asunto de extrema relevancia para la

De esta manera, el pragmatismo instrumental vuelve a incertar al estudio del derecho lo que el normativismo le extrajo. El contexto social, los valores en conflicto y las consecuencias de las decisiones judiciales forman parte intrínseca del derecho visto desde los procesos de aplicación; es decir, desde la dinámica entre las normas y las realidades sociales que pretenden regular e impactar. La pregunta clave para los sistemas de derecho codificado es si podemos o no observar el derecho desde la lente que propone el pragmatismo instrumental.

IV. ¿CÓMO ESTUDIAR EL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA DINÁMICA EN UN SISTEMA DE DERECHO CODIFICADO?

Uno de los argumentos más socorridos para hacer a un lado la construcción teórica de los sistemas jurídicos del *Common Law*, particularmente del norteamericano, es que, a fin de cuentas, en dichos sistemas no tuvo lugar el fenómeno de la codificación, pero, en cambio, sí existió y existe la fuerza vinculante de los precedentes judiciales y una judicatura con mucho más poder y facultades que la de los sistemas romanistas. Sin dejar de admitir que ello es verdad, me parece que los problemas y el método para estudiar el derecho desde una perspectiva dinámica son similares en cualquier sistema jurídico, aunque no necesariamente lo sean las respuestas.

A continuación expondré algunas premisas de las que el estudioso del derecho en un sistema de derecho codificado, como es el caso mexicano, tiene que partir para estudiar y explicar la dinámica del derecho en acción.

eficiente administración de justicia. Pound, R., "The Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, vol. 36, 1923, pp. 940 y ss.

En el mismo sentido, Cohen señala: "Every legal problem, viewed functionally, involves a conflict of interest. The stability of any solution will depend, at least in part, upon the correct appraisal of the desires that will be effectuated or frustrated by the solution. The problem of weighting incentives to obedience and disobedience leads finally to the problem of weighting social forces. What the law ought to accomplish in any given situation cannot be determined without determining what the law can accomplish. This latter question leads us inevitably to seek some measurement of the organized force that can be brought to bear on any legal issue". Cohen, F., "The Problems...", *op. cit.*, p. 21.

a) *El derecho en su aplicación implica estudiar los significados de las normas en función del contexto social en el que se aplican; por tanto, la rígida separación entre derecho positivo y realidades sociales tiende a desvanecerse.*

Supongamos que el estudioso del derecho sólo pudiera observar las normas en su aplicación (sentencias, contratos, actos jurídicos, etcétera); seguramente, desde esa perspectiva, constataría que las normas generales adquieren distintos contenidos dependiendo del contexto en el que se apliquen y que, además, a lo largo del tiempo surgen nuevos problemas que hacen que el material normativo vaya ajustando su contenido en función de los cambios del devenir social. En pocas palabras, visto el derecho solamente desde los actos de aplicación se convierte en un fenómeno dinámico: las normas adaptan y transforman su significado para resolver la gran variedad de problemas y conflictos jurídicos que ocurren a lo largo del tiempo.¹⁶

El paradigma normativista no fue diseñado y, por tanto, no permite describir y entender el movimiento que caracteriza al derecho en acción. Para el formalismo, el derecho se estudia desde una óptica estática; es un sistema normativo dado y el sentido de las normas no depende de los *inputs* de la realidad social, sino del uso de categorías y conceptos que permiten deducir los significados de las normas en abstracto. En este sentido, me parece que una de las aportaciones importantes de la teoría del derecho norteamericana, y que no es exclusiva para los sistemas de *Common Law*, es pensar que el estudio del derecho en su aplicación no puede prescindir del contexto social en el que se aplican las normas, pues es este contexto el

¹⁶ Un ejemplo de cómo en el devenir social surgen nuevos conflictos jurídicos que exigen cambios en la interpretación del material normativo lo encontramos en las normas del Código Civil relativas al tema de filiación. Por muchos años, los problemas de filiación tenían únicamente que ver con los padres, pues se asumía, por obvias razones, que la madre no era indeterminada para el derecho. Sin embargo, el avance científico trajo consigo la posibilidad de que una pareja alquilara un vientre de una mujer para procrear un hijo. ¿Quién es la madre de este hijo cuando el material genético proviene de una mujer y la matriz de otra? Este tipo de conflictos han surgido en México, como en otros países, antes de que el legislador reformara o adicionara las normas en la materia. Los jueces han tenido que resolverlos aplicando las normas jurídicas existentes y adaptando su contenido a los nuevos inesperados conflictos legales en materia de filiación, producto del avance de la ciencia y de la medicina en cuestiones de infertilidad.

que determina, en buena medida, el contenido de las soluciones jurídicas que abogados y jueces dan a los distintos problemas jurídicos que surgen en la sociedad.

Un ejemplo de esta interacción entre las normas jurídicas y el contexto en el que se aplican es lo que ha sucedido, en la última década, con el derecho constitucional mexicano. Mientras que en México operó un sistema político de partido hegemónico, la Constitución, a los ojos de los académicos, parecía un texto claro e incontrovertible. Estudiar derecho constitucional era, en buena medida, analizar los libros de dogmática que algunos prestigiados juristas escribieron en la década de los cincuenta y sesenta.¹⁷ Dichos textos tienen dos características distintivas: 1) el sentido de las normas constitucionales se elabora en abstracto, sin referencia a la jurisprudencia o a las decisiones de la Suprema Corte, y 2) no existe un análisis sobre “otros” posibles significados normativos; es decir, parece que el texto constitucional es claro, unívoco e incontrovertible.

Sin embargo, tan pronto cambia el contexto político y surge un verdadero pluralismo democrático en el país, esa univocidad y claridad del texto constitucional ha tendido a desaparecer. Los múltiples y complejos asuntos que han llegado a la Suprema Corte en las últimas décadas son testimonio de ello. Los conflictos entre poderes han puesto de relevancia que no era tan claro como creíamos el proceso de reforma constitucional (artículo 135 constitucional),¹⁸ el alcance del veto presidencial (artículo 72 constitucional),¹⁹ las facultades del Ejecutivo en materia energética,²⁰ la jurisdicción de la Corte para revisar las decisiones de la Cámara de Diputados en

¹⁷ Sin lugar a dudas, el libro clásico de dogmática constitucional por muchos años fue el de Tena Ramírez, F., *Derecho constitucional mexicano*, 22a. ed., México, Porrúa, 1989.

¹⁸ Controversia constitucional 82/2002. Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado de Oaxaca. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 683.

¹⁹ Controversia constitucional 109/2004. Veto presidencial, Decreto del Presupuesto de Egresos 2005.

²⁰ Controversia constitucional 22/2001. Congreso de la Unión. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 607.

relación con el juicio de procedencia (artículo 111 constitucional)²¹ o el estatus constitucional del jefe de Gobierno del Distrito Federal,²² por mencionar sólo los casos que se generaron inmediatamente después de la transición.

A fin de cuentas, en todos estos conflictos políticos la Corte tuvo que optar entre distintos significados constitucionales posibles. Muchas veces, inclusive, no lograron todos los ministros ponerse de acuerdo sobre un mismo sentido normativo. La enorme cantidad de votos concurrentes y disidentes son ejemplo de ello. Lo relevante, en todo caso, es que el significado de los preceptos constitucionales está en estrecha relación con el contexto político en el que opera la Constitución, y que cuando cambia dicho contexto, como sucedió en México en las últimas décadas, la norma constitucional modifica su sentido y significado. Pero, además, el sentido de los preceptos constitucionales que ha sido fijado por la Corte en este proceso de cambio político puede variar en el futuro. La Corte puede interpretar de otra manera la Constitución. ¿Cuáles son los motores que pueden llegar a activar el cambio de la interpretación constitucional? El pragmatismo instrumental señala que esos motores de cambio no están en las normas. Por ejemplo, la interpretación constitucional de la Corte puede ser modificada por los cambios futuros en su integración (nuevos ministros); por cambios relevantes en el contexto social o político; por nuevas demandas sociales y políticas en materia; por el impacto negativo o no deseado de resoluciones anteriores, entre otras.²³

El punto importante es que si queremos entender la dinámica del derecho en acción, entonces tenemos necesariamente que hacernos cargo de esas variables

²¹ Controversia constitucional 70/2004. Es notoriamente improcedente contra actos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión realizados dentro del procedimiento de declaración de procedencia (desafuero).

²² Tesis P. XXVIII/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 11.

²³ Para un espléndido análisis sobre las variables que pueden impactar el cambio en la jurisprudencia constitucional en el contexto de la Corte Suprema norteamericana, véase Sunstein, C., *One Case at a Time*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1999.

extranormativas que impactan en la interpretación que hagan los jueces del derecho; es decir, hay que analizar el contexto en el que está operando la interacción de las normas con la realidad social, y detectar aquellos factores que propician o activan cambios en la interpretación, significado y sentido de las normas. Ésta puede ser una agenda de investigación en cualquier sistema de derecho codificado; sin embargo, para desarrollar este tipo de agenda de investigación es necesario formular hipótesis sobre las variables extranormativas que impactan en la actuación de los jueces y verificarlas a través de métodos empíricos.

b) *El punto de partida del estudio del derecho son los problemas y no las normas.*

Una de las grandes diferencias entre el estudio del derecho desde una óptica dinámica y una óptica estática tiene que ver con el lugar que ocupan los problemas *vs.* las normas. Como ya señalé, en los países que siguieron la trayectoria de la codificación estudiar derecho significa analizar la arquitectura del sistema normativo y descifrar el contenido de las normas que lo integran en abstracto. Los problemas no tienen cabida dentro esta concepción. Ello explica que para la academia jurídica propia del normativismo sea materia de estudio cualquier texto legal, sin importar si es eficaz, relevante o simple letra muerta. También explica por qué las mallas curriculares o planes de estudio de la Licenciatura en Derecho se concentran en cursos de derecho sustantivo que aspiran a describir consistentemente, de manera dogmática y abstracta, las ramas más importantes del sistema normativo.²⁴

En cambio, desde la perspectiva del derecho en acción, el objeto de estudio es mucho más limitado, pues se acota al mundo de los conflictos jurídicos y no al sistema normativo en su conjunto. Desde esta óptica, se asume que mientras no exista una revolución, las normas serán observadas en un nivel relevante y aceptable, y que en la mayoría de los casos serán eficaces, sin la necesidad de que intervenga un abogado o un juez. No obstante, estos casos de aplicación rutinaria del derecho

²⁴ Para un análisis comparativo de los planes de estudio de las escuelas de derecho de elite en México, véase Magaloni, A., "Cuellos de botella y ventanas de oportunidad de la reforma a la educación jurídica de elite en México", en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de la ley*, México, UNAM, 2006, pp. 61 y ss.

tienen poco que ver con el ejercicio de la abogacía, y por tanto no deben constituir el objeto central de los trabajos académicos.

El abogado o el juez intervienen principalmente cuando hay necesidad de prevenir o pacificar un conflicto. En este mundo de conflictos potenciales o existentes, la parte medular del trabajo de un abogado o de un juez está en lo que Posner denomina “zonas de penumbra”; esto es, en áreas en donde el derecho no es claro, ni llano ni incontrovertible.²⁵ La academia jurídica, desde el punto de vista del derecho en acción, debe concentrar su atención en estas zonas de penumbra, pues es ahí en donde adquiere verdadera relevancia.

En México, el cambio de régimen político, aunado a los desafíos de una economía abierta, han traído consigo una infinidad de nuevos y complejos problemas jurídicos. Una academia jurídica que ayude a entender y proponer soluciones a estos problemas sería de suma utilidad. Para ello es indispensable que el punto de partida del estudioso del derecho sean los problemas y no las normas; sólo así los juristas podremos comenzar a detectar las zonas de penumbra, y con ello a discutir los múltiples problemas jurídicos que reclaman soluciones jurídicas urgentes.

c) En las zonas de penumbra jurídica, el sistema normativo es contradictorio y ofrece una multiplicidad de posibles soluciones; la interdisciplinariedad y los juicios de valor intrínsecos al proceso de elegir la mejor solución son ineludibles.

²⁵ Posner expresa esta idea en los siguientes términos: “Are wages income? Is marriage to one’s own sister valid? Is murder excused if the victims consents in advance? Is it illegal to drive sixty miles an hour in forty-mile zone? These and many other legal questions are answered deductively by the application of clear and uncontested rules to facts determined or conceded. The reason such questions do not figure largely in legal debate, an indeed lit almost beneath the professional horizon, is that they are too simple to be a likely subject to litigation or even to require legal consulting. This makes it easy in doing jurisprudence —too easy— to forget about such questions and suppose that all legal questions are indeterminate... Most laypeople demand of the law only that it tell them the rules they must live by, and they are therefore more likely than lawyers to think of law as determinate, constraining. A big part of legal training, especially at the elite law schools, is *exploration of the law’s indeterminacies*, as it creates an outlook remote from that of the average person and indeed from that of many lawyers”. Véase Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1990, pp. 42 y 43 (énfasis propio).

Cuando el material normativo no es claro ni incontrovertible, las normas sólo ofrecen distintas pautas para apoyar una u otra solución jurídica al problema que se tiene enfrente. El estudioso del derecho, por tanto, debe asumir que las soluciones no se deducen de un enunciado normativo a modo de silogismo, sino que se construyen y argumentan. También el estudioso de derecho debe tener en cuenta, como señalaron los juristas pragmático-instrumentales, que, por lo general, en estos casos existen varias posibles soluciones jurídicas a un mismo problema y que, por tanto, la mejor de ellas será la que tenga mayores ventajas sociales; es decir, la más justa, la menos costosa, la que más posibilidades tiene de reestablecer la paz social o de prevenir a futuro conflictos similares.

Este presupuesto rompe con algunos de los postulados más importantes del paradigma normativista. En primer término, la búsqueda de soluciones aceptables y eficaces para prevenir o resolver conflictos requiere de una evaluación tanto de la dimensión del problema como del impacto y los costos de cada una de las posibles alternativas de solución jurídica. Para elaborar dicha evaluación, el estudioso del derecho requiere de herramientas de análisis propias de la economía, de la ciencia política, de la sociología, entre otras. En este sentido, el estudio del derecho en forma dinámica rompe con la pretensión del formalismo jurídico de separar al derecho de las otras disciplinas sociales.

En segundo término, analizar al derecho desde las zonas de penumbra nos obliga a hacernos cargo de los juicios de valor y de los conflictos axiológicos que subyacen en el ejercicio de la profesión y en la actividad jurisdiccional. La rígida separación que el formalismo jurídico propone entre las normas jurídicas y los juicios de valor sociales, éticos o políticos se rompe.

Está claro que analizar el derecho desde esta óptica interdisciplinaria y axiológica es una cuestión poco aceptada en nuestra cultura legal. Contar con jueces que, además de dictar sentencias jurídicamente sólidas, se encarguen de construir soluciones razonables, justas y socialmente útiles parece que atenta contra los presupuestos del normativismo y contra la cultura judicial mexicana. Los jueces, en la

visión más dura del paradigma normativista, son “meros aplicadores de la ley”; la justicia es un asunto exclusivo del legislador.²⁶

Por tal motivo, creo que el estudio del derecho desde una perspectiva dinámica puede ayudar a que la academia jurídica se haga cargo de la discusión axiológica que lleva aparejada la construcción de soluciones jurídicas. Con ello, es posible que a mediano plazo los jueces mexicanos tengan pautas de análisis y propuestas para mejorar la calidad argumentativa de sus sentencias.

V. CONCLUSIONES

El estudio del derecho desde una perspectiva dinámica tiene como telón de fondo una visión instrumental del derecho; es decir, significa abandonar la idea de que el derecho es una ciencia, para aceptar que es ante todo un instrumento al servicio de la sociedad. Visto el derecho desde esta perspectiva, el debate académico se mueve hacia terrenos desconocidos por el paradigma normativista. Se trata, finalmente, de estudiar la interacción de las normas con la realidad social, de tal modo que se pueda comprender los motores que activan el cambio en el derecho en acción, así como los valores que se esconden detrás de la apariencia lógica de las sentencias o los actos de aplicación de las normas.

Está claro que para llevar a cabo este tipo de estudios jurídicos es necesario abandonar la “lente” que proporciona el paradigma normativista. Sin embargo, ello no significa que el estudio del derecho desde una óptica dinámica sea propio o exclusivo de los sistemas de *Common Law*. En cualquier sistema jurídico, el derecho en su aplicación es un fenómeno dinámico, en donde las normas van transformando sus contenidos en función de las nuevas demandas y necesidades sociales. Aprender a ver el derecho mexicano desde esta perspectiva puede ayudar a iluminar muchos de los problemas que hoy existen con relación al Estado de derecho y, en concreto, puede contribuir a la construcción de un basamento teórico más sólido para elevar la calidad argumentativa de las decisiones judiciales.

²⁶ Para un análisis cualitativo de la calidad de la argumentación jurídica de los jueces penales, véase Pásara, L., *¿Cómo sentencian los jueces en el DF en materia penal?*, documento de trabajo, núm. 6, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), División de Estudios Jurídicos, 2004.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- COHEN, F., "The Problems of a Functional Jurisprudence", *Modern Law Review*, vol. 1, 1937.
- , *Ethical Systems and Legal Ideas*, Nueva York, Harcourt, Brace and Company, 1933.
- DEWEY, J., "Logical Method and Law", *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., España, Ariel, 1993.
- GREY, T., "Holmes and Legal Pragmatism", *Stanford Law Review*, vol. 41, núm. 4, abril de 1989.
- HAYMAN JR., Robert L. y LEVIT, N., *Jurisprudence: Contemporary Readings, Problems and Narratives*, St. Paul (Minnesota), West Publishing Company, 1994.
- HOLMES, O., "The Path of Law".
- LLEWELLYN, K., "The Common Law Tradition...".
- MAGALONI, A., "Cuellos de botella y ventanas de oportunidad de la reforma a la educación jurídica de elite en México", en FIX-FIERRO, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de la ley*, México, UNAM, 2006.
- NINO, C., *Algunos modelos metodológicos de la "ciencia" jurídica*, 2a. ed., Fontamara, 1995.
- PÁSARA, L., *¿Cómo sentencian los jueces en el DF en materia penal?*, documento de trabajo, núm. 6, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), División de Estudios Jurídicos, 2004.
- POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1990.
- POUND, R., "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, vol. 44, 1910.
- , "The Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, vol. 36, 1923.

SUMMERS, R., "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and its Use", *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981.

SUNSTAIN, C., *One Case at a Time*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1999.

TENA RAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, 22a. ed., México, Porrúa, 1989.

VAN CAENEGEM, R. C., *Judges, Legislator and Professors. Chapters in European Legal History*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1987.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.