

NOMBRE DE LA ASIGNATURA O UNIDAD DE APRENDIZAJE

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

CICLO

CLAVE DE LA

ASIGNATURA

MÓDULO PRIMERO (BÁSICO)

LD 101

1. TEORÍA DEL DERECHO.

1.1. Noción de teoría.

La noción de teoría puede darse desde distintos ámbitos de acción y de visión, así por ejemplo, en el campo del método científico, por la teoría se entiende:

“En sentido amplio una teoría científica sirva para vincular observaciones (...) es el sistema de afirmación de fenómenos (...) se refiere a una serie de “proposiciones” o “aseveraciones”, lógicamente interrelacionadas que empíricamente tienen sentido”¹

La teoría implica la existencia de:

- a) La teoría es un sistema de conceptos, categorías y leyes (saber generalizado).
- b) Es el reflejo objetivo de la realidad.
- c) Se encuentra indisolublemente ligado a la práctica.
- d) Son estructuras completas: cálculos formales, interpretación sustancial.
- e) Está condicionada social e históricamente.
- f) Pueden servir de guía para la transformación revolucionaria de la realidad, contribuyen a transformar la naturaleza y la vida social.

La teoría en términos generales sería una doctrina de validez general en el campo o ciencia sobre la que se desarrolla. Esta idea, los contenidos de lo incisos anteriores y el marco conceptual referido, son aplicables al derecho, naciendo así la llamada Teoría del derecho, la que ha tenido diferentes manifestaciones y modalidades de materialización.

Una manera de conocer lo que es la teoría, sería comparándola con la técnica y la práctica. Así, *la técnica* se caracteriza por limitarse a un fin concreto, se detiene en

¹ PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis; Metodología del Derecho; Porrúa; 2º edición; México; 1997; p 84.

un punto de vista determinado tomándolo provisionalmente como la última meta. *La teoría* va dirigida a la totalidad de la vida espiritual, persigue el acomodamiento armónico de todo acontecimiento determinado en la unidad de la conciencia. *La práctica* es la aplicación de una doctrina a un caso individual. Le es indiferente que sea una cuestión teórica o técnica. Se trata simplemente de subsumir a la regla pertinente una cuestión concreta planteada en la experiencia.

Las doctrinas que pretenden una validez general se clasifican en:

a) Las que persiguen una verdad absoluta.

En este caso se trata de teorías que tienen espacio en el campo de la filosofía o en de la teología.

b) Las que persiguen una verdad objetiva.

Estas tratan la materia de nuestra percepción según normas generales; elaboran impresiones y aspiraciones por un método fundamental y fijo. Pueden ser mejoradas mediante nuevas observaciones o por un examen más preciso de su contenido. Para ellas rige el progreso de la ciencia.²

Ahora bien, la Teoría llevada al derecho ha originado un conjunto de variantes que están vinculadas directamente con el ángulo desde el que se visualice al derecho. Así, si éste se contempla desde la Filosofía del Derecho, se estará hablando de una Teoría Filosófica del Derecho; si se visualiza al Derecho como ciencia, se estará en presencia de la Teoría General del Derecho.

Otra forma de clasificar las Teoría del Derecho es de acuerdo a su naturaleza, así habrá Teorías del Derecho descriptivas; analíticas o prescriptivas. En el último punto de esta unidad de explicarán al detalle cada una de estas variantes.

Antes de entrar a comentar cada variante, hay que hacer notar que la separación entre el análisis teórico del derecho y el práctico, se considera que tendría que matizarse, ya que un estudio práctico del derecho tiene que ser presentado en un discurso, y eso lo convierte en una teoría (en el sentido de que propone una explicación sistematizada de un fenómeno). La separación responde a criterios ideológicos basados en la negación explicativa del derecho como fenómeno social: en cuanto a su producción y aplicación.

² SILVA CUEVA, José Luis; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyAFZuFyp> Fecha de la consulta: 28 de febrero de 2009.

A este respecto, debe de tenerse presente en la Teoría del Derecho, que hay distintos tipos de conocimiento jurídico, entre ellos los siguientes:

“El conocimiento jurídico de *implicación vivencial ordinaria*: aquel que tiene la población en general.

El conocimiento jurídico de *implicación operativa o práctica*: el que poseen los profesionales encargados de la aplicación del derecho.

El conocimiento jurídico *teórico*: el que producen y reproducen los doctrinarios del derecho.”³

Dentro de la Filosofía del Derecho habrá a su vez varias clases de teorías que representan a diversas escuelas del Derecho⁴, entre ellas las siguientes:

- a) Iusnaturalismo.
- b) Iuspositivismo.
- c) Realismo jurídico.

La teoría del derecho vista como un explicación del derecho intermedia entre la filosofía del derecho y la ciencia del derecho (dogmática jurídica),

“(…) se plantea como examen o análisis de los caracteres estructurales del derecho, asumido o entendido como sistema de normas estructuradas con arreglo a ciertas relaciones formales. El auge de la teoría general del derecho va unido a la preponderancia de un modo determinado de concebir lo jurídico, como sistema de normas positivas, y se impone como temática iusfilosófica con el triunfo del modo positivista de ver el derecho. Se acepta que éste es exclusiva o prioritariamente un sistema o conjunto estructurado de normas positivas. Esas normas se expresan en un lenguaje, tienen una naturaleza esencialmente lingüística y aparecen ordenadas sistemáticamente con arreglo a ciertos principios formales. La teoría general del derecho se plantea como disciplina o rama que trata de poner de manifiesto los

³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio; Sobre los modos de conocer el derecho o de cómo construir el objeto jurídico; Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado; No. 80; Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/80/rdr/rdr38.htm> Fecha de la consulta: 29 de febrero de 2009.

⁴ Conformada por doctrinarios que sostienen un punto de vista particular o doctrina. Se entiende por ésta última, “(…) Conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=doctrina Fecha de la consulta: 29 de Febrero de 2009.

caracteres básicos que conforman las normas jurídicas y los conceptos utilizados en el derecho y en la ciencia jurídica, y como análisis también de las interrelaciones lógicas que presiden la incardinación de las normas en el sistema, así como de las notas especificadoras de los sistemas jurídicos.”⁵

La Teoría del Derecho o Teoría general del Derecho es parte de la ciencia jurídica que estudia los elementos del Derecho -ordenamiento jurídico- existente en toda organización social y los fundamentos científicos que han hecho posible su evolución.

Desde la teoría general del derecho, la posición del sujeto no importa en tanto sujeto cognoscente del derecho, que es un tema propio de la epistemología, se atiende ante todo a las posiciones subjetivas calificadas o clasificadas desde las normas y el sistema normativo.

Lo que cuenta aquí como problema a investigar es el sujeto tal como se ve desde el propio sistema normativo; interesan las distintas posiciones o estatutos que resultan de la relación entre las normas y sus destinatarios, así como el papel que el propio sistema otorga a las acciones de los sujetos como elementos movilizados de su propia dinámica. El sujeto interesa como titular de derechos, obligaciones, potestades, autorizaciones, inmunidades etc., pues comprender la interrelación entre esas distintas posiciones y de todas ellas con el sistema normativo, significa calar en la mecánica interna del funcionamiento de dicho sistema.”⁶

1.2. Misión epistemológica práctica de la teoría jurídica.

⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio; Filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del derecho” como sucedáneo; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.geocities.com/jagamado/personay.html> Fecha de la consulta: 28 de febrero de 2009. El objeto de análisis de la teoría general del derecho está constituido, como decimos, por las normas positivas, los conceptos jurídicos y los sistemas jurídico-normativos.

⁶ Ídem.

La epistemología jurídica o teoría del conocimiento jurídico se enfoca fundamentalmente al sujeto y a sus juicios. Después de que la preocupación ontológica predominó en la etapa anterior al racionalismo, siguió un nuevo periodo, en donde partiendo de éste último momento (en particular a partir de E. Kant), se sustituye la preocupación central o problema central de la reflexión iusfilosófica, al dejar de importar *qué es el derecho en sí mismo*, y ser sustituido por el problema de *cómo puede conocerse racionalmente al derecho*.

Esto es, con surgimiento del racionalismo y el nacimiento de la ciencia moderna, lo que llamará la atención es saber si es posible un conocimiento científico del derecho o un conocimiento jurídico parangonable en su certeza al de la ciencia empírica.

La epistemología jurídica se desarrolla así como interrogante relativo a cómo cabe el conocimiento verdadero del derecho, o a cuál sea el estatuto del conocimiento jurídico. Un lugar preferente de estudio lo ocupará el tema de si es viable una ciencia del derecho.

La epistemología jurídica se pregunta ¿cómo es posible un conocimiento jurídico racional? y trata de clasificar los conocimientos jurídicos según su grado posible de racionalidad o verdad. Naturalmente ese conocimiento versará sobre una materia previamente asumida o aceptada como específicamente jurídica, con lo que la conexión con la problemática ontológica es inevitable.

De todos modos, el giro epistemológico de la filosofía posterior a Kant, ha consistido en poner entre paréntesis el tema del *ser* y subordinarlo al tema del *conocer*. La distinción kantiana entre fenómeno y noúmeno será crucial. No importará tanto el ser en sí, la auténtica realidad por sí misma subsistente, sino el ser que puede ser conocido.

Los límites del conocimiento posible marcan también los límites del filosofar con sentido. Si vemos la realidad a través de las categorías de nuestro entendimiento, importa saber ¿cómo es posible ese conocimiento? y ¿cuáles son sus grados de certeza?, de modo que todo lo que rebasa el conocer posible, se abandona como especulación irrelevante.

La filosofía ya no será tanto teoría del ser, como teoría del conocimiento. La filosofía jurídica comenzará una evolución que la llevará a preguntarse, ¿cómo es posible el conocimiento del derecho, por analogía o comparación con el conocimiento de la ciencia natural?.

Al hablar del conocimiento jurídico las posturas se dividen entre los dos polos siguientes:

- a) El conocimiento del derecho como conocimiento de una realidad dada o en sí, o
- b) El conocimiento del derecho como constitutivo de su propio objeto.

La primera postura está representada por la fenomenología jurídica; la segunda se aprecia en ciertas posturas neokantianas y en varios textos del Kelsen de la primera época. Curiosamente, la evolución de la fenomenología seguida de la mano de sociólogos como Alfred Schütz, llevará a postular que fenómenos como el derecho responden a una construcción social de la realidad.

Nociones como la de norma, sistema jurídico o los conceptos jurídicos, aparecerán respectivamente según esas posturas epistemológicas:

- a) Como realidades ideales que tiene que alcanzar un conocimiento de esencias que sepa desprenderse de lo histórico o contingente; o
- b) Como categorías formales insertas en el pensamiento, en cuanto categorías apriorísticas del conocer o condiciones que hacen posible el pensamiento sobre el derecho; o
- c) Como construcciones sociales o partes de un imaginario social sin las que el derecho no puede ya no sólo pensarse, sino simplemente vivirse y operar.⁷

1.3. Diversas teorías acerca del derecho.

⁷GARCÍA AMADO, Juan Antonio; Filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “Teoría del derecho” como sucedáneo; ob. cit.

Como se comentó en el punto primero de esta unidad, las Teorías del Derecho pueden ser clasificadas de conformidad con varios criterios y punto de vista. En este punto se toma como base de clasificación⁸, la naturaleza de la Teoría Jurídica. De acuerdo a esto, las referidas teorías son:

a) Teorías Jurídicas descriptivas.

Como su nombre lo indican, son aquellas que pretenden determinar cuál es el caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas y concepciones. Dicho de otra manera, usualmente los teóricos se refieren a estas teorías, como las que se proponen describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación actual, u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas.

Muchos tipos de teorías sobre el derecho, que no son Teorías Jurídicas, son claramente descriptivas: Teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas sobre el modo en que la gente se comporta en situaciones jurídicas o en respuesta a la regulación jurídica; y reseñas históricas acerca de por qué sistemas jurídicos particulares se desarrollaron en la manera en que lo hicieron.

b) Teorías Jurídicas analíticas o conceptuales.

Son las que hacen proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución. Muchas teorías jurídicas pretenden ofrecer afirmaciones verdaderas sobre el derecho en general. Estas teorías son aserciones analíticas o conceptuales sobre el derecho, en oposición a aquellas que hacen aserciones que se aplican únicamente a un sistema jurídico particular (en un momento particular del tiempo). Muchos teóricos del derecho no creen que sea posible ofrecer teorías de este tipo, o por lo menos, con este nivel de generalidad.

⁸ Este tema fue tomado en su mayor parte de: BIX, Brain; La teoría del Derecho. Tipos y propósitos; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01159418108928490780035/028053.pdf?incr=1>
Fecha de la consulta: 28 de febrero de 2009.

Una Teoría del Derecho es frecuentemente catalogada como “analítica” o “conceptual”. Tales teorías generalmente pretenden ser descriptivas, en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son, antes que criticar o prescribir. De todos modos tales teorías no son generalmente “meramente descriptivas”, en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones.

El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es “esencial” a cierto concepto o práctica, características necesarias para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión.

Mientras que tales afirmaciones sobre naturaleza o esencia fueron tradicionalmente asociadas a la metafísica platónica, existen versiones modernas metafísicamente menos ambiciosas de tales afirmaciones.⁹

Este tipo de teorías han sido objeto de críticas, entre ellas por ejemplo la de Brian Leiter, para quien no hay verdades conceptuales a descubrir, y que los teóricos del derecho (o del razonamiento judicial u otros fenómenos legales) deben confinarse a investigaciones empíricas de las prácticas reales.

Un grupo de teorías que están entre las comprendidas en el “a)” y el “b)”, son teorías eclécticas, entre ellas se ubican las siguientes:

I. *Teorías semánticas*. Dworkin caracterizó célebremente la teoría del positivismo de H. L. Hart como mejor comprensible en el sentido de una teoría semántica, o sea una definición de la palabra derecho. Esto fue rechazado por el propio Hart. Como mínimo es deseable hacer mención, que ningún teórico, al postular una teoría del derecho, ha caracterizado dicha teoría como (“meramente”) una definición de la palabra derecho.

II. *Variaciones en teoría descriptiva*. Aún las mismas teorías descriptivas parecen muchas veces desviarse de la pura descripción. La construcción de una teoría sobre una institución social o práctica necesita alguna selección o simplificación:

⁹ Por ejemplo; J. Raz defiende una comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual, y al hacerlo, argumenta que tales teorías intentan explicar nuestro concepto de derecho, no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho.

* Para prevenir que la teoría devenga en simplemente una reformulación caótica de una realidad compleja.

*Para permitir a la teoría extraer alguna intuición básica sobre la institución o práctica.

* Para permitir a la teoría enfocarse en la más acabada o mayor instanciación de la institución o práctica, más que en lo que aparece como común a todas las instanciaciones.

III. *Reconstrucción racional*. Dentro de la teoría jurídica de muchos países es usual que el comentarista intente reformular una decisión de los tribunales, o todo un área del derecho, de un modo mayormente consistente con el resultado, reformulando la justificación ofrecida para hacerla persuasiva.

IV. *Enfoque interpretativo de Dworkin*. Esta fundada esta teoría en la interpretación constructiva de las acciones oficiales¹⁰. Son las que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas. Dworkin entiende por derecho, al hecho de que los jueces decidiesen los casos a partir

de una teoría de las decisiones anteriores de los funcionarios (la legislación, la constitución y las decisiones judiciales), relacionadas con la disputa que se ajustase adecuadamente a aquellas decisiones del pasado y presentase a esa área del derecho lo mejor que sea posible moral o políticamente.

c) Teorías Jurídicas normativas o críticas.

La Teoría Jurídica Crítica es un movimiento en el pensamiento jurídico que aplica métodos propios de la Teoría Crítica (La Escuela de Frankfurt) al Derecho. En términos generales, este pensamiento postula nociones tales como:

El Derecho, es simplemente política. El lenguaje jurídico es un discurso que no resulta ser auténtico ya que oculta su verdadera finalidad, que no es otra sino la perpetuación de las jerarquías: hombres sobre mujeres, ricos sobre pobres, mayorías sobre minorías, poderosos sobre débiles.

¹⁰ Se entiende por interpretación constructiva, al principio que Dworkin había aplicado no sólo para resolver disputas jurídicas, sino también, para construir teorías sobre la naturaleza del derecho). Véase; BIX, Brain; ob. cit.; p. 63.

La perspectiva de esa teoría va ir aparejada del destino que tenga el Derecho Positivista, y por ende, la Dogmática Jurídica o Ciencia del Derecho. La crítica y el criticismo emergieron como empresas intelectuales de importancia en Europa en el siglo diecisiete, enfocadas al escrutinio filológico de textos antiguos, incluidos textos sagrados. En el siglo siguiente, el rango se amplió a la crítica de la política, la religión y la razón.

La tarea de la teoría crítica es contribuir a la ‘transformación del todo social’, que sólo ocurre mediante conflictos sociales cada vez más agudos. La teoría, por lo tanto, no ofrece alivio de corto plazo, ni aún mejoramientos materiales graduales ningunos. Sin embargo, la teoría crítica es teoría, caracterizada por conceptualización formal, lógica deductiva, y referencia experimental.¹¹

1.4. Perspectivas de las teorías del derecho.

Si se toma a la teoría del derecho como

“(...) postulado primero de todo estudio que se pretenda científico respecto de un sistema jurídico concreto.”¹²

La adición que se hace a la Teoría del Derecho del vocablo “general”, suele tener como significado, lo común. Haciendo uso del término “general” en cuanto adjudicar algo, el vocablo hace alusión al conjunto de las ramas del derecho.

La Teoría General del Derecho es indispensable para el Derecho Positivo, ya que:

- a) Tiene a su cargo resolver la inmensa cantidad de problemas que genera la complejidad de aquel.

¹¹ THERBORN, Góran; Dialécticas de la modernidad: Acerca de la teoría crítica y el legado del Marxismo del siglo XX; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: http://cep.cl/XXI/XXI_6/Dialectica_Modernidad.html Fecha de consulta: 29 de Febrero de 2009.

¹² LUCAS, Javier de; Teoría del Derecho y Sociología del Derecho. El dictionnaire D'Eguilles; Doxa No. 5; 1988; p. 326; [en línea]; Disponible en la World Wide Web en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15306&portal=4>

- b) El mejoramiento general del estudio analítico – sintético de los casos, según todas las perspectivas de jurista, la sociológica, normológica y axiológica, que según la teoría trialista son comunes al mundo jurídico.
- c) La comparación de las distintas respuestas y ramas jurídicas. Así como el Derecho Comparado relaciona en el espacio, y la historia del Derecho lo hace en el tiempo, la Teoría General del Derecho lo hace en la materia.
- d) La contribución a la comprensión de las relaciones “triales” entre las ramas del derecho, que pueden resultar de coexistencia, dominación, aislamiento, integración y desintegración, evidenciadas en las posibilidades de la calificación, la fijación de los alcances de los antecedentes normativos, la viabilidad del fraude, la posibilidad de derivar de una rama a otra y la fuerza de rechazo de las soluciones de una rama por otra.
- e) El aporte de las posibilidades de elaboración de la estrategia y la táctica jurídicas, dando sentido más dinámico al complejo de las ramas, cuyo desarrollo depende, por ejemplo: de que se opte por causas más innovadores o conservadores; se prefiera actuar sobre las ramas más vinculadas a la economía o a la idealidad.