3

CAPÍTULO TERCERO

LA NORMA FUNDANTE BÁSICA

SUMARIO: 1 IUSNATURALISMO Y SOCIOLOGISMO ANTE EL PROBLEMA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. 2. GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN. 3. K. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN. 4. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS ANTERIORES PUNTOS DE VISTA Y DOS TESIS SOBRE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA.

1. IUSNATURALISMO Y SOCIOLOGISMO ANTE EL PROBLEMA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. La pregunta de cómo en la *Teoría pura del derecho* se da la mediación entre facticidad y validez carece de sentido para las posturas causales y teleológicas del conocimiento jurídico, pues como se ha dicho, el principal reproche que se hace al jurista vienés, desde el iusnaturalismo, sociologismo jurídico y el marxismo, es que su doctrina evade todo contacto con la realidad y el problema de la validez.

Así, por ejemplo, dice E. B. Pashukanis, refiriéndose a Kelsen: "Los neokantianos siempre pueden asegurarnos que según ellos *la idea de derecho* no procede de la experiencia genéticamente, es decir cronológicamente; sin embargo, debemos advertir, que la supuesta filosofía crítica nos remite en este punto, como en muchos otros, a la escolástica medieval"[1], y más adelante, aludiendo a la *Teoría pura* añade: "Tal teoría general del derecho que no explica nada, que *a priori* vuelve la espalda a las realidades de hecho, es decir, a la vida social, y que se dedica a las normas sin ocuparse de su origen (¡lo cual es una cuestión metajurídica!), O de sus relaciones con cualesquiera

[1] E. B. Pashukanis, p. 25.

intereses materiales, no puede pretender el título de teoría sino únicamente en el sentido en que se suele hablar por ejemplo de una teoría del juego de ajedrez"[2]. Obsérvese que está postura coincide con el sociologismo de E. Ehrlich, para quien el auténtico derecho es el que se vive en la calle y la auténtica ciencia jurídica debe ocuparse de los hechos. Interpretarlos. No darles la espalda.

Lo que está detrás de estos reproches, semejantes a los del iusnaturalismo que más adelante se expondrán y analizarán, es 1°.) la manera como en el constructivismo normativista kelseniano se resuelve el problema de la validez y 2°.) la forma como se establece la mediación entre la validez y facticidad, lo primero sustituyendo los juicios de valor en que se fundan las posturas causalistas y teleológicas por la norma fundante básica (Grundnorm), y lo segundo a través de su *Teoría sobre la interpretación de la ley*, la cual es parte de su Teoría General del Derecho y se inscribe dentro de la política jurídica que más adelante se expondrá con detalle.

En cuanto al problema de la validez, obviamente los críticos de Kelsen no se refieren sólo al problema de la validez jurídica, en donde para tratarlo de una o de otra manera tienen que recurrir al propio Kelsen y a su discípulo Adolf Merkl, sino también al problema de la validez metajurídica, el cual, para el profesor austriaco no es un problema que se debe plantear a la ciencia jurídica, sino de la política jurídica; o bien de la filosofía política. Ahora bien, antes de elaborar parte de la argumentación para probar la hipótesis 5 que es central de esta tesis, se abordarán los principales puntos del debate sobre la Grundnorm entre Kelsen y sus principales críticos antes referidos, lo que esencialmente tiene que ver con el problema de la validez metajurídica y de la relación entre validez y facticidad.

---

[2] Ob. cit. p. 29.

En la raíz del planteamiento de este problema no hay diferencias de fondo entre quienes sostienen posturas justificacionistas[3], racionalistas (iusnaturalistas) y empiristas (sociologistas) clásicos. Todas ellas coinciden en que la *Teoría pura del derecho* resuelve sólo el problema de la validez jurídica (o jurídico-técnica); pero no el problema de la validez metajurídica, problema que para la mayoría de los juristas corresponde analizar en el campo de la filosofía del derecho. "Es innegable —dice Gustav Radbruch— que la validez del Derecho no puede basarse ni en las normas del derecho positivo ni en hechos como los del poder o el reconocimiento, sino solamente en un deber superior o supremo, en un valor suprapositivo"[4].

La diferencia entre iusnaturalistas y sociologistas es sólo con respecto a la naturaleza específica del valor suprajurídico exigible para considerar un hecho como derecho, sin el cual el derecho es algo vacuo. En el caso de las distintas corrientes del iusnaturalismo la búsqueda de este valor conduce a la naturaleza humana —aunque a decir verdad, no ha habido acuerdo sobre qué debe entenderse por naturaleza humana— y en última instancia a Dios, y en el caso de las tendencias del sociologismo jurídico este valor se deriva de la fuerza normativa de los hechos. En ambas posturas, sin ese valor exigible al contenido de la norma jurídica, no es posible que se produzca mediación alguna entre validez y facticidad.

Es esta la razón por la cual aquí se considera que para el propósito de revisar los puntos centrales de este debate, sea suficiente con analizar las posturas de dos autores inscritos dentro del iusnaturalismo. La primera es la

---

[3] En filosofía de la ciencia, el término "justificacionismo" hace referencia a las posturas que sostienen que por conocimiento científico debe entenderse conocimiento demostrado, ya sea por la evidencia de la razón o la de la experiencia.

[4] Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* [Tr. Wenceslao Roces], Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 51.

del jurista mexicano Eduardo García Máynez, y la segunda la del jurista alemán K. J. Friedrich.

2. GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN. No sin dejar de reconocer la importancia de la *Teoría pura del derecho*, con la cual dice Eduardo García Máynez, se puede o no coincidir pero no dejarla pasar por alto, pues ella obliga a asumir una postura ya sea para desarrollarla o para refutarla[5], este autor reprocha a Kelsen la supresión del problema de la validez del derecho de la *Teoría pura*, problema que para él constituye el problema fundamental de la filosofía del derecho —lo que incuestionablemente es cierto y Kelsen nunca niega—, y pretender resolver el problema de la validez en los términos que lo hace Kelsen, cuestiona García Máynez, "...gracias a la suposición de una norma hipotética es, en último término, realizar la apoteosis del derecho vigente, y equivale a colocar una aureola sobre la cabeza del legislador"[6]. Tal es el punto de vista que sostiene quien merecidamente fue profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). No hay duda de que esta expresión forma parte de una bella pieza de retórica, pero véase detenidamente que tanto de consistencia y de verdad hay en ella.

En términos gnoseológicos García Máynez sostiene y defiende la tesis muy neoplatónica de la unidad del ser, por lo que como es comprensible, atrincherado en la metafísica jurídica rechaza el dualismo neokantiano del ser y deber ser asumido por Kelsen, lo cual es mostrado por sus críticos —y el mismo Kelsen así lo concibe en el inicio del desarrollo de su obra— como irreconciliable en todos sus momentos. A partir de esta postura, y a partir

---

[5] García Máynez, Eduardo, *Ensayos jurídico-filosóficos, 1934-1979*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Col. Textos Universitarios, México, 1984, p. 227.

[6] Ob. cit. p. 18. En ensayo *El problema de la validez del derecho*.

también de la teoría jerárquica de las normas de Merkl, Eduardo García Máynez sostiene que no obstante el doble papel que juegan los preceptos normativos en su relación de supra-ordinación —es decir, como normas y actos de aplicación—, no todas las normas ni todos los actos muestran una doble duplicidad, pues hay un límite tanto de arriba como de abajo. El límite de arriba es la norma fundamental (la constitución), y los límites de abajo se constituyen por las normas jurídicas individualizadas, es decir, aquellas normas que surgen de la aplicación del derecho que hace el juez a los casos concretos que se le presentan, denominadas por este autor como «actos finales de ejecución», los cuales, por caer con su realización dentro del reino del deber ser ya no son susceptible de producir consecuencias de derecho, sostiene García Máynez.

Y enseguida, para cuestionar la manera como Kelsen resuelve el problema de la validez a través de la *Grundnorm*, García Máynez asienta la siguiente tesis: "La norma suprema no es un acto, pues como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría"[7].

¿Pero cuál es el fundamento de validez —metajurídica, desde luego— de la norma límite y del orden jurídico total? Se pregunta García Máynez. A lo que, previa crítica del *factum* de la positividad de la Grundnorm kelseniana por pretender proporcionar validez al orden jurídico y a su norma límite, responde sin duda alguna que "...la aplicación normativa constituye un puente tendido entre dos mundos: el axiológico del deber ser y el de las realidades, es decir, el del ser. Todo deber —sostiene—, al ser cumplido, penetra en la esfera del ser. En el acto de aplicación consúmase dicho tránsito"[8].

---

[7] Ob. cit. p. 15.

[8] Ibídem.

En este punto se muestra de manera muy clara el por qué del rechazo de Hans Kelsen a legitimación que obtiene el derecho a través de la metafísica jurídica, pues a través del iusnaturalismo —sin dejar de considerar y reconocer que éste en su milenaria existencia ha constituido un campo fértil para la reflexión e identificación de los problemas de la filosofía del derecho, además de que en momentos cruciales de la historia de la humanidad ha servido de arma de lucha contra las arbitrariedades del derecho positivo creado por gobiernos despóticos—, existe siempre el latente peligro de que sea usado para fines de la legitimación de regímenes autoritarios, pues basta y es suficiente con que los órganos jurídicos de aplicación del derecho apliquen una norma jurídica cualquiera producido a nombre de la Teoría del Derecho Natural —donde es fácil que se agazapen posturas ideológicas de todo tipo—, para que por ese sólo hecho, y también a nombre del Derecho Natural, se produzca una «legítima» mediación entre facticidad y validez, es decir, entre el derecho —deber ser— que tan sólo por el hecho de haber sido aplicado por el juez, como lo plantea Eduardo García Máynez, entra al «reino del deber ser», con lo que ya producida esa transferencia, de inmediato surge el riesgo de que se cancele toda posibilidad de crítica.

Piénsese por ejemplo en lo que en materia penal, sin que aún haya sido objeto siquiera de los debates en el poder legislativo del Estado mexicano, se ha dado en llamar en la doctrina como la «prueba imposible». En realidad no hay tal prueba imposible, se trata solamente de una infundada negativa del juez para aceptar como válida una prueba testimonial ofrecida por el procesado, que para él es determinante en el esclarecimiento de los hechos que se investigan dentro del proceso penal.

El procesado tiene derecho a recurrir por medio del juicio de amparo esa resolución del inferior, pero se han dado muchos casos en los que, ya

resuelto por el *a quo* el juicio de amparo a favor del inculpado —por lo que el inferior debe cumplir esa resolución que demuestra su actuar ilegal por haber rechazado la referida prueba—, pero resulta que esta prueba en los hechos materialmente no se puede desahogar, como lo ordena la sentencia del juicio de amparo, por haber fallecido el testigo ofrecido por el procesado. En estos casos, el juez de la causa emite una nueva resolución en la que informa al *a quo* respecto a su «fiel cumplimiento» del mandato emitido en la resolución del juicio de amparo. Con esta nueva resolución el inferior cumple formalmente con lo decretado por el *a quo*, y por medio del cumplimiento de este mero formalismo, en los términos planteados por García Máynez esa aplicación normativa efectuada por el inferior —la que como tal es parte del mundo axiológico, es decir, del deber ser— entra al mundo de las realidades, es decir, el mundo del ser, supuestamente por tratarse de un deber ser cumplido.

3. K. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN. De la misma forma aborda este mismo tema Karl Joachim Friedrich: "Si se pregunta en qué se basa la validez de estas normas de la ley positivas —cuestiona Friedrich, refiriéndose al derecho positivo en general, objeto de la *Teoría pura*— Kelsen y su escuela responden que se fundan en la norma básica (Grundnorm). Esta norma básica es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc. Queda por saber por qué debe ser así. Esta pregunta decisiva queda incontestada, de lo cual resulta que el *Estado* o los que elaboraron la Grundnorm se convierten en un absoluto axiomático[9]. Friedrich alude a la norma fundante básica como un supuesto meramente hipotético, la cual por su

[9] Joachim Friedrich, Carl, *Filosofía del derecho* [Tr. Margarita Álvarez Franco], Ed. Fondo de Cultura Económica, México, México, 1969, p. 250.

propia naturaleza, y debido a que de la Grundnorm se expulsa del Derecho Natural, proporciona validez a las normas jurídicas.

En su exposición Friedrich critica a Kelsen por hacer uso de la norma fundante básica para rechazar al Derecho Natural, con el argumento de que el Derecho Natural quebranta la unidad del sistema jurídico, "...cabría preguntar —dice Friedrich— si el Derecho Natural no pudiese ser absorbido en esta unidad. [...] ¿Hay algo que nos impida tratar las normas que contiene junto con las normas del orden legal positivo como si formaran un todo?[10]".

Y al referirse a la Grundnorm como núcleo del pensamiento kelseniano, según el cual "...todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo[11]", Friedrich opone la siguiente argumentación, la misma que soslayando la política jurídica inmersa en la *Teoría pura del derecho*, se ha hecho por iusnaturalistas y sociologistas de todas las tendencias: "No obstante esta cuestión acerca de la validez de las normas, no debe entenderse ni psicológica, ni sociológica, ni políticamente, sino en sentido estrictamente normativo. Ante semejante enunciado, el problema de la validez no se resuelve, sino que se vuelve tautológico. Podemos apreciar aquí el peligro de dividir el mundo en dos mitades, la del es y la del debe. En realidad se da por sentado que la norma básica es válida. Dentro del campo del orden constitucional las consecuencias son muy singulares. 'Si nos preguntamos por qué es válida la constitución, tal vez nos encontramos frente a una constitución más antigua'. Finalmente, llegaremos a una constitución que históricamente sea la primera, y que haya sido dictaba por algún usurpador con alguna especie de asamblea. Aún la voluntad de semejante usurpador

[10] Ob. cit. p. 249.

[11] *Teoría pura*, p. 202 y ss.

servirá de fundamento a una norma básica que en este caso dirá 'Debes obedecer'. Así Kelsen llega a la conclusión de que 'la validez de esta primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal[12]".

Cualquiera que acuda a la fuente directa podrá observar que el último entrecomillado de la anterior cita de Friedrich, en referencia textual a la *Teoría pura del derecho,* corresponde al típico acto de deshonestidad intelectual que obliga a decir a un autor lo que se quiere que diga, pues, a decir verdad, Kelsen nunca abandona su idea de que la norma fundante básica es una norma presupuesta en un pensamiento jurídico, no impuesta por ninguna autoridad. Y para comprender tal concepto y los alcances que inquietan a Friedrich, habría que ver y analizar cuidadosamente el planteamiento que Kelsen hace respecto a la relación que existe entre «legitimidad» y «efectividad», apartado f del capítulo V de la *Teoría pura del derecho,* sobre la dinámica jurídica[13].

4. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS ANTERIORES PUNTOS DE VISTA Y DOS TESIS SOBRE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA. A decir verdad, en lo que respecta a esta parte del debate kelseniano es algo que ya está precluido, el mismo Kelsen tuvo la oportunidad de rebatir a sus críticos todos estos tópicos, y si aquí se abordan de nuevo es porque no obstante que el debate poskelseniano se encuentra en otro nivel, en las escuelas y facultades de

---

[12] Ob. cit., p. 251.

[13] La cuestionada cita de Friedrich sólo hace referencia al apartado c del referido capítulo, páginas 207 y 208 de la traducción del alemán al castellano, de la segunda edición hecha por Roberto J. Vernengo, la cual en esta tesis se ha estado citando. A propósito, la relación planteada por Kelsen entre legitimidad y efectividad, la cual es omitida por Friedrich, se analizará en el capítulo quinto de esta tesis.

derecho todo esto es silenciado y en los salones de clase se siguen reproduciendo los mismos argumentos hechos, los mismos lugares comunes de hace 50 o 60 años. Uno de los principales yerros en que caen los detractores de la *Teoría pura*, lo cual se puede sintetizar en la postura de los dos autores que en esta tesis se analizan, es que inintencional o intencionalmente confunden la norma fundante básica con la constitución del Estado.

Es cierto que en el sistema kelseniano se establece que el fundamento de validez de una norma no se puede establecer mediante la verificación de un hecho empírico: "De que algo *sea* —escribe Kelsen—, no puede seguirse que algo *deba*; así como, de que algo sea *debido*, no puede seguirse, que algo *sea*"[14]. De ahí que "...el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma[15]", la que a su vez se fundamenta en otra norma de superior jerarquía, y así hasta llegar a lo que para Kelsen es la Grundnorm y para García Máynez la «norma límite superior»[16], es decir, la constitución del Estado. Algo completamente distinto del significado que Kelsen atribuye a la Grundnorm.

Pero, *craso* error, la Grundnorm no es para Kelsen la constitución del Estado, como erróneamente lo percibe Friedrich y la mayoría de los críticos de Kelsen, o como lo quiere percibir García Máynez y sin querer ver siquiera que en la *Teoría pura del derecho,* y en sí en todo el pensamiento kelseniano, no sólo se planta una ciencia jurídica, sino también y al mismo tiempo una política jurídica que aborda los problemas sobre la interpretación de las

---

[14] *Teoría pura*, p. 201.

[15] *Ibidem.*

[16] García Máynez, Ob. cit. p. 15.

normas jurídicas particulares y el problema de los juicios de valor, o el problema de cómo el derecho deba ser hecho.

Dicho en otros términos, Hans Kelsen jamás vio en la constitución del Estado el último fundamento de validez del orden jurídico, sino en la Grundnorm (norma fundante básica). Y es el caso que la norma fúndante básica, como el mismo Kelsen lo refiere en respuesta a sus críticos, "...no se encuentra 'contenida' en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico"[17].

De ahí que al argumentarse, como lo hace Eduardo García Máynez, que "Kelsen llama a esta primera constitución *norma fundamental originaria*"[18], refiriéndose a la primera constitución de una serie de constituciones sucesivas de un determinado Estado, o decir que "Kelsen llega a la conclusión de que la validez de esa primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal"[19], como erróneamente lo percibe y lo dice con toda seguridad Friedrich, sólo conlleva a que al establecimiento de una pifia como base de lo que pretende ser una crítica fundada contra la teoría de la norma fundante básica kelseniana, necesariamente tenga que producir como resultado no dar en el blanco que se persigue.

Luego, entonces, ni en el primado del derecho interno —en donde se podría encontrar la primera de una serie de sucesivas constituciones de un determinado Estado, aunque haya sido de algún dictador, ni en el primado del Derecho internacional —en dónde la revolución victoriosa es considerada, por

---

[17] *Teoría pura*, p. 206, infra, cita 118, en réplica que hace a Manger, uno de sus críticos.

[18] García Máynez, Ob. cit. p. 17.

[19] Friedrich, p. 251.

los gobiernos de la comunidad de naciones, como un procedimiento especial para reconocer la legitimidad de un gobierno—, se debe buscar la norma fundante básica, pues ha quedado claro que la Grundnorm no es una norma impuesta. Es, y no otra cosa, una norma «presupuesta» en el pensamiento jurídico, para enfatizar una vez más la contraréplica que de manera contundente hace Kelsen a Menger, uno de sus principales críticos.

¿Y en cuanto a la frivolidad atribuida a Kelsen por Friedrich, respecto a que su norma fundante básica "..,es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc., sin que se responda a la pregunta de ¿por qué debe ser así?" De lo que resulta, según este autor, "...que el estado o los o los que elaboraron la Grundnorm se conviertan en un absoluto axiomático"[20]. No hay tal cosa. Kelsen jamás deja de contestar a la pregunta por qué se debe obedecer el derecho, ni mucho menos su respuesta tiene algo que ver con el absolutismo alguno. Antes al contrario, en su ensayo *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*[21], a la vez que pone de relieve el paralelismo que existe entre el absolutismo filosófico —en el cual se fundan todas las corrientes iusnaturalistas— y el absolutismo político, en cuanto que el primero exige un objeto de conocimiento absoluto y un sujeto pasivo convertido en receptáculo del conocimiento, y el segundo, el absoluto soberano —sea monarca o emperador, etc.— exige una sumisión absoluta del súbdito, también exalta la característica esencial de todo absolutismo político: su incomprensión con la idea de igualdad, que sólo es comprendida por la teoría de la democracia; pues el absolutismo político "...sólo puede justificarse presuponiendo una diferencia esencial entre el gobernante y los

[20] Ob. cit. p. 250.

[21] Kelsen, Hans, *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*, pp. 113-125.

gobernados"[22]. Por tanto, sostiene Kelsen, quien no por nada fue un eterno perseguido de los regímenes fascistas, "...el absolutismo político es sinónimo de despotismo, de dictadura, de autocracia"[23].

A la pregunta formulada por Rousseau sobre cómo "...encontrar una forma de sociedad que defienda y proteja, con toda la fuerza de la comunidad, la persona y la propiedad de cada uno de los miembros y mediante la cual cada uno, uniéndose a todos, sin embargo solamente se obedezca así mismo y siga siendo libre[24]", Kelsen encuentra en la *Teoría de la democracia* la respuesta: "Un súbdito es políticamente libre —escribe Kelsen— en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la 'colectiva' ('o general') expresada en el orden social.

Esa armonía entre la voluntad 'colectiva' y la individual solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden. El orden social significa la determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social. La libertad implícita en lo que llamamos libertad política es, en el fondo, autonomía"[25].

¿Esto quiere decir que la norma fundante básica, como «norma presupuesta en el pensamiento jurídico», según Kelsen, se deriva del consenso que crea el orden social, en el cual participan los ciudadanos con base a su facultad de autodeterminación y a él se someten? Tal cosa no la afirma expresamente Kelsen. Por el contrario, él insiste en que la norma fundante

---

[22] Ob. cit. p. 117.

[23] *Ibidem.*

[24] Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* [Tr. Enrique Azcoaga], Ed. Sarpe, Madrid, 1983, p. 41

[25] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 338.

básica, la cual es la base de su sistema teórico-jurídico y a la vez constituye también el medio para cerrar dicho sistema desde arriba, se constituye por un presupuesto lógico trascendental. Mas sin embargo, recuérdese que en la distinción que hace entre «validez» y «efectividad», no obstante señalar que aquélla no se funda en ésta, al mismo tiempo establece que "...un mínimo de la llamada *efectividad* es condición de su *validez*[26]".

Esta afirmación que para los críticos del formalismo jurídico plateado por Kelsen es una incongruencia del sistema kelseniano, no es tal para el punto de vista que se sostiene en esta tesis, pues, para reforzar lo antes expuesto sobre el formalismo jurídico —hay que decirlo con énfasis— no es el peldaño que conduce a entronizar a la entelequia, sino un medio al que se recurre para constituir la ciencia como tal, con el propósito de que ésta de cuenta de su objeto de estudio. Por tanto, con base a lo anterior se puede concluir que detrás de la norma fundante básica, que como norma presupuesta en el pensamiento jurídico no se encuentra contenida en el orden positivo, en última instancia se encuentra el consenso en el que participan los ciudadanos para establecer el orden jurídico al cual se someten con base a su autodeterminación como ciudadanos.

Pero aquí surgen otras interrogantes: ¿Hablar de «autodeterminación» del ciudadano, o de «dignidad» política del ciudadano, es decir, de capacidad de autodeterminación con base a lo cual éste participa en la creación del orden social y a él se somete, no es acaso hablar de valores? Por supuesto que sí. ¿Esto significa, entonces, que el fundamento de validez del orden jurídico en Kelsen se resuelve de una manera metajurídica, igual que en el iusnaturalismo? ¿Entonces tiene razón Eduardo García Máynez, cuando afirma que en el fondo de la doctrina kelseniana no se excluyen los juicios de

---

[26] *Teoría pura*, p. 24.

Kelsen se resuelve de una manera metajurídica, igual que en el iusnaturalismo? ¿Entonces tiene razón Eduardo García Máynez, cuando afirma que en el fondo de la doctrina kelseniana no se excluyen los juicios de valor, ya que "...tras la afirmación teórica hipotética, de la norma suprema existe una voluntad valorizada, a saber, el deseo de afirmar la necesidad de un orden positivo?[27]". En efecto, todo esto es cierto.

Pero se trata de un aserto parcial. Primero porque al referirse a los hechos productores de normas, o al proceso de creación del orden jurídico, no se está hablando de ciencia jurídica sino de política jurídica —lo que Kelsen jamás renunció a hacer en su vida—, y segundo porque como el mismo profesor vienés lo refiere expresamente, el único valor que no se excluye de la actividad científica es el valor de la «verdad», y el deseo kelseniano de afirmar la necesidad de un orden positivo, como lo refiere García Máynez, es ciertamente es un valor, pero no es un valor en el mismo sentido en que lo son los valores que sustentan la actividad política que juzgan sobre el bien y el mal, sino un valor que de una o de otra manera tiene que ver con el problema de la verdad. Mas en lo que respecta a los valores de cualquier índole inmersos en la actividad propia de la producción de derecho, ya sea por los órganos de creación o de aplicación de derecho, es algo que no corresponde a la esfera de la ciencia jurídica, sino a la esfera de la política jurídica.

No cabe duda de que García Máynez entiende mejor el problema que Friedrich, pues al reducir al absurdo la supuesta argumentación kelseniana de que la validez de la constitución vigente se encuentra en el primado del orden jurídico nacional —la primera constitución de una serie de constituciones del Estado, a lo que García Máynez dice que Kelsen llama "..norma fundamental

[27] Ibídem.

originaria"[28]—, o bien en el primado del Derecho internacional, señala con énfasis que la dificultad subsiste, "...pues en ambas hipótesis se trata de normas originarias que es imposible justificar de modo jurídico"[29]. A lo que agrega, aún con mayor fuerza: "No queda otro remedio que suponer su validez. Pero ello equivale a renunciar a la solución del problema"[30].

Como se acaba de exponer en párrafos arriba, contrario a lo que sostiene Eduardo García Máynez, Kelsen no renuncia a la solución de este problema, sólo que la solución metajurídica que él ofrece para ello no es a partir de la metafísica jurídica —en cualquiera de las vertientes del iusnaturalismo—, sino a partir de la política jurídica, a lo que sí renuncian los iusnaturalistas. Esta es la principal crítica que se puede hacer a los iusnaturalistas: el problema no estriba en la asunción de una metafísica jurídica cualquiera, pues como se ha dicho en esta exposición, históricamente está demostrada la importante contribución del iusnaturalismo al desarrollo del derecho y la ciencia del derecho, nadie podría negar que los iusnaturalistas han sabido identificar y tratar con propiedad los problemas de la filosofía del derecho y de la ciencia del derecho. Para el sustentante de esta tesis el problema estriba en que, por regla general, las distintas corrientes del iusnaturalismo subsumen la política. Esto es lo grave.

---

[28] No es cierto que Kelsen llama a la primera constitución norma fundamental originaria, expresión que hace referencia al problema de los orígenes. No es lo mismo "norma fundamental originaria" que "norma fundamental básica", y Kelsen jamás se refirió a ninguna norma fundamental originaria, sino sólo a una norma fundante básica. La primera hace referencia a los orígenes, de lo que Kelsen jamás se ocupó, pues como constructivista y convencionalista que es establece como fundamento de validez de un orden jurídico cualquiera una norma fundante básica presupuesta, no impuesta; el iusnaturalismo, en cambio, sí se ocupa del problema de los orígenes, busca y dice haber encontrado los principios inmutables y absolutos de un derecho eterno válida para todos los tiempos y para todas las naciones.

[29] García Máynez, Ob. cit. P. 18.

[30] Ibídem.

Volviendo a Eduardo García Máynez, este autor parece interpretar correctamente la idea de Kelsen respecto a la norma fundante básica; pero apostado para combatirla en el tradicional «justificacionismo iusnaturalista» persuasivamente recurre a la precitada argumentación, la cual remata con un lugar común: "Kelsen nos dice que la norma fundamental es una hipótesis". Y previa dilucidación que hace sobre lo que es una hipótesis científica, intempestivamente da un salto de su consabido «justificacionismo racionalista» al «justificacionismo empirista», para exigir que se pruebe esa hipótesis. Más delante de nuevo vuelve a arremeter en el vacío: "El jefe de la Escuela Vienesa emplea el término en su acepción vulgar (sic) (como suposición o, mejor dicho, como postulado de su construcción normativa)"[31].

En primer lugar el concepto postulado no tiene nada de vulgar en el lenguaje de la ciencia, y aunque ciertamente el postulado es una hipótesis, puesto que éste es un enunciado proposicional con carácter de supuesto primordial en el emprendimiento de una investigación científica, éste posee, a diferencia de otras hipótesis, una característica *sui generis*, es aceptado sin demostración alguna, a condición de que en el proceso de investigación que se realiza el postulado quede debidamente probado.

Ahora bien, la tesis que aquí se sostiene consiste en que la norma fundante básica, aunque pudiera y de hecho es confundida con las característica propias de una hipótesis factual de cualquier tipo, o bien con un postulado, no es ni una cosa ni la otra. Si la Grundnorm hubiera sido concebida por Kelsen como una hipótesis en su sentido genérico, en algún lado de su obra se encontraría manifiestamente la preocupación de éste por que su formulación cumpliera con las exigencias epistemológicas de ser una hipótesis «bien formada» y satisficiera ampliamente, además, el requisito de

[31] Ibídem.

los «conocimientos previos» y compatibilidad con el cuerpo de conocimientos acumulados en que se funda toda hipótesis factual, así como la referencia a los medios que posibilitarían la comprobación empírica de la Grundnorm, pero nada de esto existe porque nada de esto tiene que ver con una concepción formalista y normativista-contructivista del derecho, que es la concepción asumida por Kelsen. En algunos escritos de este pensador, no obstante, acepta sin conceder la característica hipotética de la Grundnorm.

Y en un segundo lugar —para concluir la réplica a García Máynez y a quienes como él sostienen este mismo punto de vista, a partir de lo antes expuesto se llega a la conclusión de que lo planteado por Kelsen como punto de partida para la construcción de su sistema teórico-jurídico, es decir, la norma fundante básica, no es una hipótesis en el sentido que usualmente este concepto adquiere en el lenguaje de la ciencia —aunque erróneamente sus críticos la hayan visto como hipótesis—, sino que más bien, la tan cuestionada Grundnorm debe ser vista tan sólo como una decisión tomada por Kelsen a partir de la perspectiva originalmente concebida por E. Poincairé en el campo cognitivo conocida como «convencionalismo», según la cual es válido para la construcción de un sistema —aunque ciertamente fue en las matemáticas donde el convencionalismo surgió y se desarrolló— la «decisión» tomada por los científicos con base a reglas epistemológicas para la construcción de proposiciones originarias (o axiomas) de un sistema, de las cuales se deducen lógicamente otras proposiciones a través de un procedimiento hipotético-deductivo.

El convencionalismo, surgido a mediados del siglo XIX, tuvo su desarrollo posterior en el Círculo de Viena, de manera particular con R. Carnap y L. Wittgenstein; pero el convencionalismo del Circulo de Viena no influyó sobre Kelsen. De ahí que es correcto afirmar que el convencionalismo

kelseniano que se expresa en la Grundnorm —como también en ésta se expresa el principio de economía del pensamiento de Mach— , y el cual sirve de «proposición» para la construcción de su sistema, proviene directamente de E. Poincairé. Nada tuvo que ver la influencia del Círculo de Viena sobre el pensamiento kelseniano, ya que en la evolución de su pensamiento, dos años después de los *problemas capitales*, poco a poco se perfila con nitidez la concepción dinámica del derecho, lo que en la primera mitad de los años veinte conduce a la configuración de la Grundnorm, plenamente explicitada en la primera edición de la *Teoría pura*, y el Círculo de Viena tuvo su eclosión hasta finales de los años veinte.

Como conclusión de este capítulo, se retorna a las erráticas críticas de García Máynez y Friedrich dirigidas a Kelsen para sostener lo siguiente: Lo que habría que preguntarse, en todo caso, es si con tal «decisión» de que echa mano Hans Kelsen, la cual se expresa en su norma fundante básica que como si dijo, "...tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior"[32], se ha logrado producir o es posible producir en el posterior desarrollo de la idea de ciencia jurídica planteada por Kelsen, enunciados falsables que sean capaces de producir demostraciones y contrademostraciones, en los términos del novedoso camino abierto por Karl R. Popper, cuyo valor epistemológico aquí no es objeto de análisis y sobre el cual, sin decirlo —al menos no de manera tan explícita, Kelsen parece incursionar[33], aunque sin llegar al

[32] *Teoría pura*, p. 202.

[33] Pero más que el falsacionismo metodológico de Kar R. Popper, el cual es subsidiario del convencionalismo de Poncairé, el convencionalismo kelseniano es influido por dicho pensador, entre otras corrientes de esta tendencia.

desarrollo final del Popper falsacionista no dogmático percibido por Lakatos; es decir, Kelsen al parecer se queda al nivel del falsacionismo dogmático[34].

Habría que considerarse, como postura de esta tesis, que en última instancia no necesariamente el desarrollo de la ciencia jurídica tiene que vérsele o analizársele desde la perspectiva de los senderos del justificacionismo que reduce la ciencia a conocimiento demostrado, ya sea por la intuición intelectual, o por revelación (en el caso del justificacionismo racionalista), o ya sea por medio de la experiencia o deducciones lógicas que supuestamente expresen los «puros» hechos (en el caso del justificacionismo empirista)[35].

En este aspecto, y pese a que en la concepción científica de Kelsen en lo que respecta a las disciplinas causales se manifiesta como la de un justifificacionista empírco-clasico-dogmático, en términos de Lakatos, puesto que el fundador de la Escuela de Viena sólo acepta como axiomas un reducido conjunto de «enunciados de hecho» que expresan los «puros hechos» y el valor veritativo lo condiciona a la existencia de una base empírica[36], en lo referente a su concepción de la ciencia jurídica como ciencia normativas —y cuyos enunciados no son verdaderos o falsos sino válidos o no válidos— al postular Kelsen como base de su construcción normativa una norma fundante básica que no es impuesta sino presupuesta por el pensamiento político, válgase aquí la redundancia, con esta decisión metodológica-convencionalista que conlleva a la elaboración de hipótesis auxiliares y a estratagemas convencionalistas con lo cual se resuelven las anomalías del sistema

---

[34] Véase a Lakatos, Imre, *"La falsación y la metodología de los programas de investigación científica"*, en *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, [Francisco Hernán], Ed. Grijalbo, 2ª. edición, Col. Teoría y Realidad, No. 8, España, 1975. pp. 206-216 y ss.
[35] Lakatos. Ob. cit. pp. 205-208.
[36] Hans Kelsen, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el método sociológico*, p. 292 y ss.

kelseniano, dicho pensador, al parecer se manifiesta como un falsacionista convencionalista.

Por último, el aspecto convencionalista que el sustentante de esta tesis percibe en la ciencia del derecho propuesta por el autor de la *Teoría pura del derecho* —particularmente en lo que se refiere a la formulación de la norma fundante básica, y el que desde luego tendrá que ser analizado en posteriores investigaciones con mayor detenimiento—, no se contrapone a la influencia de Ernest Mcha sobre Kelsen percibida por otros, entre ellos Mario G. Losano, sino en todo caso más bien se complementa. Para el autor de *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, por cierto uno de los mejores críticos de Kelsen, hay en la base de la construcción de la norma fundante básica una clara influencia de la teoría sobre la economía del pensamiento de Ernest Mach[37], la cual según este autor sirve al fundador de la Escuela de Viena para establecer una economía de valor en done la Grundnorm abarca la más amplia gama de la realidad. No es descartable este punto de vista suficientemente inventariado, ya que Mach tuvo mucho influencia en el desarrollo de la ciencia del siglo XX; pero en nada se contrapone esta apreciación a la decisión convencional aludida.

[37] Losano, Mario G, *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, pp. 18.19.

4

CAPÍTULO CUARTO

RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO

SUMARIO: 1. EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO. 2. LOS MITOS Y MISTERIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD JURÍDICA. 2.1. PERMANENCIA DE LAS SOLEMNIDADES, RITUALISMOS, MITOS E IDEA MÁGICAS Y RELIGIOSAS. 2.2. PRIVILEGIOS DE LOS INTÉRPRETES Y LAS FUNCIONES DE RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO. 2.3. DERECHO Y RELACIONES DE PODER, LAS CASTAS Y ESTAMENTOS DE JURISTAS EN EL SURGIMIENTO DEL COMMON LAW Y EL DERECHO RACIONAL MODERNO. 2.4. DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO. 2.5. EL PODER DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA, AUTORIDAD Y SOBERANÍA. 2.6. LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS SIGNIFICACIONES. 3. MITOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. 3.1. EL MITO DE LA ÚNICA INTERPRETACIÓN CORRECTA. 3.2. EL MITO DE LAS LAGUNAS DE LA LEY. 3.3. EL MITO DE QUE EL JUEZ SÓLO CUMPLE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y QUE SÓLO CREA DERECHO CUANDO LA LEY LO FACULTA PARA ELLO. 3.4. EL MITO DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. 3.5. LAS TEORÍAS.

1. EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO. En el capítulo segundo y al final del capítulo tercero han quedado expuestas algunas ideas sobre la concepción de la ciencia del derecho en Hans Kelsen. Ahora, en la parte introductoria de este capítulo, se tratará de establecer con la mayor precisión posible la diferencia entre el «derecho» y la «ciencia del derecho»; ello con el propósito de ahondar en seguida sobre los aspectos de racionalidad e irracionalidad que normalmente aparece en los sistemas normativos catalogados como jurídicos,

tanto en las sociedades modernas como en las distintas etapas de la historia de la humanidad en las que el derecho aparece como técnica de control social específica..

La expresión «derecho» posee varias acepciones, para el propósito de esta exposición sólo se hará referencia de la de mayor importancia, a fin de diferenciarla con la expresión «ciencia del derecho», es la siguiente: como ha quedado expuesto, con el término derecho, en el sentido de derecho positivo, se hace referencia a un conjunto o sistema de normas jurídicas que regulan «algunas» de las conductas externas de los seres humanos en una determinada sociedad, consideradas socialmente como de mayor relevancia, relaciones sociales que por ser reguladas por el derecho, reciben la denominación de relaciones de derecho o relaciones jurídicas, las que por fundarse en el derecho teóricamente no son concebidas como relaciones de fuerza, sino como relaciones de derecho.

La mayoría de los autores omiten, en la anterior definición, los términos «sistema» y «algunos», es decir, definen el derecho, en esta acepción, sólo como "un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta externa de los hombres en sociedad". En esta definición, con la expresión «conducta externa», se acentúa la diferencia entre las normas morales y las normas jurídicas, pues desde el momento en que cada cual es legislador de las normas morales que acepta como tales, éstas poseen un origen autónomo y además son unilaterales, porque nadie puede obligar a una persona a que cumpla con un mandato moral, de lo contrario se perdería el carácter de un mandato moral; en tanto que las segundas, por ser mandatos establecidos por una autoridad política que ordenan imperativamente los aspectos más relevantes de la vida humana, no son normas de la naturaleza internas o autónomas como las normas morales, sino heterónomas o externas, y además,

a diferencia de las normas morales, son bilaterales porque la relación que se establece a través de las normas jurídicas una de las partes, el pretensor, puede obligar a la otra parte, el obligado, a que cumpla tal o cual cosa.

Cabe señalar que la segunda definición es incompleta, primero porque una norma jurídica cualquiera sólo adquiere sentido completud y validez, en relación con otras normas integrantes del sistema jurídico al cual pertenece; de ahí la importancia de la noción de «sistema», la cual no debe quedar al margen de esta definición de derecho, y segundo, porque no todas las conductas externas de los seres humanos son reguladas por el derecho, sino sólo «algunas» de ellas, aquéllas que por su importancia social merecen el tipo de regulación jurídica.

La impuntualidad en las citas de noviazgo, o la inasistencia a las misas dominicales, por ejemplo, son conductas que para nada interesan al derecho, sino en todo caso la primera es de incumbencia de la moral y la segunda a la religión cristiana. Otro dato importante que no puede omitirse de esta definición de derecho, es que las normas jurídicas integrantes de un sistema jurídico cualquiera, las que como tales ordenan imperativamente algunas conductas de los seres humanos, conceden facultades y obligaciones, por eso García Máynez las define como preceptos imperativo-atributivos, porque a la vez que imponen deberes a los gobernados también conceden facultades[1]; por último, en atención a la naturaleza de la relación que establecen las normas jurídicas, éstas suelen clasificarse en normas jurídicas de derecho privado y normas jurídicas de derecho público.

Pues bien, ahora hay que referir que es común observar en los operadores del derecho una tremenda confusión entre la expresión derecho en el sentido de derecho positivo, es decir, como conjunto o sistema de normas o

conjunto de leyes —con lo que no pocas veces se cree que el derecho es la ley—, con la expresión derecho como ciencia del derecho. La expresión ciencia del derecho posee un significado muy distinto, hace referencia, en primer lugar, a un cuerpo de conocimientos acumulados —generalmente conocidos como doctrinas— cuyo objetivo, en sentido kelseniano, es describir y explicar objetivamente el derecho positivo, y en segundo lugar, hace referencia también a la estructura del fenómeno científico del derecho, el cual se configura, entre otros elementos, por un campo temático, un sistema de conocimientos tenidos como verdaderos con base a criterios de racionalidad y objetividad metodológicas, y además por formas de conocimiento; ahora bien. con base a todo esto, los científicos del derecho producen nuevo conocimientos.

Con lo anteriormente expuesto se pretende dejar claro que cuando se hace uso de la expresión de «racionalidad e irracionalidad en el derecho», como en el rubro asignado a este capítulo, se hace referencia no a la ciencia del derecho, en la que si realmente es tal y no una simple ideología que se hace aparecer como ciencia no hay espacio para la irracionalidad —o al menos, en cuanto la irracionalidad es detectada se expulsa o se trata de expulsar de la ciencia del derecho—, sino a las normas jurídicas, o mejor, a los mandatos contenidos en dichas normas que, como se ha dicho, ordenan imperativamente algunos aspectos de la conducta humana.

Es en este sentido de la palabra «derecho», como conjunto o sistema de normas jurídicas que son objeto de estudio de la ciencia del derecho, en el que, previo a otras aportaciones argumentativas tendientes a demostrar que la interpretación de la ley en Kelsen constituye la categoría de mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano, se analizará en este capítulo los

---

[1] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 36.

aspectos de racionalidad e irracionalidad que muchas veces aparecen en las referidas normas jurídicas, así como en la construcción de la verdad jurídica que se ha producido en las distintas etapas de la historia de la humanidad, todo lo cual indudablemente tiene algo que ver con los sistemas probatorios desarrollados también en las distintas culturas y en las distintas fases históricas.

Es objeto de análisis también en este capítulo algunos de los problemas del imaginario y lo simbólico relacionados con la juridicidad. Esto resulta importante, si se considera la influencia que ello pude tener en el plano de la ideología de los operadores del derecho, de manera particular en las decisiones judiciales. De la misma forma, se analiza también, entre otros tópicos, la permanencia de las solemnidades, ritualismos, mitos e ideas, mágicas y religiosa en el derecho contemporáneo, así como la función ideologizadora de los intérpretes de la ley, el derecho racional y las relaciones de poder. Además de los mitos y misterios en la construcción de la verdad legal que enseguida se aborda, al final de este mismo capítulo se abordará en tema de los mitos y teorías en la interpretación de la ley.

2. LOS MITOS Y MISTERIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD JURÍDICA. La milenaria historia del derecho tiene en el problema de la construcción de la verdad jurídica uno de sus más grandes misterios, esta construcción evidentemente está vinculada a la producción de la ley, su interpretación, acto de aplicación y a la indagación probatoria. No obstante todo esto, con la aparición del derecho moderno se ha pretendido hacer creer que los factores que determinan el contenido de la verdad legal, tanto en el proceso de producción del derecho por el órgano legislativo como en el de aplicación del derecho que realizan los órganos jurídicos de aplicación del

derecho, son controladas por criterios de cientificidad, por lo que se asegura que en el proceso de construcción de la verdad legal no hay cabida para las decisiones basadas en la emotividad, en la sinrazón, sino sólo en la razón. Por eso el derecho moderno es conocido también como derecho racional.

2.1. PERMANENCIA DE LAS SOLEMNIDADES, RITUALISMOS, MITOS E IDEA MÁGICAS Y RELIGIOSAS. Pero las cosas son de distinta manera. A pesar de que con la aparición del derecho moderno —finales del siglo XVIII y comienzos del XIX—, o el derecho racional, en términos de Weber, los paradigmas que apelan a Dios o a los dioses para justificar la verdad legal perdieron fuerza ante los paradigmas que ahora apelan a la ciencia para justificar esa misma verdad legal que muchas veces no coincide con la facticidad o con la verdad histórica, siempre, de una o de otra manera y en menor o mayor grado, el resultado y contenido de la verdad legal ha tenido como base de su construcción actos mágicos[2] y ritualismos, solemnidades y formalidades, todo lo cual está envuelto en un sutil velo de «miticismo» y

[2] Aunque el mismo Weber, sobre el particular, reconoce que "...el carácter mágico del derecho probatorio primitivo sigue, sin embargo, ejerciendo alguna influencia, al menos en cuanto reclama una formulación 'correcta' de la cuestión sujeta al conocimiento del juez". (Weber, Max, *Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva* [Tr. José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez, y José Ferrater Mora], Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. edición en español, México, 1964, p. 517). Como ejemplo paradigmático de la legislación mexicana en la que en términos de Weber persisten elemento mágicos en el derecho y en las prácticas jurídicas, se puede mencionar el juicio de amparo. El rigorismo es tal que, es posible perder un juicio, aún cuando ostensible y legalmente asista la razón a una determinada persona que demanda la protección de la justicia federal, tan sólo por omitir la escrituración de ciertas "fórmulas mágicas" que el más experto de los abogados puede considerar en un momento dado como ya suficientemente colmadas en su demanda. Sin embargo, considérese que los que actos mágicos que persisten al lado de la racionalidad del derecho moderno han sido resemantizados y socialmente no se reconocen como tales. No son desde luego los mismos que se practicaron en el pasado, tampoco los chamanes

«misticismo»[3]; razón por la que en este punto no existe coincidencia con Weber.

"Todo lo que es profundo ama el disfraz... Todo espíritu profundo tiene necesidad de una máscara". Vale aquí, en el tema de la construcción de la verdad legal, resaltar este bello aforisma de Nietzsche. De una o de otra manera, la máscara valida el "único" sentido correcto que desde las prácticas jurídicas más antiguas hasta los tiempos actuales el intérprete de la ley desentraña de los textos legales; o bien, debido a las cualidades mágicas del intérprete del derecho, éste obtiene la única interpretación exacta gracias a la revelación divina o del oráculo. Pues no a cualquiera, en muchas históricas culturas y aún en algunas de las actuales, le es dada la facultad cognitiva de interpretar las normas jurídicas.

Con suficiente razón Roberto A. R. de Aguiar, refiriéndose al derecho antiguo y al de las sociedades complejas como fenómeno observable, señala que "...as formalidades, as seqüências de atos e a magia ainda permanecem no direito obsevável, sob a forma de variados ritos que validam os efeitos dos atos legais. Os bens sacralizados pela organização social e pelo sistema de produção vigente sempre exigirão maiores formalidades para serem alienados"[4]. El contrato de matrimonio, por ejemplo, es un acto formal, solemne y ritual sin cuyos ingredientes, se sigue creyendo por muchos, que no es posible la sacralización de ese acto; o no se puede realizar las *justae nuptiae* que aún en los tiempos actuales se cree que conlleva a "...la unión del hombre

---

de hoy guardan similitud con los de las épocas anteriores, más que en sus vínculos al poder político y económico.

[3] La sacralización del contrato de matrimonio, por ejemplo, exige que el acto jurídico sea celebrado de manera formal y solemne.

[4] Aguiar, Roberto, A. R., *Direito, poder e opressão*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1980, pp. 19.

y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos"[5], en términos de jurista romano Modestino.

2.2. PRIVILEGIOS DE LOS INTÉRPRETES Y LAS FUNCIONES DE RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD DEL DERECHO. En el texto de leyes más acabado de la antigüedad, el Código de Hamurabi (1730-1688 a. de C), para señalar algunos ejemplos de diferentes contextos históricos, la interpretación y aplicación del derecho era producto de la inspiración divina y era facultad exclusiva del rey. La indagación probatoria, por su parte, tenía como principal sustento la revelación mágica y divina. De manera muy similar, durante la mayor parte de la segunda etapa de desarrollo del *Derecho romano*, la cual se produce con la aparición de la *Ley de las XII tablas* (301-304 a. de C), los únicos que gozaban de la prerrogativa para poder conocer los secretos de los ritos y procedimientos especiales, exigibles en la interpretación y aplicación de la ley, eran los pontífices y los magistrados patricios; de éstos era también el exclusivo privilegio de conocer el listado de los *días fastos*, días durante los cuales sólo era posible comparecer ante el magistrado para que se ejecutaran los ritos necesarios, a fin de que las acciones legales que se intentaban produjeran los efectos correspondientes[6]. Ello a pesar de que las normas del derecho sustantivo estaban a la vista de todos, pero no así las de derecho procesal que se mantenían en secreto.

Ahora bien, con el advenimiento del imperio, no obstante que desde la época de la república ya había existido una plena distinción entre la competencia religiosa —atribuida a los sacerdotes y al colegio de los

---

[5] Eugene Petit, p. *Tratado elemental de derecho romano* [Tr. de la 9ª. Edición francesa, José Fernández González], Editora Nacional, México, 1969, p. 104.

[6] Petit, Eugene. Ob cit, p. 43.

pontífices— y la función pública —propia de las distintas magistraturas, entre éstas la de los pretores que cumplían la función jurisdiccional—, el rey Octavio que asume el título de *imperator*, y por medio de la imposición del derecho de veto sobre todos los magistrados concentra en sus manos todos los poderes. Incluso, llega a asumir la función de sumo pontífice[7].

También, aunque no con todos los emperadores romanos ni en todos los casos, pero sí tan sólo con el apoyo de los jurisconsultos preferidos e incondicionales del emperador[8], cuya *responsa prudentium* a los problemas que se les planteaban llegaron a adquirir fuerza de ley, es el emperador, y ningún otro, quien realmente legisla e interpreta y aplica la ley[9].

Desde un punto de vista sociológico, y aunque su objetivo no fue propiamente develar los efectos de poder de la verdad jurídica, según su forma de construcción en las distintas culturas, en Weber se percibe una cierta similitud de las estructuras míticas, rituales, mágicas y religiosas que cubren el rostro del poder que produce la verdad jurídica en las culturas occidentales[10], independientemente de que ese poder sea ostentado por el rey, el príncipe, el emperador, una casta sacerdotal o una casta de juristas, o por la burocracia del Estado racional, etc.

Lo mismo se puede decir en cuanto a la similitud de la genealogía simbólica que expresa la juridicidad en las distintas culturas y en cuanto a su estructura y funcional. En esta tesis no se pretende hacer el mismo y largo

---

[7] Petit Eugene, ob. cit p. 47.

[8] Con Augusto, los jurisconsultos proclives a la política del imperio recibieron grandes beneficios, se les otorgó el *ius publice responden* (facultad para dar consultas que en la época de la república no era una concesión del Estado), y a las respuestas de algunos de ellos se les confirió oficialmente el carácter de verdad legal, no sólo de dictamen. Con el transcurso del tiempo, las opiniones de los jurisconsultos que gozaban del *ius publice respondi* llegan a obtener fuerza de ley. Eugene Petit, ob. cit. Pp.52-53.

[9] Ibídem.

recorrido que hace Weber, por medio del cual pudo establecer la diferencia entre lo que para es el derecho racional y lo que es el derecho no-racional; pero para los fines de comparar un poco las principales teorías modernas sobre la interpretación, coincidentes las que mayor influencia poseen en que sólo es posible encontrar en el texto legal una sola interpretación válida, en lo que sigue se proporcionan otros ejemplos tomados de diferentes contextos culturales e históricos, en los cuales se aprecia, por una parte, ciertas similitudes en la construcción de la verdad jurídica y en las funciones que el saber jurídico cumple en la sociedad, y por la otra, la "profundidad" de ese saber que como bien dice Nietzsche, requiere de la máscara.

Así entonces, el rasgo común de la genealogía del poder que estructura el rostro del universo de lo simbólico que tiene que ver con la idea prevaleciente de derecho, tanto en las sociedades antiguas, Babilonia, China, Grecia, Roma, etc., legataria ésta de los sistemas jurídicos latino-germánicos, como en las sociedades de la Alta y Baja Edad Media, e incluso también en las sociedades en las que germinaron los regímenes monárquicos absolutos de los cuales surge el Estado racional (o el *Estado moderno de derecho*), tiene su origen de constitución y principal fuente de irradiación en las castas reales, sacerdotales y de guerreros, así como en las familias que acumularon riquezas, por lo que éstas tienen la posibilidad de imponer su hegemonía a los demás. Esta idea de derecho se sintetiza en la obediencia ciega del súbdito a lo prescrito por el soberano (o a lo revelado por la divinidad al soberano), quien a su vez, llámese rey, príncipe, emperador, sacerdote, chaman, por sí o por interpósita persona es quien crea la ley. Y no pocas veces también son los mismos que la interpretan y la aplican. Ello con todo y que en algunas culturas, ya sea bajo el principio de regulación del conflicto o sin este

[10] Weber, Max, pp. 512-660 y 1048 y ss.

principio, los conflictos se resuelve por la suerte "(Urim y Thummim entre los judíos) o por duelo o por otros juicios de Dios [...] o por revelación jurídica"[11]; o bien por la participación del hechicero o el sabio carismático, y lo característico de todos estos intérpretes de la ley es que siempre aparecen cercanos al poder o en la misma cúspide del poder.

Que el creador e intérprete de la ley sea además un puente de mediación entre Dios (o los dioses) y los mortales, es una de las constantes históricas. En el caso de las antiguas culturas sumerias el rey Hamurabi, quien bajo su dominio logró unificar a toda mesopotamia desde el Golfo Pérsico hasta el desierto de Siria, al decretar sus leyes del famoso Código de Hamurabi se dice el pastor elegido de Enlil[12] y enviado de Anum[13], Anunnaki[14] y todos los demás dioses "para administrar justicia entre las gentes. [...] para proclamar el derecho en el país, para destruir al malvado y al perverso y enseñar al país el buen camino[15]".

En lo que respecta al derecho en el Reino Visigodo, que con la caída del Imperio Romano de Occidente surgió en el sur de Francia y en casi toda España, desaparecido dos siglos y medio después como consecuencia de la conquista árabe, del 711 al 713[16], para hacer referencia a otro contexto histórico-cultural en el que el rey accedía al trono por elección, en caso de que

---

[11] Weber, Max, pp.517 y 519.

[12] Dios de la atmósfera y el diluvio, señor de los destinos en la cosmogonía súmero-acadia.

[13] Dios absoluto en la cosmogonía súmero-acadia, forma una tríada como dios del cielo con Enlil y Ea

[14] Conjunto de dioses menores que acompañaban a Anum en el cielo, los cuales fueron distribuidos en la tierra.

[15] Hamurabi, Rey de Babilonia, *O código de Hamurabi* (Introdução, tradução do original cuneiforme e comentários de E. Buzon), Petrópolis, Ed. Vozes, Brasil, 1980, pp. 1-24.

[16] Georg Maier, Franz, Historia universal del siglo XXI, las transformaciones Del mundo mediterráneo, siglos III-VIII Vol. 9 [Tr. Pedro Viadero], Editorial. Siglo XXI, 3ª. edición., Madrid España, 1975. pp.210 – 214.

no justificara su ascensión con base al derecho de sangre —aunque no en todos los casos, pues también tuvo vigencia la imposición del más fuerte—, las investigaciones de P. D. King reportan que los reyes visigodos concebían su exaltación en la tierra como un don de la divinidad[17]. Esta idea constituye el substrato que subyace en la base de las ideologías del derecho de los reyes en todas las culturas. Lo que en una ley del rey Egica, 687-701 de. C, se expresa de la siguiente manera: "*Cum divine voluntatis imperio principale caput regnandi sumat sceptrum*"[18].

Las investigaciones de P. D. King son abundantes en la originalidad de citas de las actas conciliares que hacen referencia al derecho visigodo. En una de ellas, para mejor ilustrar lo antes expuesto, se reafirma la idea de que el reino es una consecuencia de un favor celestial concedido y encomendado al rey, "*Suintila gratia divina regni suscepit sceptra*"[19], lo que coincide con la tan conocida expresión "*Rex Dei gratia*". "Así como Dios creó la cabeza en la parte superior del cuerpo humano a fin de que pueda gobernar a los *subdita membra* —reza una de las citas de las actas conciliares de King—, del mismo modo y para el mismo fin puso al rey a la cabeza del cuerpo de la sociedad"[20].

2.3. DERECHO Y RELACIONES DE PODER, LAS CASTAS Y ESTAMENTOS DE JURISTAS EN EL SURGIMIENTO DEL COMMON LAW Y EL DERECHO RACIONAL MODERNO.- La evolución de la humanidad significa también el establecimiento de nuevas relaciones de poder y nuevas prácticas sociales, lo que en términos de Foucault engendran nuevos dominios de saber sobre el

---

[17] King, P. D., *Derecho y sociedad en el reino visigodo* [Tr. M. Rodríguez Alonso], Ed. Alianza Editorial, Madrid, España, 1981, pp. 43-44.

[18] Ob. cit. P. 44.

[19] Ob. Cit. P. 45.

[20] Ibidem.

derecho y nuevas formas de juridicidad. Es decir, el establecimiento de nuevos regímenes políticos para la producción de la verdad jurídica, o para la producción de nuevas formas de racionalidad, de lo que se deriva nuevas reglas procedimentales que posibilitan la construcción de la verdad jurídica. Todo esto tiene que ver con nuevas reglas del régimen probatorio-indagatorio y con los criterios para la selección de los intérpretes de la ley, o de nuevos aplicadores y ejecutores de la legalidad y de la justicia; pero sin que jamás de los jamases, en ninguno de los sistemas jurídicos que se han desarrollado en el mundo, incluso con el funcionamiento de estos sistemas bajo los principios del Estado de derecho, se haya dejado de observar que las formas terminales de relaciones de poder no inmanentes a todos los sujetos —también en términos de Foucault, aunque aquí, en esta tesis, se invierte los términos de este autor, el poder es inmanente a todos los sujetos—, tales como los factores económicos y los procesos políticos e ideológicos dirigidos por la clase dominante, son esencialmente los que determinan la ubicación de cercanía de los operadores del derecho que cumplen la función jurisdiccional a las formas terminales de relaciones poder que se expresa en forma Estado y de clase dominante.

Con lo anterior no se trata de cuestionar la validez de los postulados foucaultnianos sobre la microfísica del poder—que por además aquí no es lugar para ello—, según los cuales el poder como estrategia, como oposición y como lucha permanente, está en todas partes y no sólo en la existencia primaria de un punto central que irradia poder a todas partes, que donde hay poder hay resistencia, que el poder no es una propiedad sino una estrategia..., que las relaciones de poder son inmanentes y no están en posesión de exterioridad con relación a otros tipos de relaciones (económicas, de

conocimiento, de placer, etc.)[21]. Nada de esto. De lo que se trata es sólo de resaltar a la vista de todos una constante histórica que aparece en todas las sociedades, la cual consiste en que, salvo excepciones, las castas de juristas (u operadores del derecho) que cumplen la función jurisdiccional siempre han estado cercanas a los detentadores de la riqueza y del poder político. Sobre el particular al final del último quinto capítulo, se hace referencia a ciertas investigaciones sociológicas que confirman este punto de vista; aunque dichas investigaciones sólo han sido realizadas en las sociedades más avanzadas, no en sociedades como la mexicana.

En el caso del *Common Law*, para reafirmar lo antes dicho, surgido en las islas británicas en el 1066 d. C, como producto de la conquista normanda de Guillermo el Bastardo, duque de Normandía[22] —que dicho sea de paso hoy día es uno de los más importantes sistemas jurídicos con influencia en todos los continentes y en por lo menos 15 países—, éste tuvo su origen y base de su posterior desarrollo, adaptado a diferentes culturas, en los integrantes de la corte de Guillermo el Bastardo. Es decir, en las curias regis de la referida Corte; ello gracias a la alianza que Guillermo el Bastardo tuvo en el 1086 con todos los propietarios de tierras de su reino, la cual concluyó con un compromiso de fidelidad de los propietarios de tierra al rey, consignado en el documento titulado The *Domes-day Book*, libro que contiene el censo de habitantes, tierras y riquezas del reino de Guillermo[23].

---

[21] Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1, La voluntad de saber*, Editorial Siglo XXI, 7ª. ed., México, 1981. pp. 112-125.

[22] Le Goff, Jacques, *Historia universal, siglo XXI, La baja edad media*, Vol. 11 [Tr. Lourdes Ortiz], Ed. Siglo XXI, 11ª. edición en castellano, México, 1981, p. 119.

[23] Ibídem.

De este estamento es de donde surgieron los jueces con cuyo modelo de conducta, que no el modelo de la conducta popular[24], se desarrolló en su origen el *common law*. En torno a las curias regis, en el siglo XIV se formaron los cuatro organismos corporativos de los juristas británicos denominados Inns of Court, las cuales aún subsisten: Inner Temple, Middle Temple, Gray`s Inn, Linccoln´s Inn, institución que cumplen como función producir un estamento forense de naturaleza homogénea[25].

Estos organismos corporativos de juristas cumplen además la función de salvaguardar los "misterios" de las prácticas propias de los abogados y todos los operadores del derecho, sobre todo en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la ley, al menos hasta que las fuerzas sociales favorecidas por ciertas circunstancias históricas logran su develación[26] y divulgación al resto del cuerpo social.

Y de la misma manera como en la antigua Roma hubo necesidad de la osadía o atrevimiento del *liberto* Cneo Flavio[27], escriba del patricio Apio Claudio, para que se revelara a todos los justiciables el listado de los *días fastos* y el cuadro de las fórmulas secretas de carácter procedimental que tenían que recitarse ante el magistrado que cumplía funciones jurisdiccionales, sin lo cual no era posible que se produjeran los efectos legales esperados, en el

---

[24] Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos, Introducción al derecho europeo y extranjero* [Tr. Alfonso Ruiz Miguel], Ed. Debate, Madrid, 1982, p. 168.

[25] Losano, Mario G., Ob., cit. p. 169.

[26] Con referencia a que el derecho romano no constituye la causa del advenimiento del capitalismo en Inglaterra, puesto que allí su presencia fue muy exigua, Max Weber refiere que en unión del Tribunal del Rey existía "un estamento de abogados que nunca permitió que se tocaran las instituciones nacionales. Dominaba éste la enseñanza del derecho, salían de su seno (y salen todavía) los jueces, e impidió, por consiguiente, que en las universidades inglesas se enseñara derecho romano, con el fin de que no llegaran a las poltronas de los jueces personas que no salieran de sus filas. (Véase Weber, Máx, ob cit. p. 1049.

[27] Eugene Petit, Ob. cit. p. 43.

caso de la sociedad británica se produjo algo semejante, a fin de que los integrantes del estamento de los juristas británicos se abrieran un poco a la sociedad. Hubo necesidad de que se produjeran fuertes revueltas y demandas sociales para que los privilegios de la casta y estamentos de juristas, relacionados con los misterios de su profesión que se ocultaban en lenguas desconocidas por el grueso de la población, desaparecieran de manera definitiva, sólo de esta manera fue posible que los juristas británicos hicieran uso de la su lengua materna en las contiendas legales.

Todavía para el siglo XVIII, escribe Mario G. Losano, había juristas en la Gran Bretaña que juraban y perjuraban que la lengua inglesa no era la propia para expresar los problemas técnicos de la ciencia jurídica. Y es que, como se dijo, desde los orígenes del Common Law, en los tribunales no se admitía como lengua el inglés, los documentos jurídicos se tenían que escribir en latín y hablarse en francés[28]. "Ya una ley de 1362 había tratado de sustituir la 'lange français, qestrope desconue' por la 'lange du paiis'[29]; pero la resistencia para defender los privilegios de la casta y estamentos de juristas se siguió imponiendo, hasta que finalmente se impuso el uso en los tribunales y escritos legales de la lengua materna.

Lo mismo se puede observar en otros de los grandes sistemas jurídicos del mundo, y no sólo en sus orígenes sino en las distintas etapas de sus respectivos desarrollos históricos. Los principios en que se funda el derecho islámico, los cuales se encuentran codificados en el Corán, fueron revelados por el arcángel Gabriel a Mahoma; no todos los mortales, por supuesto, ni a cualquier mortal, sólo a un ser investido por privilegios.

---

[28] *Ibidem.*

[29] *Ibidem.*

En la antigua India, a pesar de que la divinidad no se personifica en el emperador sino en la casta de los brahmanes, indiscutiblemente dicha casta estuvo cercana y ampliamente vinculada al poder imperial, y es de esta casta de donde surgen los principios de derecho del sistema hindú —en el Código de Manú— en forma de un derecho divino por haber sido creado por Brahma [30], y los integrantes de esta casta, por su carácter de intermediarios con la divinidad, eran superiores al mismo emperador y decretan leyes que privilegian la existencia de un estado de ignorancia entre los sin casta, prohibiéndoles bajo la amenaza de severas penas el acceso al conocimiento de la lectura de los vedas[31].

En el caso en los orígenes del derecho del extremo oriente, el Chino y Japonés, los principios jurídicos fundamentales se derivan principalmente de la ética confuciana, y para aplicarla el juez goza de una amplia discrecionalidad en su función de intérprete y aplicador de la ley. La ley es vista como un signo de corrupción de la moral, puesto que en esta cultura el hombre debía comportarse siempre de acuerdo a las prescripciones morales del confucianismo.

Poca es la variación del derecho Japonés, en el cual, además de la influencian de Confucio también se deja sentir la del sintoísmo —la religión nacional japonesa— y el budismo, de cuyas castas surgen los jurisconsultos vinculados siempre al emperador quien por el año de 1200, a través de los

---

[30] Véase a Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía* [Tr. Mariano Ruiz-Funes], Ed. UTEHA, México, 1953, p. 4.

[31] Si un sudra, individuo sin casta, era sorprendido escuchando la recitación de los vedas, la pena consistía en llenar sus oídos de plomo hirviendo, si aprendía los versos vedas y era capaz de recitarlos, se le cortaba la lengua, y si sabía de memoria esos versos la pena era el descuartizamiento. Losano Mario G. , ob cit., P. 260.

militares —los shogún— comienzan a ejercer el poder de una manera autónoma[32].

Es cierto que como producto de un largo proceso de desarrollo histórico que se gesta en el seno del sistema monárquico y aristocrático del siglo XI, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se asiste a la institucionalización del *Estado moderno de derecho*. O en términos de Weber del *Estado racional*, el cual se funda en el derecho racional, la burocracia profesional, los parlamentos modernos y los partidos políticos. Por supuesto que también la división de poderes; pero de todas estas variables que influyen para la constitución del Estado racional moderno, Weber resalta la del derecho racional. A esta tesis weberiana habría que hacer la siguiente observación: No obstante la marcada racionalidad atribuida por Weber al «derecho racional moderno» que funda el «Estado racional», y a pesar de que ciertamente existe una cualitativa diferencia entre los sistemas jurídicos occidentales con respecto al sistema islámico y los del extremo oriente —como bien lo señala Weber—[33], ya que la estructura de los primeros se orienta por principios jurídico-formales, en tanto que la estructura de los segundos por principios *materiales*[34], en esta tesis se sostiene —como preámbulo para con

[32] Losano G. Mario, Ob. cit. p. 281.

[33] Se hace referencia, en este punto, a los estados del derecho occidental y oriental en los siglos XVIII y XIX en que en occidente se produce la consolidación del capitalismo. No al estado o situación actual de estos sistemas jurídicos. Por razones que no son parte de este estudio, los derechos del extremo oriente han evolucionado y se han occidentalizado de manera muy considerable. De manera muy particular el derecho japonés, gracias a la influencia holandesa y alemana durante los siglos XVII y XIX. Pero también la influencia de Francia, pues "con la caída de la familia Tokugawa y restaurado el poder imperial, en 1870 fue establecida la oficina para el estudio de los sistemas de gobiernos extranjeros, bajo la guía de Eto Shimpei (1835-75), alumno de la facultad de derecho de París y futuro ministro de justicia". (Mario G. Lozano, Ob. cit., p. 284.).

[34] Véase Weber Max, pp. 1047- 1050 y ss. En cuanto a la expresión "principios materiales", por esto debe entenderse, dice Weber, "los principios utilitarios y de equidad, de acuerdo con los cuales procede, por

posterioridad en este mismo capítulo y en el siguiente entrar al análisis de del problema de la interpretación de la ley, en particular la de Kelsen— que no es posible proscribir del *derecho racional moderno*, y menos de una manera absoluta, los puntos de vista religiosos, rituales, mágicos y míticos[35], como en cierta forma lo sugiere Weber en el siguiente pasaje : "Con semejante derecho —se refiere al derecho de los sistemas del extremo oriente que bajo la égida de pensamientos mágicos, míticos y religiosos se orientan por principios materiales— el capitalismo no puede operar; lo que necesita es un derecho con el que se pueda contar lo mismo que con una máquina; los puntos de vista religioso-rituales y mágicos no han de jugar en él papel alguno. La creación de semejante derecho —se refiere al derecho racional moderno— se consiguió al aliarse el Estado moderno a los juristas, para imponer sus ambiciones de poder[36]".

2.4. DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO. De ninguna manera se trata de cuestionar de manera absoluta la tesis weberiana sobre el relevante papel que jugó el derecho racional en occidente para la aparición de la institución estatal racional, ello gracias a la recepción del *derecho romano* que sólo se produjo en los Estados nacionales occidentales, el cual influyó de manera definitiva en la creación del pensamiento jurídico-formal —lo que como antes quedó señalado, no ocurrió en las sociedades regidas por los sistemas jurídico islámico y los de del extremo-oriente, por ejemplo en China[37]—, sino más

---

ejemplo, la jurisdicción del Cadí islámico. La justicia de toda teocracia y de todo absolutismo se orienta en sentido material, en tanto que la de la burocracia, por el contrario, se orienta siempre en sentido jurídico-formal. Ob. cit. P. 1049.

[35] Weber, Max. Ob. Cit. P. 1050.

[36] Ibídem.

[37] Weber, Max. P. 1047-1048 y ss.

bien, lo que se pretende es señalar los límites de la validez relativa, que no absoluta, del enunciado declarativo weberiano de que: los puntos de vista religiosos, rituales mágicos y míticos no han de jugar ningún papel en el susodicho *derecho racional*. Lo que para reforzar su tesis respecto a que en el *ancien régime* chino era imposible que floreciera el Estado racional, este autor sostiene además de manera reiterativa que "la justicia de toda teocracia y de todo absolutismo se orientó en sentido material, en tanto que la de la burocracia, por lo contrario, se ha orientado siempre en sentido jurídico-formal[38]".

Nada de esto ha desaparecido del derecho moderno o derecho racional moderno. El carácter mágico del derecho primitivo probatorio, como el mismo Weber lo reconoce[39], subsiste en el derecho racional moderno, e incluso subsiste también en el derecho sustantivo moderno (o racional). Como también subsisten tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo los misterios, ritualismos, exacerbados formalismos y el pensamiento mítico de muy variada índole; sólo que todos estos ingredientes, inmersos en el derecho racional moderno, hoy no juegan el mismo papel que jugaron en el derecho primitivo o en el derecho desarrollado en las diferentes culturas occidentales y orientales anteriores al surgimiento del Estado racional y el derecho racional.

De acuerdo a la estructura del derecho —se ha dicho—, la orientación hacia la generalidad y abstracción de sus conceptos, principios y categorías fundamentales, característica del derecho moderno cuyo desarrollo sólo fue posible en occidente, a diferencia de las culturas orientales donde, como se

---

[38] Ibídem.

[39] Véase la cita número 70.

dijo, la estructura del derecho se orientó hacia el sentido material[40] y no en el sentido formal, lo que no debe ser vista más que como la posibilidad de poder conocer y controlar con los medios científicos adecuados las motivaciones y formas de dominación que determinan las representaciones simbólicas de los individuos, o mejor aún, como la posibilidad de detectar las transposiciones simbólicas a la estructura misma de la ciencia jurídica para actuar en consecuencia[41].

A partir de las observaciones de Jung sobre el carácter antropológico de los arquetipos —pero sin entrar en discusión sobre su tesis del carácter colectivo e innato de las imágenes primordiales—, Durand pone de relieve que el racionalismo y la ciencia jamás se liberarán por completo del halo imaginario, pues todo racionalismo y todo sistema racional llevan en sí sus propios fantasmas. Siguiendo a Jung, Durand sustenta esta tesis con el argumento de que al igual que Jung él ve en los sustantivos simbólicos, es decir, en los arquetipos que configuran un estadio preliminar, "la zona matricia de la idea[42]". A lo que de inmediata agrega: "...lejos de primar la imagen, la idea no sería más que el compromiso pragmático del arquetipo

---

[40] Entre otros ejemplos, Weber trata de argumentar en el siguiente por qué no era posible el desarrollo del capitalismo en las sociedades de sistemas de derecho cuya estructura se orienta hacia el sentido material: "En China puede, por ejemplo, que un hombre que ha vendido a otro una casa vuelva algún tiempo después al comprador y le pida asilo, por haber caído entre tanto en la pobreza. Y si el comprador hace caso omiso del antiguo mandamiento chino de la ayuda fraternal, entonces los espíritus se agitan; resulta, pues, que el vendedor empobrecido vuelve a instalarse en la casa en calidad de inquilino forzoso, sin pago alguno de renta". Por eso Weber afirma en que con semejante derecho no es posible el desarrollo del capitalismo. (Ob. cit. p. 1050).

[41] Dado que los juicios de valor muchas veces son vistos como datos de la realidad, podría decirse que en gran medida la ardua labor desarrollada por Kelsen estuvo encaminada a detectar las transposiciones simbólicas a la estructura de la ciencia del derecho, a través de la crítica a la ideología jurídica.

[42] Durand, Gilbert, *Las estructuras antropológicas de lo imaginario, Introducción a la arquetipología general* [Tr. Mauro Armiño], Ed. Taurus, Madrid, 1981, p. 54.

imaginario, en un contexto histórico y epistemológico dado. Lo que explica a la vez que 'la idea a causa de su naturaleza racional —refiere Durand, citando a Jung—, está mucho más sometida a las modificaciones de la elaboración racional que influyen fuertemente el tiempo y las circunstancias y le procura expresiones conforme al espíritu del momento. Lo cual estaría dado por tanto, *ante rem* en la idea, sería su molde efectivo-representativo, su motivo arquetípico[43]".

Si los problemas de la construcción de la verdad jurídica y el de la mediación del derecho con la realidad se ubican dentro del universo de lo imaginario y lo simbólico, un tanto desde las perspectivas de los etnólogos, antropólogos y semióticos —que bajo ninguna circunstancia debe ser ajeno al análisis de los juristas—, incuestionablemente se encontraría en las áreas de la ciencia del derecho y de las prácticas judiciales un campo fértil para el análisis y la reflexión sobre la manera como se produce en los operadores del derecho la estructuración simbólica de las prácticas rituales, mitos, e ideas mágicas y religiosas, todo lo cual, en menor o mayor medida, define su perfil profesional y orienta sus prácticas a profesionales, ya sea en la magistratura, en la procuración de justicia, en la abogacía o en la decencia.

Foucault plantea el rechazo de los análisis que se refieren al campo de lo simbólico o al dominio de las estructuras significantes, y en su defecto privilegiar el recurso de los análisis genealógicos, pues él considera que lo relevante no es el análisis de las relaciones de sentido, sino el análisis de las relaciones de poder, de fuerza, de las tácticas y las estrategias[44]. Sin contravenir en todo lo que se refiere a este punto de vista, en esta tesis se

---

[43] Ob. cit. pp. 54-55.

[44] Foucault, Michel, *Microfísica del poder* [Tr. Julia Varela y Fernando Álvares-Urría], Ed. Ediciones de la Piqueta, 2ª. edición, Madrid, 1979, p. 179.

sostiene que los análisis del campo de lo simbólico en la estructuración del perfil de los operadores del derecho y su influencia en la determinación de sus prácticas profesionales, deben ser vistos como una estrategia prioritaria para la interceptación y desarticulación de los discursos hegemónicos del derecho —sobre todo en el ámbito de la interpretación y argumentación jurídica, que es uno de los puntos considerados como de mayor importancia por el sustentante.

Por tanto, este tipo de análisis que en lo específico no tendría porque que excluir ni contraponerse al recurso de la visión genealógica de las relaciones de poder y desarrollos estratégicos implementados y regulados por el derecho, no deben ser vistos más que como un momento de los estudios genealógicos propuestos por Foucault, pues de lo contrario, si se prescinde de los análisis de lo simbólico y del dominio de las estructuras significantes como uno de los momentos de los análisis genealógicos sobre las prácticas jurídicas y producción de las verdades jurídicas —sobre todo de la forma como se construye la verdad jurídica en las sociedades actuales y las variables que las determinan—, se cancelaría la posibilidad de introducir la temática del poder como forma de explicitación del poder social de las significaciones proclamadas como *sagradas* desde las castas de juristas en las sociedades antiguas y en la Edad Media, por ejemplo, o bien, desde la aparición del Estado racional y el Derecho racional, proclamadas como "científicas" desde los estamentos de juristas de las sociedades complejas del mundo actual. Problemática que se ha dibujado en esta exposición aunque sea de manera tenue, con referencia a cómo en distintos contextos culturales e históricos se ha impuesto el régimen político de la producción de la verdad jurídica desde el poder imperial o real y económico.

2.5. EL PODER DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA, AUTORIDAD Y SOBERANÍA.- Trasladando todo esto a las sociedades modernas ya del siglo XXI —en las que desde luego, se tendría que hacer estudios empíricos concretos de realidades sociales concretas, pues lo que enseguida se expone no es sino una aproximación a un problema poco explorado—, piénsese por ejemplo hasta dónde el poder de lo imaginario y lo simbólico podría influir en la configuración de la idea de *justicia*, *autoridad* y poder soberano que subyace en los operadores del derecho que cumplen funciones jurisdiccionales, e incluso que subyace también de manera prevaleciente en toda la población.

Pondérese lo siguiente: con todo y la socialización que desde el siglo XIX se ha hecho del principio de división de poderes, con base al cual las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, son atribuidas a órganos distintos, con el propósito de evitar la invasión de poderes y funciones, o en términos más precisos para que tales poderes y funciones no se reúnan en una misma persona o en personas de una misma casta[45], según la versión original de Montesquieu, ya que sólo de esta manera es posible evitar el abuso del poder que como bien lo dice el autor *Del espíritu de las leyes*, "...no hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación[46]", no obstante todo esto, al poder del discurso de la tripartición funcional del poder público —o discurso de Montesquieu sobre la *racionalización* en la distribución del poder— se opone sigilosamente el poder de las estructuras míticas y místicas de lo imaginario que, en términos de Bachelard, estimulan actitudes de "...contemplación

[45] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [Tr. Nicolás Estévanes], Ed. Porrúa, Col. Sepan Cuantos, 6ª. edición, México, 1985, p. 105.

[46] "Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona —dice Montesquieu— o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente". (Montesquieu, Ob. cit. pp. 103-104).

monárquica[47]" y de divinización de una imagen omnímoda de autoridad —como se verá más adelante con el simbolismo ascencional—, misma que en los tiempos actuales no sólo es la del monarca y la del emperador, sino también la del primer ministro o la del titular del poder ejecutivo, sobre todo en casos paradigmáticos como el de la sociedad mexicana.

Para Durand, en su obra que en esta tesis se ha venido citando, hay tres grandes temas sobre lo imaginario que establecen una estructura profunda de la conciencia, en cuanto al inicio de actitudes metafísicas y morales. Éstos son "...el esquema[48] ascencional, el arquetipo[49] de la luz uraniana y el esquema diairético"[50]. Y para el estudio de estos grandes temas sobre procesos de lo imaginario —se aclara que para los fines de esta exposición sólo se hace énfasis en el primero— en el que de paso pone de relieve la convergencia isomorfa que caracteriza a las estructuras simbólicas, el precitado autor, a partir del análisis de toda una constelación de símbolos entre los que sobresale el del centro y la espada, observa cómo "...la actitud imaginativa de la elevación, originalmente psicofisiológica —lo cual antes explica a partir de Piaget—, no sólo inclina hacia la purificación moral, hacia al aislamiento angélico o monoteísta, sino que incluso está vinculada a la función sociológica de soberanía. El *cetro* —sostiene— es la encarnación sociológica de los

---

[47] Expresión de Bachelard, citado por Durand, Gilber. A lo que añade que esa actitud de contemplación monárquica está vinculada "al arquetipo luminoso visual, por un lado, y por otro al arquetipo psicosiciológico de la dominación soberana". (Ob. Cit. Durand, G., p. 128.

[48] En la terminología de lo imaginario la palabra "esquema" "es una generalización dinámica y efectiva de la imagen, constituye la factividad y la no sustantividad general de lo imaginario. [...] El hace la unión, no ya como quería Kant, entre la imagen y el concepto, sino entre los gestos inconscientes de la sensoriomotricidad, entre las dominantes reflejas y las representaciones. Son estos esquemas los que forman el esqueleto dinámico, el cañamazo funcional de la imaginación". (Durand. P. 53.

[49] "Los arquetipos constituyen la sustantificación de los esquemas". (Durand, p. 54.

[50] Durand. P. 116.

procesos de elevación"[51]. Antes de llegar a esta conclusión que líneas adelante se complementará, dedica varias páginas al análisis al ascencionismo, para él toda valoración —que se expresa en la estructura de los símbolos ascencionales, desde luego, como el del cetro y la espada de la justicia, por ejemplo —, es una verticalización[52]. Con apoyo en Bachelard, de quien fue discípulo, sostiene además que "...los esquemas de elevación y los símbolos verticalizantes son por excelencia «metáforas axiomáticas» [...] que «comprometen» más que cualquier otra el psiquismo entero"[53].

El ascencionismo simbólico, como el de la luz uraniana y el de la espada de la justicia es por excelencia verticalización soberana, es, para Desoille[54], el encuentro de la ansiada idea de la moral y de la complitud metafísica; es el esfuerzo consumido en el ascenso a la montaña sagrada para contemplar a los dioses, cuyos rostros jamás serán vistos por el ojo humano; o en palabras de Éliade, "...el altísimo «lo alto» es una categoría inaccesible al hombre como tal, pertenece por derecho propio a los seres sobre humanos"[55].

En todas las mitologías el simbolismo ascensional es sinónimo de poder, elevación y poder es una y la misma cosa, pero además el poder es real o no es poder. El poder, simbolizado por el Rómulo en la mitología latina, para citar el ejemplo de Durand, es poder real, no se olvide que el origen de la Roma arcaica es monárquico, y como poder real que el fundador de Roma encarna, al igual que el poder de la Diosa *Themis* en Hesíodo, que adquiere su poder de *Dike* y *Seus* para llevar y concretizar el derecho a los mortales, en la mitología latina el rey Rómulo también es protegido de la divinidad,

---

[51] Durand.., p. 129.

[52] Durand. P. 117.

[53] *Ibidem.*

[54] Autor citado por. Durad, p. 118.

[55] Ob. cit. p. 127.

adquiere su poder de Júpiter y de Marte, sin lo cual no sería portador del *lituss* (vara augural) y del cetro. Es así como el guerrero Rómulo es símbolo de la divinidad, la sabiduría y la justicia, con razón Durand interroga: "El mismo Marte, el guerrero por excelencia, ¿no será invocado bajo el vocablo de Thincsus, *amo de las asambleas*, soberano jurista? Porque la espada guerrera es también la espada de la justicia[56]". Y para complementar la conclusión arriba referida, sostiene que "...el poder judicial no es más que una agresividad ejecutiva codificada y dominada. Y aunque Odín, el gran rey divino de los germanos, combate con armas distintas a la espada, pese a la sutil argumentación dumeziliana hay que reconocer una colusión guerrera entre las armas, las espadas y las lanzas. En definitiva, todo poder soberano es poder triple: sacerdotal y mágico por un lado, jurídico por otro, y por último militar"[57]. De tal forma que como ha quedado referido, al poder del discurso sobre la tripartición funcional del poder que descansa sobre la noción moderna de «poder soberano», según la cual "...la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo y que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este..." —artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma disposición normativa que se establece en todas las constituciones del mundo—, se opone el poder invisible de los endurecidos rostros de lo imaginario, el poder de lo simbólico y el de las estructuras significantes de la generalización dinámica y efectiva de la imagen de autoridad, poder soberano y de *justicia*[58] que enseguida se aborda.

---

[56] Ob. Cit. P. 131.

[57] *Ibidem.*

[58] La generalización dinámica y efectiva de la imagen es denominada por G. Durand como "Esquema", el cual para este autor "constituye la factividad y no la sustantividad general de lo imaginario. [...] Son estos esquemas los que forman el esqueleto dinámico, el cañamazo funcional de la imaginación". Para Sartre —

Para ahondar un poco en la idea de justicia, habrá que referirse para ello de manera obligada al acensionismo, a la verticalización que se expresa en la alegoría de justicia en Hesíodo, es decir, en la mitología de los orígenes de la Cultura Occidental, procurando evitar en la medida de lo posible el alejamiento del sincretismo cultural que caracteriza la estructuración simbólica de esta institución jurídica o concepto posteriormente elaborado por la filosofía. El centro irradiador de poder que configura, da forma y sustento a la idea de justicia divina encarnada en *Themis* es *Zeus*, el Dios máximo, el Dios de todos los dioses, el soberano, el absoluto que eligió como esposa a la Diosa *Themis*. Pero la justicia, que no es para los dioses porque los dioses sino para los mortales, tiene que llevarse a éstos, y la facultada por el soberano *Zeus* para llevar la justicia del cielo a la tierra es la Diosa *Themis*[59], simbolizada hoy con los ojos vendados, portando en su mano izquierda la balanza y en su diestra la espada de la justicia que proyecta con fuerza una luz radiante y dorada, todo la cual, como se ha dicho, constituye el prototipo de los esquemas ascensionales.

Sin embargo, como bien lo refiere Radbruch, este símbolo de la justicia no corresponde a los tiempos de la racionalización mítica de Hesíodo, sino que con posterioridad, a través del sincretismo cultural sobre todo de los romanos, a *Themis* y a *Dike* se les atribuye su *aequitas*[60], es decir, la balanza,

---

dice Durand—, "...el esquema aparece como el «presentificador» de los textos y las pulsiones inconscientes" (Véase a Durand, Ob. cit., pp. 53-54).

[59] Agustín Basave Fernández del Valle observa en la simbolización de la justicia en Hesíodo: en *Themis* y *Dike*, que la Diosa *Dike* no sólo es Diosa del derecho sino también de la política, ya que "...dar concreción al derecho y fundar un orden de paz es tarea eminentemente política. Consiguientemente, *Dike* debiera ser tenida no tan sólo por Diosa de la justicia —que ya lo es su madre *Themis*— sino también —y acaso más— por Diosa de la política". (Basave Fernández del Valle, Agustín, "Fundamentos y esencia del derecho internacional", p. 40).

[60] Radbrucha, P. 139.

aunque lo más probable es que para la época de Hesíodo la espada ya haya sido un atributo de la justicia. Según refiere al autor citado, es en la Edad Media cuando la espada y la balanza se unieron para simbolizar la justicia[61], lo que conforme a lo anteriormente expuesto sobre la simbología ascensional y el isomorfismo que ésta presenta en éste, no debe considerarse como un dato incuestionable.

Se ha hablado ya, tal vez con abundancia, del símbolo y de la simbología ascensional de la justicia. ¿Pero qué es la justicia? La fórmula heredada de la tradición romana, atribuida a Ulpiano, según la cual *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, no aclara mucho las cosas. Pues suponiendo que exista en el mundo alguien con la voluntad firme y continuada para dar a cada uno lo suyo, el problema que nadie ha podido resolver es sobre la base de qué criterio es posible determinar —si es que esto es posible— qué es lo que corresponde a cada cual.

Sobre el problema de la justicia Kelsen observa un paralelismo entre la doctrina de las ideas de Platón —desarrollada *ex profeso* para solucionar el problema de la justicia— y la idea de Dios en la teología de todas las religiones, en lo referente a la idea de «bien absoluto», a cuya idea se subordinan todas las demás ideas en la metafísica platónica[62]. Tanto en la doctrina de las ideas de Platón como en la teología cristiana, por ejemplo, la idea de Dios presupone la idea de bien absoluto y a su vez el bien absoluto presupone la justicia. Pero la identidad «bien-justicia» no es el problema fundamental, pues a final de cuentas el mismo Kelsen acepta que justicia es igual al bien —o que la justicia y el bien es una y la misma cosa—, sino no que el problema se ubica en el carácter «*absoluto*» que a partir de Platón en el

---

[61] *Ibidem.*

[62] Kelsen, Hans, "¿Qué es justicia?" en *¡Qué es justicia?*, pp. 46-47.

campo de la filosofía, como antes en el de la mitología, se ha atribuido a ese «bien» que presupone la justicia. Sin lo cual la justicia no es tal. Postura esta que indudablemente sienta las bases mitológico-religiosas para las transposiciones imaginarias sobre la idea de justicia.

Sin embargo —escribe Kelsen—, por más que Platón intentó concluir sus investigaciones en una definición racional de justicia, supuestamente a través de un método específico —la dialéctica—, esta empresa nunca la pudo lograr, este yerro sirve a Kelsen para reafirmar su tesis de que la justicia es incognoscible por la vía racional, o con otras palabras, que la justicia es un juicio subjetivo de valor. Y no puede ser de otra manera porque considerado este problema desde el punto de cognitivo, hablar de justicia, y más aún de distribución de justicia, es hablar de conflictos de intereses. Por tanto, la solución de esos intereses, o más aún de conflictos de intereses, "sólo puede lograrse por un orden —se refiere a un orden social— que bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos"[63]. De lo anterior se deriva que, para Kelsen, materialmente es imposible la existencia de un orden justo, "capaz de procurar la felicidad a cada uno, si el concepto de felicidad se define en su sentido originario y estricto de felicidad individual"[64], por lo que no puede haber una justicia absoluta, sino sólo relativa.

Retornando a Platón, Kelsen resalta el hecho en este filósofo de que su idea de *Bien absoluto* está más allá de cualquier conocimiento racional, por lo que como el mismo Platón lo acepta —refiere el profesor vienés, citando la Epístola VII de Platón— "...la visión del Bien absoluto sólo es posible a través de una experiencia de tipo místico, que únicamente pueden lograr unos pocos

---

[63] Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 15.

[64] Ob. Cit. P. 5.

mediante la gracia de Dios. Dice también que es imposible describir el objeto de su visión mística —el Bien absoluto— en términos del lenguaje humano. De ahí que no pueda existir respuesta a la pregunta: ¿Qué es la justicia? La justicia es, pues, un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a unas pocas personas selectas que no pueden comunicárselos a los demás[65]. Así concluye Kelsen su análisis sobre la idea de justicia en la metafísica de Platón, la cual coincide con los enfoques hechos a partir de lo imaginario y de las estructuras simbólicas que se ha expuesto.

Kelsen pone de relieve en el pensamiento de Platón el enorme caudal de ensoñación mítica que subyace en la raíz de su *Teoría del conocimiento*, el cual luego se desvanece en una racionalidad filosófica que lo más que logra es formular una idea y un concepto de justicia aptas para el maniqueísmo y el privilegio de quien posee el poder, o de quien posee la facultad de juzgar o para crear y aplicar la ley. Debe aclararse que esto no constituye el objeto de análisis de Kelsen, pero tal lectura se desprende también de su citado texto.

Ahora bien, si se pondera el poder del discurso alegórico de Platón sobre la justicia, en el cual queda muy claro que la justicia es un secreto revelado por Dios a sólo unos cuantos, príncipes, reyes, emperadores, magistrados, etc., o a quien está facultado por la ley para impartir o procurar justicia, y si además se considera el complejo proceso de sincretización de tal idea de justicia, entre otras expresiones culturales, con la de la tradición judeo-cristiana y la del pasado teogónico de Hesíodo, de lo que sólo queda en los inicios del siglo XXI una lánguida y despolitizada imagen de la Diosa *Themis* —como acertadamente lo refiere Agustín Basave Fernández del Valle—, y si se considera todo esto que finalmente confluye en el imaginario de los operadores del derecho para su estructuración simbólica, lo que

[65] Ob. cit. P. 47.

indudablemente de una u otra manera influye también en las decisiones judiciales, se tendrá que aceptar la urgencia de ir al encuentro de los rostros imaginarios del tiempo para su estudio y posterior búsqueda de mecanismos de intercepción y control.

2.6. LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS SIGNIFICACIONES. La anterior exposición sobre el poder de lo imaginario y lo simbólico pone de manifiesto, en primer lugar, los inútiles esfuerzos en la milenaria historia de la Cultura Occidental —cuyos cánones ha llevado a prescribir a la ciencia la escisión saber-poder— por querer encontrar en la naturaleza humana no algo menos que *razón*. Se insiste en colocar la razón como esencia de la naturaleza humana, pero ya pocos coinciden en que la idea de naturaleza humana deba proclamarse en los términos reduccionistas del al monismo racionalista, pues la sinrazón es lo más próximo a lo humano, mucho más que la razón que para los iusnaturalistas fundamenta los derechos y que, paradójicamente, para ello no pueden prescindir de Dios ni de la simbología ascensional, en quien finalmente se fundamental tales derechos.

Tal es el dilema que hoy enfrenta el discurso del eterno retorno a la Teoría del Derecho Natural. Y en segundo lugar, los esquemas de imitaciones antropológicas condicionadas por el medio de interacción humana, el cual en cierta forma cancelan la posibilidad a las posturas racionalistas de liberarse por completo del universo de lo imaginario — según ha quedado expuesto con G. Durand—, pone de relieve la necesidad de seguir el camino andado por Kelsen, en cuanto a su preocupación por la identificación plena los elementos ideológicos transferidos a la estructura de la ciencia del derecho para actuar en consecuencia. De manera muy particular, y las investigaciones en esta dirección significaría una contribución al desarrollo de la perspectiva

científica kelseniana, en lo que tiene que ver con la construcción de la verdad jurídica, tanto en el ámbito de la producción del derecho como en el de la interpretación de la ley.

La orientación de tal empresa ya ha sido señalada entre otros por L. A. Warat, quien desde la perspectiva de una epistemología de las significaciones que sustituiría o complementaría la epistemología de los conceptos, este autor, influido un tanto por el pensamiento de Foucault, sostiene que el dislocamiento epistemológico por él propuesto "...no debe ser realizado ni por la supremacía de la razón sobre la experiencia, ni tampoco de la experiencia sobre la razón, sino más bien, por el primado de la política sobre ambas. Por tanto —escribe Luis A. Warat— el análisis de las verdades jurídicas exige la explicitación de las relaciones de fuerza que forman dominios de conocimiento y sujetos como efectos del poder y del propio conocimiento"[66].

3. MITOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. No se trata en este punto de inventariar las teorías competentes sobre la interpretación de la ley, algo sobre lo que la producción bibliográfica es abundante. El propósito en este apartado es más bien resaltar las principales alegorías, esquemas, arquetipos, imágenes costumbreras e ideas mitificadas que explícitas o implícitamente subyacen en las principales doctrinas sobre la interpretación de la ley; para lo cual sólo se hará se abordará y se hará énfasis en el método exegético y la Escuela Histórica.

Algo más: para el fin que aquí se persigue se elude, también, el análisis de los temas sobre la retroactividad de la ley y el conflicto de leyes en el

---

[66] Warat, Luis. A., *El saber crítico del derecho y un punto de partida para una epistemología de las significaciones*, en "Derecho y Sociedad, revista del Colegio de Abogados de Nuevo León, núm. 2, año 2, 1999, p. 74-75.

espacio y en el tiempo. Temas también muy privilegiados por los estudios de los juristas de todas las corrientes.

3.1. EL MITO DE LA ÚNICA INTERPRETACIÓN CORRECTA.- Dentro del discurso competente de los juristas sobre la interpretación de la ley aparece el de Eduardo García Máynez, uno de los más influyentes en los juristas y operadores del derecho mexicanos. Para García Máynez el problema de la interpretación de la ley es un problema que debe ser plateado a la «técnica jurídica», la cual para él constituye una rama de la «jurisprudencia técnica», disciplina que tiene por objeto de estudio, por un lado, "...la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hayan en vigor en una época y un lugar determinados"[67], y por el otro, "...el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación"[68].

Dado que la jurisprudencia técnica es para este autor una doctrina del derecho positivo "que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho, ni estudia los valores supremos del mismo..."[69], la interpretación de la ley es percibida por él tan sólo como un problema técnico y práctico. No como un problema teórico. Ni mucho menos la interpretación de la ley es para García Máynez un problema epistemológico, aunque atribuye la denominación de doctrina a las técnicas de interpretación y de aplicación del derecho[70].

Según Eduardo García Máynez, no obstante que todo precepto normativo encierra un sentido, no siempre es necesaria la interpretación, pues

---

[67] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*. P. 124.

[68] *Ibidem.*

[69] *Ibidem.*

[70] Ob. Cit. P. 125.

él asegura que hay preceptos formulados de manera muy clara que no requieren de la interpretación, "la interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados[71], en cuyo caso el juez debe cumplir cualquiera las siguientes dos tarea: 1) de interpretación, 2) o bien de integración. La interpretación consiste en desentrañar el significado de los vocablos que integran la fórmula normativa, pues pudiera ser —escribe García Máynez— que éstos posean acepciones distintas, o que la construcción gramatical sea defectuosa. A lo que enseguida agrega que "...el conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa[72]".

La integración, en cambio —sostiene García Máynez, al igual que se sostiene en todas las teorías competentes y tradicionales sobre la interpretación de la ley— sólo es posible en los casos de que existan lagunas del derecho; es decir, en los casos en que "...una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento positivo. [...] Pero la actividad del juez no es, en esta hipótesis, interpretativa, sino constructiva"[73].

García Máynez parte del supuesto de que la interpretación, como arte específico de los juristas que posibilita encontrar el sentido de una expresión jurídica —o para descubrir su significado—, "...consecuentemente posee una técnica especial, pero toda técnica supone el correcto empleo de una serie de medios, para la obtención de ciertos fines, ya que el buen éxito de la actividad del intérprete dependerá de la ideonidad de los procedimientos que utilice[74]".

---

[71] Ob. cit. P. 129.

[72] *Ibidem.*

[73] *Ibidem.*

[74] Ob. cit. p. 331.

De tal forma que si el intérprete de la ley utiliza los medios idóneos que le ofrece el arte de la interpretación —cual si se tratara de la actividad artística de un pintor—, entonces indefectiblemente tendrá que lograr los fines deseados, a saber: obtener la única posibilidad correcta de interpretación, descubrir el único sentido correcto de la expresión normativa sujeta a interpretación, con lo que irremediablemente surge el mito de la única posibilidad correcta de interpretación. En la exposición que se hará en el siguiente capítulo sobre la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Hans Kelsen, quedará mejor aclarado por qué se habla aquí del mito de la única interpretación correcta de la ley.

Indiscutiblemente existe en García Máynez, como iusnaturalista que es, una auténtica y profunda profesión de fe en el absolutismo filosófico. Y fiel a esta corriente del pensamiento percibe una realidad absoluta que existe independientemente de la conciencia, la cual, por ende, sobrepasa toda experiencia humana. Pero García Máynez no sólo percibe una realidad absoluta donde los valores son también datos de la experiencia, es decir, datos de esa realidad donde el sujeto cognoscente, en el proceso de conocimiento, aparece como un sujeto pasivo, puesto que es la realidad la que en el sujeto se refleja como si fuera un espejo, sino que además, por ser las normas jurídicas una parte del ser absoluto —siempre y cuando se fundamenten en los principios del llamado Derecho Natural—, o de esa realidad absoluta donde los juicios de valor son también parte del ser, por ese sólo hecho tales las normas poseen la cualidad de autodeterminación absoluta, no de una determinación relativa que intencional o inintencionalmente es atribuida por el legislador.

Para la metafísica jurídica asumida por García Máynez y por todos los tradicionalismos de la interpretación, es inadmisible la tesis kantiana de que el

sujeto cognoscente es, desde el punto de vista epistemológico, el creador de su propio mundo, el creador de su propio objeto de conocimiento, por lo que jamás podrá ser admitido que las decisiones judiciales poseen un carácter constitutivo. Por eso, desde el punto de vista del absolutismo filosófico de los iusnaturalistas, la actividad decisoria del juez consiste sólo en describir lógica y gramaticalmente las premisas jurídica y factual que se asumen como fundamento de la sentencia judicial.

O dicho lo anterior de otra manera: para las teorías tradicionales de la interpretación de la ley, independientemente de que sus acentuaciones se fundamenten en criterios históricos, sistemáticos, lógicos o analógicos, etc., la interpretación es siempre un problema que en esencia se tiene que ver con el desentrañamiento de expresiones gramaticales que por un acto de derecho se les atribuye un sentido jurídico, ello por más que se diga que la interpretación no debe ser meramente gramatical, y en el mejor de los casos es algo que tiene que ver con la lógica; pero no es visto que la interpretación es algo que tiene que ver con problemas epistemológicos. Pues como se ha visto en párrafos anteriores, la simpleza de García Máynez llega a establecer que sólo en el supuesto de que una ley no sea clara se requiere de la interpretación, y que en caso de que gramaticalmente no sea posible establecer el sentido de la norma, entonces se deberá recurrir a la lógica.

La interpretación de la ley es además, según el punto de vista de las diferentes teorías tradicionales, para reafirmar lo antes dicho, «un acto de descubrimiento» del sentido de la norma en el cual, el intérprete —o sujeto cognoscente—, juega un papel pasivo, y es al objeto de conocimiento, es decir, la realidad normativizada por el derecho, la que conforme a este criterio le corresponde juega el papel activo, al reflejarse en la conciencia del sujeto cognoscente. De lo anterior se deduce que el llamado acto de interpretación de

la ley es un proceso meramente descriptivo, no constitutivo de conocimiento, pues al juez no le es dado crear derecho sino sólo encontrar a través de las teorías sobre la interpretación de la ley la única interpretación correcta de la norma jurídica amplicable; salvo en la hipótesis de que existan lagunas de ley, en cuyo caso el juez sí está facultado a realizar una actividad integradora del derecho, no ya meramente interpretativa, sostiene García Máynez, para lo cual supuestamente se tiene que ajustar a los principios generales del derecho, al Derecho Natural y a la equidad.

Sin profundizar lo suficiente en este inexplorado tema, Óscar Correas dedica unos párrafos a lo que él llama la ideología de la única interpretación correcta —lo que aquí se denomina el mito de la única interpretación correcta. Llama la atención el hecho de que, no obstante los fuertes argumentos de la hermenéutica jurídica respecto a la imposibilidad de una única interpretación correcta de un texto legal, la opinión que prevalece en las escuelas y facultades de derecho y entre los más connotados juristas, es en el sentido de que sí es posible la interpretación única. Aunque tal creencia se oponga "...incluso contra toda experiencia posible forense —escribe Óscar Correas—, puesto que todo abogado sabe que frente a una interpretación siempre es posible otra contraria. Y el abogado que no sepa hacerla debe cambiar de oficio"[75].

Tampoco en esta tesis se ha ahondará lo suficiente en este problema desde el punto de vista ideológico, el cual para los operadores del derecho y la mayoría de los juristas tradicionales no constituye ningún problema. Tan es así que la creencia en la interpretación única no está en debate. Es tenida como un axioma. No está por demás apuntar, para posteriores investigaciones, la

[75] Correas, Óscar, *Metodología jurídica, una introducción filosófica I*, Ed. Fontamara, México, México, 1997, p. 196.

hipótesis de que la creencia en la interpretación única correcta no es algo que sólo tiene que ver con la influencia de estructuras ideológicas, donde indudablemente cumple una importante función, sino, fundamentalmente, con estructuras antropológicas del imaginario, más o menos en los términos expuestos en este capítulo siguiendo las investigaciones de Durand. Pero también, por otro lado, con el *ethos* de los juristas, sus valores, reglas, prescripciones, presuposiciones, costumbres, creencias, etc.

3.2. EL MITO DE LAS LAGUNAS DE LA LEY. Y aquí surge otro más de los grandes mitos que anidan en las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley: el mito de las lagunas de la ley. Véase lo siguiente: como consecuencia de la profesión de fe en el absolutismo filosófico, en el cual se fundamentan las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley, y con base en el cual también se proclama que la relación de determinación entre una norma de jerarquía superior y otra inferior, es siempre una relación determinada de manera absoluta —salvo error o alguna deficiencia de técnica legislativa—, erróneamente se cree que las decisiones judiciales se ajustan única y exclusivamente a las disposiciones normativas previamente establecidas por el órgano productor de normas jurídicas, y que en ningún caso puede haber un cierto margen para la libre discrecionalidad del juez, al menos de que el legislador así lo disponga expresamente en la norma.

Lo visto en el anterior párrafo, respecto a que la relación que se establece entre la norma de superior jerarquía y la inferior —dentro de un marco jurídico aplicable—, es una relación de determinación o de obligación, es algo que no está en discusión.

Es este uno de los axiomas del pensamiento jurídico moderno, independientemente de posturas filosóficas o de concepción teórica-

metodológica que se profesen. En esto no hay discrepancias. La discrepancia está en que, para el absolutismo filosófico, la referida relación de determinación, establecida por un acto de derecho, se da siempre de manera absoluta —no relativa. Salvo las siguientes excepciones: 1) que el legislador decida, por un acto de voluntad, dejar un cierto margen para la libre discrecionalidad del juez, a lo que ya se hizo la debida referencia; b) que esa relación de determinación —o de obligación— no se manifieste de manera completa o absoluta debido a un error del legislador, o bien a un cierto grado de deficiencia de técnica legislativa, en cuyo caso se habla de que hay una «laguna de la ley», la cual debe ser colmada por el juez. Sólo en este caso y no en ningún otro, desde el punto de vista de las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley, le es dado al juez la facultad de crear derecho.

Pero las cosas son de distinta manera, pues como bien lo señala Kelsen, "...todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado"[76], por lo que a diferencia de lo sostenido por las teorías tradicionales de la interpretación de la ley, no hay posibilidad alguna de que el legislador pueda establecer en una norma de jerarquía superior, en su relación de determinación con la norma de jerarquía inferior, una forma de determinación completa o absoluta. Lo normal es la indeterminación.

Todas las disposiciones normativas de naturaleza jurídica son indeterminadas y es facultad legal del juez —en el proceso que cumple de interpretación y aplicación del derecho darles complitud—, y no sólo porque materialmente es imposible al legislador poder prever todas las situaciones concretas en que una norma jurídica cualquiera debe ser aplicada, todas las

variables que involucran al caso concreto que se le presenta, sino también porque la realidad social es compleja y cambiante, en tanto que paradójicamente a las leyes se les atribuye por lo general una vigencia indeterminada. Pero además porque ninguna norma jurídica adquiere sentido de manera aislada, siempre debe interpretársele en relación con el conjunto de normas sobre la materia integrantes del sistema normativo del cual forma parte —o más concretamente dentro del marco jurídico aplicable—, el que en las sociedades complejas del mundo actual se convierte prácticamente en una inextricable selva preceptiva; de ahí que el sentido que el legislador atribuye a una determinada norma —o conjunto de normas— que pretende regular, por ejemplo, el alto índice de homicidios imprudenciales originado por automovilistas que conducen en estado de ebriedad, lo más probable es que los intérpretes de la ley, jueces, agentes del Ministerio Público, abogados, profesores de derecho, o incluso el simple gobernado, le atribuyan un sentido distinto. Y esto sin considerar los problemas de vaguedades y ambigüedades originados por el mal uso del lenguaje.

Se tendrá que concluir, entonces, que la relación que se establece entre una norma jurídica de jerarquía superior con otra de jerarquía inferior, por medio de la cual la de jerarquía superior determina la regulación "del acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de esto"[77], o bien en los casos en que la de jerarquía superior también "determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de

---

[76] *Teoría pura*, p. 350.

[77] Ob. cit. pp. 349-350.

ejecución que se cumplirá"[78], es siempre, y jamás podrá ser de una manera distinta, una determinación relativa, nunca una determinación completa o absoluta.

A partir de todo lo anterior se concluye que, en todos los casos de interpretación de la ley, lo normal es que aún en las prescripciones normativas más precisas en que el legislador ordena al juez cómo actuar en un caso concreto, siempre quede un cierto margen para la libre discrecionalidad del intérprete de la ley, es decir, del juez. Este es el punto de llegada de Kelsen. Y a esa indeterminación, o determinación relativa que para la ansiedad del absolutismo filosófico es incomplitud ontológica, se le ha dado el nombre de lagunas de la ley. Con lo que se ha institucionalizado el mito de las lagunas de la ley.

3.3. EL MITO DE QUE EL JUEZ SÓLO CUMPLE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y QUE SÓLO CREA DERECHO CUANDO LA LEY LO FACULTA PARA ELLO. El mito de las lagunas de la ley, como todos los mitos, cumple una función ideológica. Esta consiste, por una parte, en hacer creer que la función que cumplen los jueces es estrictamente jurisdiccional —de *iurisdictio*, decir el derecho o interpretar el derecho—, que por disposiciones de ley a los jueces no les es dado crear derecho, sino sólo interpretarlo y aplicarlo, es decir, descubrir el sentido del mandato legal y aplicarlo a los casos concretos que se les presentan, salvo las excepciones que la propia ley establece, en los casos en que existan lagunas de ley, y por otra parte, hacer creer también en una absoluta imparcialidad, objetividad y serenidad de los jueces, cuya reflexiva imagen, coloreada en el reclinatorio del templo de Themis, siempre se muestra defendiendo el orden y la justicia y repitiendo las

[78] *Ibidem.*

letanías del derecho y siempre completamente alejada de la política, actividad propia del órgano de producción del derecho.

Sólo en casos en que haya lagunas de ley, se asegura, el juez está facultado por la ley a crear derecho, y según el discurso dominante en este caso el juez no cumple una función de interpretación, sino de integración[79]. Esto, desde luego, resulta ser una falsa aseveración que se contrapone a la naturaleza propia de los procesos legislativos —materialmente hablando—, en los cuales no sólo las leyes se crean por el legislador sino también por el juez, aunque por supuesto, siempre el juez posee mayores restricciones que el órgano de producción de derecho, es decir, el poder legislativo.

En efecto, la aplicación de los preceptos normativos por el juez al caso concreto que se le plantea, exige necesariamente la individualización de la norma que ha de ser aplicada a alguien, y en este proceso de individualización en el que como se dijo, el juez posee un margen —grande o pequeño— para su libre discrecionalidad, indefectiblemente se crea derecho. Esto significa que la norma jurídica individualizada, sea ésta una sentencia judicial o un contrato de compraventa celebrado entre particulares, por ejemplo, es un acto de creación de derecho; no sólo de interpretación y aplicación, como generalmente se cree.

3.4.EL MITO DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. Los inútiles esfuerzos por querer encontrar el único sentido correcto de la norma jurídica sujeta a interpretación, han llevado a los constructores de mitos y teorías sobre la interpretación de la ley a la formulación de lo que se considera la teoría "más confiable": la teoría de la interpretación auténtica. En la doctrina dominante sobre la interpretación de la ley la interpretación auténtica se

atribuye al legislador, a él se recurre con mayor certeza para saber cuál es la interpretación auténtica. Por ser éste el creador de la ley, en caso de conflicto sobre la interpretación correcta de un precepto legal.

Se cree que por ser el órgano legislativo el hacedor por normas, o quien por disposición de ley atribuye sentido a las normas, por este sólo hecho este órgano es quien mejor que cualquier otro intérprete posee la facultad para desentrañar el sentido correcto de la norma cuyo sentido se quiere conocer. Esto por una parte, y por la otra, también se dan casos en que en la misma ley se establece en qué forma ha de entenderse el precepto o los preceptos que emite el legislador, o bajo qué métodos éstos han de ser interpretados; en la realización de tal o cual hipótesis todos los operadores del derecho —jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, abogados, etcétera— están obligados a obedecer las disposiciones legales emitidas por el legislador. Pero ni aún en este caso es posible llegar a una sola posibilidad correcta del sentido de la norma sujeta a interpretación, pues lo que sucede en la realidad es que todos los actos jurídico, trátese de un acto de mera ejecución de derecho o bien de creación de derecho, sólo puede ser determinado en parte por el derecho, pues aún en los casos en que exista la intención en el legislador de otorgar a la norma una determinación completa[80], esta intención resulta ser sólo un deseo, no una posibilidad, por lo que debido a los cambios en los contextos culturales, los problemas policémicos, la disfunción de los canales, etcétera, la pretendida determinación completa o absoluta resulta ser finalmente una falacia, o bien una indeterminación no intencional.

En efecto, dada la indeterminación que caracteriza la formulación de las normas jurídicas, sea ésta intencional o no intencional, y por más grande que

---

[79] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 129.

[80] *Teoría pura*, p. 350.

sea el deseo de la obtención de una determinación absoluta —completa— que profesan los partidarios del absolutismo filosófico, en materia de interpretación de la ley, la única posibilidad real que existe, como bien lo señala Kelsen, es que "...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible"[81].

Con otras palabras, dentro de un marco jurídico aplicable a un caso concreto que se presenta al juez no hay una sola posible interpretación correcta, no hay una decisión única correcta sino varias. Y todas son auténticas si se emiten por el órgano jurisdiccional competente con base a ese marco jurídico aplicable, razón por lo que la llamada interpretación auténtica de la ley es uno más de tantos mitos que furtivamente se han introducido en las teorías sobre la interpretación de la ley. Esta es la única idea aceptable de la llamada interpretación auténtica, que es la que platea Kelsen para diferenciar la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho y la interpretación científica del derecho, como se verá más adelante. Aunque en esta tesis se considera que el término más adecuado para referirse a lo que Kelsen llama interpretación auténtica —algo muy distinto a lo que generalmente se entiende por este enunciado— es "interpretación legal". Esto en razón de que la expresión "interpretación auténtica", que en el pensamiento kelseniano se refiere a la elección de una entre varias interpretaciones posibles, pudiera sugerir la idea de que esa interpretación llamada auténtica, es decir, la elegida entre varias por el juez, sea la única correcta.

---

[81] *Teoría pura*, p. 351.

3.5. LAS TEORÍAS. Sin exclusión alguna de tendencias ni de matices, tanto empiristas como racionalistas clásicos parten del supuesto de que la realidad se rige por leyes, y que es tarea de los científicos descubrirlas. Ahora bien, en el caso del racionalismo clásico, base sobre la cual se construye la Teoría del Derecho Natural, "...el mundo tiene un centro dador de sentido: el logos. [...] Y ese centro otorga fijeza al significado de las palabras[82]", con lo que se genera confianza y seguridad entre los seres humanos.

También pudiera estar ese centro dador de sentido por el lado de la experiencia, en algún lugar ha de estar, pues un "...mundo sin centro dador de sentido, es inquietante, angustiaste"[83]. Y "...si el mundo es racional, si eso significa que puede ser captado por la razón humana, entonces —todo es cuestión de método"[84]. De lo contrario sería el caos, el desorden, la desesperación, no habría confianza ni seguridad en nada. Pues "...¿cómo tratar con algo que es irracional, que no tiene sentido, que no está sujeto a ninguna ley comprensible, cuyos movimientos no pueden preverse?"[85].

Esto es lo que constituye las motivaciones y explicativas de los procesos naturales y sociales. Los seres humanos necesitan comprender el mundo que los rodea, la seguridad y confianza que anhelan —pues nadie desea vivir en medio de la inseguridad, los temores y las desconfianzas— exige apaciguar los temores con respuestas claras y sencillas. De ahí la preferencia por las verdades absoluta que descansan en la idea de un ser divino absoluto y el rechazo a las verdades relativas; pero de ahí también, en un memento dado, de la insatisfacción de los meros datos y el anhelo de

---

[82] Correas, Óscar, *Metodología jurídica I*, pp. 201-204.

[83] Ob. cit. p. 201.

[84] Ob. cit p. 202.

[85] *Ibidem.*

construir teorías. Si esas teorías poseen o no la suficiente fuerza explicativa es otra cosa, basta conque proporcionen seguridad y confianza a la mayoría; tal es el contexto cultural en el que aparecen las principales teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley que aquí se analizaran.

Todas las teorías tradicionales y consideradas competentes sobre la interpretación de la ley se caracterizan por esa fuerza persuasiva, que no explicativa, que hacen creer —o que los abogados y juristas quieren creer— en la posibilidad de la obtención de una sola interpretación correcta del sentido del texto legal. "...Si tuviéramos que señalar algún rasgo común de los métodos que en la presente obra se mencionan —escribe uno de los juristas más connotados de Nuevo León, Germán Cisneros Farías, en referencia a su libro de reciente edición sobre la interpretación de la ley—, tendríamos que decir que el rasgo característico se refiere a la pretensión de constituirse en el método de excelencia, en la recta infalible, apta para extraer de la ley a través de un procedimiento estrictamente intelectual, la decisión correcta, cierta, inequívoca"[86].

Como se dijo, no es objeto en esta exposición hacer un análisis detallado del problema de la interpretación de la ley en la forma como lo hace la citada obra de Cisneros Farías, sino sólo poner de relieve la imposibilidad de la interpretación única, independientemente del método a que se recurra para interpretar la ley. Dado que la interpretación jurídica es esencialmente un problema de «comprensión» del sentido que otorgan los mandatos legales, no de explicación ni de experimentación por la vía de los sentidos como suele creerse —y por tanto es un problema que corresponde al ámbito de la hermenéutica jurídica—, y dado que como se ha venido insistiendo, el lenguaje que es usado en los códigos es un lenguaje natural, abierto, siempre

ha existido y seguirá existiendo el problema de la polisemia, es decir, de los distintos valores semánticos de los signos lingüísticos usados, razón por lo que el «texto» legal como cualquier otro conduce de inmediato al «contexto» para la búsqueda del sentido que otorga el emisor del mensaje —en el caso de las normas jurídicas el legislador—, y otro tanto se podría decir de los receptores del mensaje, se decir, los destinatarios de la norma jurídica, quienes suponiendo que las normas jurídicas hayan sido «bien hechas», siempre existe la posibilidad de que en el proceso sígnico por medio del cual se desentraña el sentido del mensaje se produzcan alteraciones.

Como ha sido estudiado por los lingüistas y los semióticos, el signo lingüístico usado por el legislador para la formulación de normas jurídicas es el elemento esencial del proceso de comunicación para trasmitir a alguien un mensaje, una información o un mandato, como en el caso de los mensajes del órgano del Estado productor de leyes, y como tal el signo se integra como parte esencial del proceso sígnico, el cual se integra por los siguientes elementos: fuente—emisor—código—canal—mensaje—destinatario.

El signo en este proceso juega el papel principal, pues no hay mensaje que no se trasmita por medio de signos, sean o no lingüísticos, pues como lo refiere Umberto Eco, "...un mensaje puede ser (y casi siempre es) la organización compleja de muchos signos"[87]. Por supuesto, la comunicación entre el emisor y el destinatario, independientemente de la naturaleza de la fuente, exige un código común que se constituye por reglas de formación y construcción que dan significado al signo, con lo que se podría pensar en relación a la producción legislativa que con la elaboración de normas bien hechas se reduciría al mínimo los problemas de interpretación de la ley. Pero

---

[86] Cisneros, Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, Ed. Trillas, 2ª. edición, México, 1999, p. 13.

[87] Eco, Umberto, *Signo* [Tr. Francisco Serra Cantarel], Ed. Labor, 2ª. edición, Barcelona, 1980, 22.

no es así, el problema estriba en el carácter polisémico de los signos lingüísticos. Al igual que los juristas que pretenden encontrar un sólo sentido a único la expresión de la ley o a la voluntad del legislador, los lingüistas y filósofos del lenguaje han invertido vanos esfuerzos en querer encontrar una «univocidad» del signo[88], con lo que han hecho surgir el mito de la univocidad del signo, así como los juristas han creado y enaltecido el mito de la interpretación única del texto legal. Lo que es prácticamente imposible.

Y tal vez lo es mucho más en el caso de la función que realizan los jueces —aunque ciertamente los positivistas lógicos han logrado reducir la ambivalencia de los signos, pero únicamente en el campo de las ciencias exactas—, donde por lo general la ley los faculta para crear derecho en caso de lagunas de la ley, recurriendo para ello a los principios generales del derecho, la equidad y el Derecho Natural. En la realización de esta hipótesis cada juez interpreta lo que quiere para supuestamente colmar las lagunas de la ley, ya que tanto la equidad como los principios generales del derecho y el Derecho Natural constituyen el lugar privilegiado del imaginario, el espacio donde el imaginario echa sus reales, pues los principios generales del derecho y la equidad, así como el Derecho Natural, son alusivos, alegóricos, simbólicos, por lo que materialmente es imposible que se pueda arribar a concepciones unívocas sobre el significado de cada uno de estos conceptos, y por tanto, las normas que de estos conceptos se derivan en casos semejantes, tampoco pueden ser unívocas. Hasta aquí el tratamiento somero de este problema, y eso sin considerar siquiera la alteración que puede surgir —o que normalmente existe— en los canales de comunicación que transmiten el sentido otorgado a la norma jurídica por el legislador.

---

[88] Ob. cit. pp. 159-166.

Volviendo al punto, las teorías modernas sobre la interpretación de la ley surgen a partir del siglo XIX, lo que no quiere decir que antes no las haya habido intentos de sistematización, ya a finales de la vieja Roma se realiza un trabajo integral de sistematización del Derecho Romano. Pero a diferencia de las épocas antiguas, la característica de las teorías modernas sobre la interpretación es que ya no se apela a los poderes mágicos del intérprete, tampoco se persuade a los oráculos para que transmitan el único sentido correcto del precepto, ni se echa mano de los días *fastos*, ni tampoco se recurre a la voluntad divina que revela al intérprete el sentido correcto de sus prescripciones normativas, para que éste las de a conocer a los justiciables. Nada de eso, la interpretación jurídica ya no posee como fuente de justificación los misterios de la divinidad ni la veleidad de los oráculos, siguiendo el camino del desarrollo de la ciencia que arranca del siglo XVII, ahora los intérpretes de las sociedades modernas recurren a la ciencia y al método científico, con lo que de paso sea dicho, también ya se ha hecho del método un mito.

Es así como a nombre de la ciencia y a nombre de la razón, pero también como consecuencia del triunfo de la burguesía —aunque este último factor se ha querido silenciar para dar sólo cabida al desarrollo del espíritu y no al desorden ni a la exaltación iconoclasta de los revolucionarios franceses—, con el Código de Napoleón aparece el *Método exegético*, más conocido como Escuela de la Exégesis. Casi a la par, un poco después, surge la Escuela histórica representada por Savigny, a las que más adelante se le dedicarán unas líneas.

El Código de Napoleón fue promulgado el 29 Ventoso del año XII de la República, que corresponde al 20 de marzo de 1804. Éste tuvo como sus principales formuladores a Jean Portalis, Bigot-Preméneu, Treilhard y

Tronchet; recoge las expectativas ideológicas, políticas y filosóficas de la burguesía en su cruenta lucha por su ascenso al poder; sus redactores se dicen ser "herederos de la noción romana de la libertad de contratación y de propiedad"[89]; desde su aparición, se constituyó en modelo universal de las codificaciones del moderno Estado de derecho, véase que es lo que caracteriza este modelo que aún sigue vigente.

En su fundamentación filosófica iusnaturalista —heredada también de la tradición romana-canónica—, concibe al hombre como fin último del derecho; como algo que objetivamente es así y no puede ser de otra manera. Y el texto de la ley es presentado como la exaltación de la *ratio scripta*, o de los principios absolutos e inquebrantables del Derecho Natural, por lo que el individuo que se aparta de la ley dictada por el legislador humano que siempre actúa con estricto apego al Derecho Natural, por ese sólo hecho se aparta de la razón y del orden social. O lo que es lo mismo, se pretende hacer creer que todo mandato legal, sólo por provenir del legislador que por la *ratio scripta* ley es facultado para crear leyes, cumple cabalmente con el imperativo kantiano de no hacer del ser humano un fin, porque el ser humano es un fin en sí mismo. De ahí que al ser presentado el derecho positivo como el único otero desde donde es posible vislumbrar el horizonte del reino de los fines dignos de ser buscados por el hombre, como diría Kant, con ello no sólo se cancela la posibilidad de crítica a ese derecho, sino que además, de esta manera, se canoniza un saber que aparenta reflejar un sistema de valores y una estructura social indubitable e incuestionable, y para el logro de este propósito que mejor que un método de interpretación que haga apología del texto de la ley, tal es el punto de partida y de llagada de la Escuela de la exégesis.

---

[89] Tigar Michael E. y Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo* [Tr. Nicolás Grab], Ed. Siglo XXI Editores, 2ª. edición, México, 1981, p. 237.

Cisneros Farías, profesor titular de Teoría del derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad Autónoma de Nuevo León, hace una completa exposición de las más importantes opiniones vertidas por algunos juristas sobre el método exegético, las que él asume, no sin hacer sus propias observaciones, como aquí se harán las del sustentante de esta tesis. Para los efectos de esta exposición se hará sólo una breve síntesis de este análisis del Dr. Cisneros Farías sobre la Escuela de la Exégesis, son las siguientes: su exacerbado culto a la letra de la ley, punto de vista de Bonnecase, con lo que por decreto ilusoriamente se cancela la posibilidad de que el juez cree derecho[90]; "...predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal de los textos legales en la elaboración del derecho positivo. [...] Doctrina jurídica profundamente estatista"[91]. puntos de vista que también corresponden a Bonnecase. "Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador, los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; el cual no tiene por misión hacer el derecho, el derecho está hecho. [..] Se niega el valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan a través de la ley misma, mediante la analogía"[92], punto de vista que corresponde Antonio Hernández Gil, pues, asegura que "...el derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley[93]".

Resaltan en estas posturas sobre la Escuela de la Exégesis, citadas por Cisneros Farías, un abierto reproche por la sustitución en el Código de Napoleón y en la precitada doctrina del Derecho Natural por la doctrina del Derecho Estatal, pues ahora, como fruto de la Revolución Francesa, el Estado lo es todo, el derecho se estatiza de manera absoluta, reclama Bonnecase; o

---

[90] Cisneros Farías, Germán, p. 130.
[91] *Ibídem.*
[92] Ob. cit. p. 133.
[93] *Ibídem.*

bien, al expulsar la costumbre y salvar las insuficiencias de la ley por medio de la analogía, como reprocha Hernández Gil, "el derecho positivo lo es todo" e indefectiblemente queda fuera de su órbita el Derecho Natural. Pero ni el derecho positivo lo es todo ni al menos en los hechos se puede expulsar la costumbre, ni menos el Derecho Natural, aunque por decreto si se haga, pues al proclamar la Escuela de la Exégesis que las insuficiencias de la ley se pueden colmar mediante la misma ley a través de la analogía, contradictoriamente esta doctrina implícitamente está aceptando factores metajurídicos, esto en virtud de que toda analogía es una extrapolación de valores normativos deducidos en función de uno de ellos tenido como legalmente válido en una norma, y en esa extrapolación, obviamente uno de ellos se contamina por factores extranormativos de naturaleza no jurídica, ya que en la identidad que busca toda analogía tiene que ser asumida por una decisión convencional. No se olvide que en términos lógicos el principio de identidad se enuncia con la fórmula A = A, lo que ontológicamente se expresa en el enunciado toda cosa es idéntica así misma. A no ser de que se trate de una analogía de los sistemas lógicos y matemáticos, en donde dado el carácter artificial de sus lenguajes sí es posible reducir a unas cuantas reglas unívocas el uso de los signos. Pero no es este el caso. Con suficiente razón Kelsen sostiene en su diálogo epistolar con Ulrich Klung, el cual será objeto de análisis en el siguiente capítulo, que las decisiones judiciales basadas en la analogía no es deducción, sino producción de derecho. ¡He aquí una de las principales pifias de la Escuela de la Exégesis!

¿Y en cuanto a la supuesta expulsión de la doctrina de la exégesis del Derecho Natural, a que hacen referencia Bonnecase y Hernández Gil? No la hay realmente. Lo único que sucede es que esta doctrina hace uso de la Teoría del Derecho Natural de manera más convenciera, o con fines de legitimación

muy precisos en aras de la protección de los valores supremos de la burguesía, como quedó expuesto en párrafos anteriores, a saber, el derecho de propiedad y de libre comercio. El mismo Código de Napoleón tuvo como inspiración y sustento, según declara el mismo J. Portalis, los principios del Derecho Natural, en su evolución más conspicua del siglo XVI al XIII[94].

Con todo, los exagetas ven cosas muy distintas y un tanto también algunos de sus críticos, aunque materialmente los supuestos de esta doctrina nunca se hayan realizado y jamás se realicen, pues se llega al absurdo, como acertadamente lo refiere el Dr. Cisneros Farías, de prohibir mediante decreto que el juez se aparte en sus resoluciones judiciales del texto de la ley escrita. Escribe el autor citado que "...el mismo artículo 4°. del código de referencia, los compelía —a los jueces— a una respuesta y en caso contraigo, podían ser acusados como reos de denegación de justicia"[95]. Así es que con el decreto que creó el Código de Napoleón los jueces se vieron inmovilizados, pues "...cualquier intento de interpretación se veía como un acto de sacrilegio a la obra jurídica de los franceses"[96]. A pesar de todo esto, y en esta tesis se coincide con el punto de vista de Cisneros Farías respecto a que el Código de Napoleón tuvo sus bondades, en tanto que posibilitó confianza, debido a la fijeza de sus prescripciones, en tanto que, por otra parte, constituyó el mejor receptáculo para contener y conjuntar usos y costumbres comerciales, hoy institucionalizadas en todo el mundo, que desde el siglo XII se habían venido practicando.

Ahora véase brevemente la Escuela Histórica del Derecho en la cual uno de los fundadores fue Savigny, único autor a que se hará referencia.

---

[94] Tigar Michael. P. 215.217.

[95] Cisneros Farías, Germán, p. 135.

[96] *Ibidem*

Savigny fue opositor a la Teoría del Derecho Natural, tendencia muy marcada del siglo XIX, sus investigaciones las comienza en su curso de invierno de 1802, pero son publicadas con posterioridad. Nombra al derecho "Ciencia de la legislación", su enfoque de análisis es histórico filosófico. Para este jurista el derecho es historia y filosofía. Hay algo más. Para Savigny, influido por los grandes sistemas filosóficos de los siglos XVIII y XIX, la filosofía es sistema y no es filosofía, y todavía de manera más radical sostiene que las nociones de sistema y filosofía son una y la misma cosa: "Todo sistema conduce a la filosofía. La exposición de un sistema puramente histórico conduce a una unidad, a un ideal en el que se funda. Y esto es filosofía"[97]. Karl Larez percibe en los primeros años de Savigny un dejo de iusnaturalismo[98], y en efecto, sólo hasta las últimas etapas de su vida Savigny adopta posturas más empíricas, al reconocer y otorgar una mayor importancia al derecho conseutudinario.

Savigny establece una distinción entre la doctrina filosófica del derecho, o sea el Derecho Natural, y el elemento filosófico o sistemático de la ciencia positiva del derecho, con este elemento filosófico del derecho, distinto a las presuposiciones iusnaturalistas, pretende dotar de sistematicidad y consistencia a la ciencia jurídica; su postura antijusnaturalista lo lleva a sostener que el derecho no necesita de la filosofía, concebida ésta por él como tratamiento del Derecho Natural.

Savigny busca por todos los medios que la ciencia jurídica se asemeje a la filosofía en cuanto idea de sistema, pero sin recurrir para ello a disquisiciones iusnaturalistas, por cierto nada particular en este pensador, ya

---

[97] Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* [Tr. Marcelino Rodríguez Molinero], Ed. Ariel, 2ª. edición, Barcelona-Caracas, México, 1969, p. 32.

[98] *Ibidem.*

que el siglo XIX es el siglo del antijusnaturalalismo. Toda vez que el fenómeno jurídico ocurre en el tiempo y en un lugar determinado, el derecho como historia, o como forma de conocimiento histórica —sostiene el más grande jurista del siglo XIX— debe estar vinculado a la historia del Estado y a la historia del los pueblos.

En cuanto a la interpretación de la ley Savigny percibe y distingue "...una elaboración interpretativa del Derecho, otra histórica y otra filosófica (sistemática)"[99], a partir de una postura meramente descriptivista, no constitutiva, y con una tendencia hacia el reduccionismo y hacia a la apología de la ley escrita, sostiene que la interpretación de la ley tiene como objeto "la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley"[100]. Para lograr tal postura recomienda que el intérprete de la ley debe actuar como si fuera legislador, sin serlo, o en palabras más coloquiales, debe ponerse en los zapatos del legislador para que de manera artificial dejar surgir el veredicto. Refiere además que la interpretación consta de tres elementos: "...el lógico, el gramatical y el histórico"[101].

Pero además, sostiene Savigny, "...poder saber la idea de la ley se exige tomase en consideración el contexto que rodeo las circunstancias históricas de la génesis de la ley"[102]. La interpretación de la ley, según Savigny, debe considerar en profundidad los aspectos gramaticales o pasajes particulares de un texto legal, pero a su vez estos aspectos aislados sólo adquieren sentido en relación con la visión de conjunto, ya que "la legislación sólo expresa un todo"[103]. Pero "...el todo del derecho sólo es visible en el

---

[99] Ob. cit. p. 32.

[100] *Ibidem.*

[101] *Ibidem.*

[102] *Ibidem.*

[103] *Ibidem.*

sistema. Por tanto en toda interpretación de una ley se manifestarían ya no tanto el elemento histórico como el sistemático.

En cuanto a la valoración de las aportaciones de Savigny a la interpretación de la ley, resulta relevante su doctrina histórica no sólo por su aparición casi simultánea con la Escuela de la Exégesis y su oposición también a esta doctrina de la interpretación nacida en el seno del poder napoleónico, sino porque ante la apología al texto de la ley de los exégetas, este jurista introduce en el problema de la interpretación dos elementos importantes, además del histórico, a saber, el lógico y el sistemático, con lo que de alguna manera ya no se recurre a la mera visión gramatical de los textos legales.

Es así como desde principios del siglo XIX la idea de sistema, como visión de conjunto del todo y como factor que posibilita otorgar coherencia y validez a los elementos que lo integran, lo que excluye las visiones reduccionistas que privilegian a uno de esos elementos, aparece ya como una herramienta para la interpretación y argumentación jurídica; lo mismo se puede decir de la deducibilidad lógica, indispensable para la coherencia del sistema.

Con todo y que Savigny abre las puertas a la historia, a lógicas y a la idea de sistema, para la interpretación de la ley, no va más allá, pues a pesar de los considerables avances que significa todo esto, sigue viendo en la ley la categoría fundamental para el conocimiento de la ley.

Es decir, para este pensador el derecho sólo se conoce a través del derecho, de lo que se deriva que la constitutividad cognitiva no tiene cabida, sólo la descripción. Por tanto, para el principal fundador del método histórico, las resoluciones judiciales que emiten los jueces poseen un carácter meramente descriptivo, no constitutivo.