

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Segundo: Concepto del derecho (Solución del problema)</i> . . .	49
1. El método de la jurisprudencia	49
A. Los métodos lógicos	49
a) Concepción tradicional de la lógica	49
b) La lógica como ciencia del pensar científico	50
c) La lógica como filosofía	51
d) Deducción. Inducción. Analogía. Métodos Estadísticos	54
B. Los métodos filosóficos	57
a) La fenomenología	57
b) La deducción trascendental	59
2. El método crítico en la jurisprudencia	63
3. La bilateralidad	64
4. La coercibilidad	67

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTO DEL DERECHO

(Solución del Problema)

El derecho es —hoy por hoy y hasta en tanto no se proponga un nuevo principio que explique con mayor precisión y amplitud el fenómeno histórico de las relaciones jurídicas— el orden coactivo de la conducta.

F.E.V.B.

1. EL MÉTODO DE LA JURISPRUDENCIA

A. *Los métodos lógicos*

a) *Concepción tradicional de la lógica.* Para la mayor parte de los pensadores llamados tradicionalistas, la lógica es la ciencia del pensamiento en general, o mejor aún la ciencia que estudia la forma de la corrección de los pensamientos exclusivamente, pues junto a ella colocan a la metodología como ciencia que investiga los métodos que aplican las otras diversas ciencias en su desarrollo, y a la epistemología o gnosología como ciencia que se ocupa del origen, de las leyes, de la esencia y de los límites del conocimiento. Las cuestiones de que se ocupan estas tres disciplinas son designadas por los tradicionalistas *problemas noéticos*.

La metafísica es para esos pensadores aquella parte de la filosofía que se ocupa de estudiar una pretendida realidad absoluta, trascendente al acontecer empírico, a la que generalmente se denomina *la cosa en sí*. Desde luego que tal disciplina tiene que partir de la afirmación dogmática de que esa realidad absoluta existe con independencia del pensamiento, por lo que en nada se diferencia de cualquier doctrina religiosa. En consecuencia, no es ni puede ser misión del pensamiento científico polemizar sobre la legalidad racional de la metafísica, por cuanto la misma da por sabida y probada de antemano la existencia sustantiva y todopoderosa del ser absoluto fuera del conocimiento y frente a él, con lo que coloca su objeto fuera de la jurisdicción del logos, es decir, de la razón, por lo que no tiene siquiera el derecho de intentar la demostración de la verdad o validez del juicio en que afirma su existencia, ya que ello sería tanto como reconocer que ese ser absoluto

está sometido a la ley de la razón y que sólo vale en y por ella, lo cual es contrario a su postulado de que el ser existe en y por sí mismo. Por tanto, la metafísica no puede ser considerada como actividad científica, sino más bien como actividad similar a la astrología, la alquimia, la magia o el ocultismo.

El pensamiento tradicional denomina al estudio de los problemas noéticos y metafísicos con el rubro común de *filosofía teórica*. Al estudio de los problemas del valor o problemas axioantropológicos lo denomina *filosofía práctica*.

Ahora bien, la lógica entendida como ciencia de la corrección de los pensamientos corre varios peligros. El primero, suponer que pensamientos lógicamente correctos sean falsos, lo cual es una consecuencia tan absurda que muchos tradicionalistas procuran eludirla, aun cuando no siempre lo consiguen con buen éxito, pues la razón de esa incongruencia estriba en que las leyes lógicas son las únicas vías metódicas que nos aseguran el feliz arribo a la verdad científica (que no es absoluta), y aquellos pensadores adscriben el estudio de los métodos científicos a una disciplina distinta de la lógica: la metodología, con lo que se atan de manos para descubrir el contrasentido a que conduce su concepción estrecha de la ciencia del logos que, por esencia, incluye también como su objeto de estudio la investigación de los métodos aplicados por las ciencias particulares. Otro peligro de entender a la lógica como disciplina de la corrección del pensar, es el de terminar considerándola como un arte o técnica dirigido a dictar normas para corregir los procesos mentales erróneos (concepción popular acerca de esta ciencia), cuando se acepta que las formas de la corrección de los pensamientos coinciden en todo caso con la verdad de los mismos. Lo que ocurre es que la lógica no se ocupa de la “corrección” de los pensamientos sino de su validez racional, de su verdad.

Por otra parte, divorciar a la lógica de la epistemología entendida como disciplina que estudia la esencia, las leyes, el origen y los límites del conocimiento, es algo completamente desafortunado, pues así como no puede estudiarse la verdad de los pensamientos sin investigar el método en virtud del cual se llegó a ellos, tampoco es posible comprender qué es método si no lo determinamos como el camino o vía adecuada para precavernos del error, como la guía segura del conocimiento, como el fundamento mismo de la verdad, y esto es establecer la esencia del conocimiento, su ley, su origen y su límite. Así, pues, no hay lógica que no sea metodología y, a la vez, teoría del conocimiento o gnoseología, resultando infundada la separación tradicional entre disciplinas distintas de los que no son más que problemas diferentes de una ciencia única.

b) *La lógica como ciencia del pensar científico*. De todo lo anterior se hace indispensable precisar qué debe entenderse por pensamiento, pues si a la lógica adscribimos como objeto el pensar, es preciso establecer a qué clase de pensar nos referimos, dado que por lo menos existen dos cosas totalmente distintas a las que se denomina igualmente pensamiento: el producto psicológico de nuestra mente y el resultado histórico de la actividad científica. Po-

demostramos decir que hay frío o calor, que tenemos hambre o sed, que el mar es verde o azul, etcétera; y habremos formulado juicios que pueden ser válidos para nosotros pero que carecen de necesidad racional, pues con ellos no expresamos nada objetivo, nada que posea exigibilidad universal, ya que podemos creer que hay frío cuando en realidad haga calor, ya sea porque estemos enfermos o por cualquier otra causa, y del mismo modo podremos afirmar falsamente por razones personales que tenemos hambre o sed estando en realidad satisfechos, así como ver azul una superficie marina que, según el análisis físico de su espectro, fuere sin embargo verde. Esto es, que puede llamarse pensamiento a manifestaciones eminentemente subjetivas y carentes de toda certidumbre. Pero esto no es ni puede ser objeto de la lógica, pues tal clase de juicios no han sido formulados con apoyo en ningún método racional sino sólo con fundamento en particulares decisiones de voluntad.

Por el contrario, el objeto de la lógica lo constituye el mundo de los pensamientos que poseen necesidad racional y exigibilidad universal, esto es, el conjunto de juicios objetivos que constituyen las ciencias y que la historia de estas propias ciencias nos permite determinar como conocimiento. El conocimiento, pues, no es otro que el conocimiento científico. Cuando sostenemos, de acuerdo con la física clásica, que “los cuerpos se atraen en función directa de sus masas e inversa del cuadrado de sus distancias”, o, con apoyo en la geometría plana, que “el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos”; estamos formulando juicios verdaderos, pensamientos objetivos, conocimientos ciertos. Éstos son los que forman el objeto de la lógica, no los juicios personales, los pensamientos subjetivos, los conocimientos individuales, ya que sólo son manifestaciones inciertas de un querer psicológico y, por ende, interesado y carente de un propósito de certidumbre universal. Tales pensamientos carecen de existencia universal, así la tengan subjetiva, pues esta existencia sólo la puede acreditar como tal una determinación científica (histórica, psicológica, jurídica, etcétera), pero entonces ya no existirían para el pensamiento objetivo en cuanto juicios subjetivos, sino en tanto conocimientos metódicamente alcanzados por la historia, la psicología, la jurisprudencia o cualquier otra ciencia. Por tanto, la lógica tiene que entenderse como teoría del pensamiento científico, máxime si se considera que no va a inventar las leyes del conocimiento sino únicamente a descubrirlas en este mismo conocimiento, de lo cual resulta que si el objeto de su reflexión careciese de objetividad, la lógica no sólo no podría proporcionársela sino que ni siquiera la tendría ella misma.

Y si entendemos al conjunto histórico de las ciencias como el producto de una reflexión, la lógica que es una reflexión sobre el pensamiento científico históricamente determinado, puede ser calificada como una reflexión de segundo grado.

c) *La lógica como filosofía.* El pensamiento tradicional considera como el objeto por excelencia de la filosofía un problema por entero ajeno a la ciencia, como es el del “ser en tanto que ser y los accidentes propios del

ser”,¹ según asienta Aristóteles, lo cual se revela más claramente cuando afirma en Brentano que “no podemos considerar como el objeto de la sabiduría humana, sino el concepto del ser en general”.² Con lo anterior claramente se enlaza la consecuencia de que en la filosofía existe una primera parte, llamada filosofía primera o metafísica, que estudia lo que sea el ser y que es lo fundamental para la “sabiduría”, así como que esta “sabiduría” es algo más que el mero producto de la actividad científica, por cuanto no sólo comprende a ésta y la fundamenta sino que se ocupa de algo que está más allá de la realidad histórica, parcial y por ende, particular que las diversas ciencias estudian. De lo cual resulta que la lógica es, para los tradicionalistas, una disciplina filosófica secundaria que, a lo sumo, podríamos colocar inmediatamente después de la metafísica o filosofía primera.

Ahora bien, ya hemos dejado establecido que únicamente puede hablarse de juicio o pensamiento como objeto de la lógica, en tanto sólo designemos con tales términos el resultado histórico de la actividad científica, a fin de eludir todo subjetivismo. En consecuencia cualquier “filosofía primera” o metafísica, en cuanto se ocupa de algo que trasciende la pura experiencia histórica, sólo puede encontrarse formulada en juicios subjetivos, en opiniones personales, que son irrelevantes para la consideración racional y objetiva del pensar filosófico. Por tanto, la lógica no es una disciplina filosófica secundaria sino fundamental y primaria.

Pero esto no es todo. Nuestra disciplina no sólo es una ciencia filosófica fundamental sino que es la filosofía misma, a menos que queramos hacer de ésta una nueva metafísica. En efecto, se ha dicho que la filosofía entendida como una reflexión sobre el *factum* de la cultura se escinde en lógica o teoría de la ciencia, ética o teoría de la moralidad, estética o teoría del arte, erótica o teoría del amor, filosofía o teoría de la religión, filosofía o teoría de la historia, etcétera, según se fraccione en más o menos partes la totalidad de la cultura definida como aquello en que encarna o se realizan valores, con lo que en realidad se hace de la filosofía una axiología de la cultura o teoría de los valores culturales, esto es, una moderna metafísica que, antes de “construir” u objetivar a la propia ciencia, al pensar teórico, pretende elaborar una doctrina forzosa y necesariamente “preteórica” de la cultura en general, sin parar mientes en que el criterio de la certidumbre sólo puede venir de la ciencia y no del arte, la moralidad, la religión o el amor. ¿Cómo puede fundarse racionalmente una axiología que se permite clasificar a la lógica, a la ciencia del pensar objetivo, como una disciplina del mismo rango en cuanto disciplina filosófica, que la ética, la estética y la erótica? De ningún modo. Esa clasificación de las disciplinas filosóficas se apoya en una partición previa de la cultura en diversos territorios, a los que “precientíficamente” se atribuye la encarnación o realización de diversos valores, sin que podamos todavía hablar de valor con necesidad racional y exigibilidad

¹ Aristóteles, *Metafísica*, Libro cuarto, I.

² Brentano, Franz, *Aristóteles*, Editorial Labor, 1930, p. 36.

universal, porque no hemos encontrado aún el criterio lógico de la verdad. Esto es, ¿cómo puede afirmarse antes de hacer lógica que las ciencias encarnan la verdad, si es la lógica la disciplina que tal cosa nos enseña? ¿Cómo podemos decir que en la moralidad reside la bondad, si lo que este valor sea esencialmente sólo puede enseñárnoslo una teoría, una ciencia, la que como tal tiene que ser objeto de la lógica?

En consecuencia, no basta afirmar que la lógica es la disciplina filosófica fundamental, pues ello implica la admisión de reflexiones filosóficas que no sean de carácter lógico sino ético, estético o erótico, lo que resulta evidentemente absurdo, pues podría hablarse de un conocimiento ético, estético o erótico que ostentase una legalidad racional propia y diversa de la legalidad lógica, con lo que se escindiría de manera irreductible la unidad del conocimiento.

Así, pues, debe sostenerse que no hay más filosofía que la lógica y que, cuando se pretende hacer ética, estética, erótica, filosofía de la religión o filosofía de la historia, en realidad se está haciendo lógica, así como que esas diversas denominaciones no tienen otro valor e interés que el de poder fácilmente ordenar diversas investigaciones desde puntos de vista prácticos y utilitarios.

No se califique peroyativamente de panlogista la tesis anterior, pues no deben espantarnos las palabras cuando las mismas son la expresión clara de conceptos racionalmente afirmados.

El *factum* de la moralidad, del arte, del amor, de la religión o de la historia, sólo podemos determinarlo objetivamente a través de una reflexión teórica, científica, que nos permita hablar de ellos como tales, y para esto se requiere inexcusablemente la implicación de la legalidad lógica. Toda reflexión de segundo grado, como lo es la reflexión filosófica, sólo puede ser racionalmente lógica. O en otras palabras: la lógica es el único camino o método *lato sensu* de todo conocimiento objetivo, lo que nos obliga a identificarla con la filosofía entendida como la disciplina que fundamenta la totalidad universal del saber.

La unidad del conocimiento es algo certeramente expresado por Descartes, aunque de manera antropologista y aprovechando el bello símil de Plotino, cuando dice que:

Las ciencias todas, no son más que la inteligencia humana, que es siempre una y siempre la misma, por grande que sea la variedad de su objeto, como la luz del sol es una, por múltiples y distintas que sean las cosas que ilumina.³

No se diga siquiera que el logos, el pensamiento universal, “en el marco de la causalidad espacio temporal está condicionado en la teórica y que

³ Descartes, René, *Regulae ad directionem ingenii*, traducción de Manuel de la Revilla, Regla I.

libre de esta condición se desenvuelve en la ética”,⁴ aun cuando a continuación se afirme la logicidad de la ética al estimarla “como lógica de las formas de la voluntad”, pues también la voluntad está condicionada en la teórica a pesar de encontrarse fuera de la legalidad causal, ya que la misma sólo puede ser objetivamente determinada —como imputación normativa— en la relación eminentemente teórica de supuesto a consecuencia. El deber ser hipotético es la única expresión objetiva de la voluntad. El deber incondicionado tiene que ser siempre subjetivo, pues nunca se le puede postular como un deber puro sin contenido alguno, ya que la noción misma de incondicionalidad no es más que una materia absoluta. Lo incondicional es únicamente el contrapolo necesario para pensar en toda su pureza el deber condicional, la voluntad de la norma, que sólo puede objetivarse en su total dependencia del supuesto material, siendo precisamente esta relación de dependencia la que de modo exclusivo puede purgarlo de toda contaminación subjetiva.

d) *Los métodos lógicos.* Para encontrar el concepto del derecho, resulta indispensable esclarecer cuál es el método adecuado a esta investigación. Por ello, haremos primero un estudio de los métodos empleados históricamente.

La problemática de la teoría de las ciencias o lógica se escinde en dos grandes secciones: La apofántica o estudio analítico de las funciones lógicas del proceder científico, y la teórica o investigación sintética de la estructura lógico-global de las ciencias.⁵ La apófansis (predicación, juicio) es la forma fundamental del mundo del logos, porque en ella se origina o desembocan todas las operaciones del pensar.⁶ La combinación de dos o más juicios da lugar a las estructuras lógicas denominadas *inferencias*. Estrictamente, inferir significa obtener, con arreglo a ciertas leyes, un juicio llamado *conclusión* de otro u otros intitulados *premisas*. Hay tres tipos de inferencias, denominadas métodos lógicos: la deductiva, la inductiva y la analógica. Existe asimismo un cuarto método lógico, el estadístico.⁷ Desde luego que los llamados métodos filosóficos, como el dialéctico y el fenomenológico, son también objeto de estudio de la lógica, pues ya vimos que, esencialmente, la filosofía es lógica.

Método es el procedimiento o plan que se sigue en el descubrimiento de las crecientes verdades de la investigación.⁸ Por no interesarnos en el plano en que ahora nos encontramos las cuestiones puramente didácticas, únicas en las que pueden tener alguna aplicación, no nos ocuparemos de las inferencias inmediatas, que sólo poseen una premisa, ni de las inferencias progresivas, pues ambos tipos de razonamiento carecen totalmente de importancia en el trabajo creador de las ciencias.

⁴ Natorp, Paul, *Kant y la Escuela de Marburgo*, traducción de Miguel Bueno (h), 1956, p. 74.

⁵ Larroyo, Francisco y Ceballos, M. A., *La lógica de las ciencias*, 8ª edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1954, p. 56.

⁶ *Obra citada*, p. 57.

⁷ *Obra citada*, p. 60.

⁸ *Obra citada*, p. 153.

La deducción. El método deductivo es aquella ruta de la investigación que va de lo general o universal admitido, demostrado o simplemente reconocido como válido, a lo particular y concreto no conocido. Si pretendemos aplicar este método para encontrar el concepto general del derecho, observaremos que carece absolutamente de funcionalidad, pues lo que se busca es una noción general y por la deducción se puede llegar a lo particular, pero no a la inversa. Es decir, que a través del método deductivo tal vez pueda arribarse a lo jurídico concreto, a partir de un concepto previamente aceptado o reconocido como racionalmente válido, de lo que el derecho es. Tal ha sido el camino seguido por todos los iusnaturalismos, que a partir del dogma de que el derecho es “el orden materialmente justo de la conducta”, pretenden otorgar o retirar el carácter jurídico a los preceptos que, en la opinión particular de cada escuela, realizan o dejan de realizar la justicia. Con ello mutilan la experiencia jurídica, señalándole prematuramente los carriles por donde debe transcurrir. Separan de su objeto de estudio, el derecho histórico, las partes o segmentos que subjetivamente les desagradan. Su actitud resultaría idéntica a la de un físico que, por tener prevención a los usos bélicos que se han dado a la fisión y a la fusión nucleares, los apartara de su objeto de estudio: fenómenos naturales, y estudiara sólo aquellos otros que no le repugnen. Del físico diríamos que no es un científico sino un demagogo que se disfraza de investigador. Y no hay razón para dejar de utilizar idéntico calificativo para el iusnaturalista que se empeña en degradar la investigación jurídica, poniéndola al servicio de sus particulares intereses ideológicos, como ocurre cuando hablan por ejemplo de un sacrosanto “derecho natural” de propiedad privada y niegan el carácter jurídico o los órdenes colectivistas que no lo “consagran”.

La inducción. El método inductivo es la vía inquisitiva que avanza al mundo de los hechos, de la realidad espacio-temporal, del territorio de la causalidad: ley por excelencia de los fenómenos.⁹ La esencia del proceso inductivo es el tránsito de lo particular observado a lo general o universal no observable, mediante un proceso de generalización, que hace posible la formulación de las leyes causales.

Consecuentemente con su naturaleza, para encontrar el concepto del derecho utilizando el método inductivo, habría que partir de los hechos jurídicos concretos para llegar a la noción general de orden jurídico. Empero, tal empresa se presenta desde luego como imposible, pues ¿cómo sería hacedero reconocer algún hecho como jurídico, entre los innumerables hechos que nos ofrece la historia de la humanidad, sin disponer del criterio indispensable que sólo puede proporcionar el concepto del derecho, para acotar el campo de los fenómenos jurídicos frente a fenómenos diversos? De ninguna forma objetiva.

Sin embargo, tal tarea la han emprendido todos los seguidores del sociologismo causalista. En efecto, partiendo arbitrariamente de ciertos hechos llama-

⁹ *Obra citada*, p. 179.

dos costumbres, en cuanto poseen una cierta pero indeterminada regularidad, así como en cuanto engendran en los individuos la convicción de que tal regularidad es origen de obligaciones y derechos; los califican como jurídicos y pretenden inferir de sus características singulares el concepto general del derecho. Es más, cuando una norma de derecho escrito deja de cumplirse, afirman que la misma ha sido derogada por una costumbre negativa que denominan *desuetudo*. Así, afirman que el derecho es “el orden realmente eficaz de la conducta”, el que se cumple en la sociedad. Con ello reducen el deber ser al ser, la validez a la eficacia, la obligatoriedad a la probabilidad. Su postura equivale a sostener que se está más obligado a realizar una específica conducta positiva o negativa, cuando la regularidad en la aplicación de la regla es mayor en determinado momento, y menos obligado cuando la operatividad de la costumbre es menor que en otra época. Por ejemplo, si en la actualidad casi no se aplica la norma que sanciona el incesto, entonces no estaremos muy obligados, según esta tesis, a abstenernos de realizarlo. Pero sí estaremos grandemente obligados a no cometer despojo, porque este acto casi siempre se sanciona, especialmente si el ofendido es económicamente poderoso. Lo anterior implica una confusión esencial acerca de la noción de deber jurídico: éste es una *necesidad legal* y no una *probabilidad fáctica*. La obligación de derecho no admite grados. Tan obligado se está a ejecutar o abstenerse de una cierta conducta cuando los demás obran mayormente en igual forma, que cuando no lo hacen. Un inquilino no estará más obligado a pagar la renta cuando la mayor parte de los arrendatarios así lo hacen, que cuando es mayor el número de los morosos.

Por tanto, sólo quienes han perdido de vista la naturaleza de la obligatoriedad jurídica, pueden pretender que la inducción sea utilizable en la búsqueda del concepto del derecho.

La analogía. El método analógico, al igual que el inductivo, se apoya en el supuesto de la legalidad causal de la naturaleza. Pero a diferencia de éste, no va de lo particular a lo general, sino que permanece en el mismo grado de concreción o amplitud del objeto escogido como punto de referencia. El proceso analógico consiste en derivar de la semejanza en ciertas propiedades de los objetos que se comparan, la que puedan tener respecto de las demás: Si en la tierra existen organismos vivos, otros planetas del mismo o diverso sistema solar, con similares o parecidas cualidades, pueden igualmente contener vida orgánica.

Este método no ha sido usado históricamente para intentar la búsqueda del concepto general de derecho, tal vez por la dificultad de encontrar objetos con los cuales compararlo. Sin embargo, algunos autores que pretenden hacer sociología jurídica, apuntan semejanzas entre ciertas costumbres y usos que denominan “normas del trato social” con el sistema del derecho, al que ya vimos en el subinciso anterior que consideran erróneamente como un conjunto de regularidades de índole causal. Y, así, afirman que ambos tipos de regularidades (normas dicen ellos) poseen exterioridad (regulan la “conducta ex-

terna” de los hombres), heteronomía (se imponen por una instancia ajena al sujeto), etcétera.

Lo anterior resulta totalmente inocuo por la investigación jurídica, atendiendo a que ésta nada tiene que ver con la legalidad causal de la naturaleza. La confusión deriva de que los llamados usos sociales motivan o pueden motivar el ánimo de los individuos, como una de las causas del hacer y el obrar físico material de los mismos, y exactamente igual motivación producen o pueden producir en ellos las representaciones psíquicas de los contenidos de las normas jurídicas, no las propias normas en cuanto tales.

Por otra parte, las expresiones “conducta externa”, instancia ajena al sujeto y otras similares carecen totalmente de objetividad, pues llamar conducta externa a la vida de relación implica un error de principio: la posibilidad de una *conducta* del individuo considerado aisladamente. Pero el individuo aislado es sólo un animal, una bestia. Su hacer y obrar físico material no puede ser conducta en sentido histórico y carece de toda relevancia para la ciencia del derecho, ya que a lo sumo podrá interesar a la zoología. Y hablar de instancia ajena al sujeto presupone, que éste puede ser en algún sentido juez válido de su propia conducta, lo cual, independientemente de ser algo intrascendente como mero juicio de conciencia y, por ello, totalmente subjetivo, resulta un hecho improbable en la historia universal fuera de la psicología como ciencia causal.

B. *Los métodos filosóficos*

a) *La fenomenología*. Modernamente Edmund Husserl, maestro y fundador de la fenomenología, ese intuicionismo tan en boga que inspira la obra de autores como Martín Heidegger, Nicolai Hartman (renegado de los momentos idealistas de su maestro), José Ortega y Gasset, Carlos Cossio, Jean Paul Sartre y muchos otros fenomenólogos, existencialistas y vitalistas; sostiene que la *Wesensschau*, intuición inmanente *a priori*, ideación fenomenológica o abstracción ideatoria, que con todos estos nombres se designa a la operación que sirve de base al método fenomenológico, es una fuente legítima de conocimiento, con lo que hace depender a éste radicalmente de un irracional como lo es la intuición, cualquiera que ella sea: “intelectual” o sensible, substrayéndolo al exclusivo gobierno del pensamiento, de la razón.

Podemos afirmar que la fenomenología es aquella postura que hace depender o derivar lo que es para nosotros racional: el conocimiento, de algo que entendemos como irracional: la intuición. Y aun cuando esta sola consecuencia es bastante para que desde nuestro punto de vista rechacemos el método fenomenológico como fuente legítima de conocimiento, por el absurdo que según lo expuesto lleva implícito en su propia base, explicitaremos en qué consiste fundamentalmente dicho método, a efecto de hacerle algunas críticas inmanentes.

Husserl sostiene que en la primera fase del proceso intuitivo de conocimiento, se recibe en la intuición, fielmente y de manera natural, todo lo que se ofrece en la misma, es decir, todos los elementos de un fenómeno; en el segundo momento de ese proceso, se verifica la reducción eidética del fenómeno recibido, o sea, la escogitación de sus elementos esenciales y necesarios, prescindiendo de los que no lo son; y en la tercera fase del método fenomenológico, que es su momento culminante, se regresa de la conciencia empírica del fenómeno (intuición de todos sus elementos: los necesarios o esenciales y los circunstanciales o accidentales), a la conciencia pura del mismo (intuición de sus elementos esenciales exclusivamente). Este tercer momento del proceso intuitivo de conocimiento es lo que Husserl y los husserlianos llaman percepción inmanente *a priori*. Un ejemplo de este proceso nos lo proporcionan los propios fenomenólogos diciendo, que la representación psicológica de un triángulo proporciona a la intuición sensible, primero, un conjunto de elementos esenciales y accidentales de esa figura matemática, como serían el tratarse de un polígono cerrado por tres lados, los que tendrían cierta longitud y formarían determinados ángulos; segundo, la intuición intelectual efectuaría la reducción ideal del fenómeno, es decir, se quedaría tan sólo con los elementos indispensables o esenciales del triángulo, que son los que permiten intuirlo como un polígono cerrado por tres lados; y tercero, la propia intuición realizaría un regreso del contenido de su primera fase al de su segundo momento.

Ahora bien, como garantía de que esa intuición inmanente *a priori* es correcta y es auténtica, Husserl señala la evidencia apodíctica (*Einsicht*) o intelección de las esencias. Explicando esto, Larroyo y Ceballos dicen que, para Husserl, “Hay dos especies de evidencia, la asertórica (como cuando veo evidentemente este objeto ante mí) y la apodíctica (como cuando... inteliijo que 2 más 1 es igual a 1 más 2)”.¹⁰

En contra de lo anterior nos dice Paul Natorp que “la conciencia es referencia al yo y lo que se halla en esta referencia es un contenido de la conciencia”.¹¹ Contenido es todo lo que está referido en la conciencia a un yo, prosigue Natorp, y todos los contenidos tienen una y la misma referencia, siendo esto propiamente lo común y específico de la conciencia. “El yo como centro subjetivo de referencia para todos los contenidos de que tengo conciencia, se halla frente a esos contenidos de un modo que no puede compararse a ningún otro;... no es consciente para sus contenidos como el contenido lo es para él;...” o “Dicho de otra manera: toda representación que nos hiciéramos del yo convertiría a éste en un objeto. Pero en cuanto lo pensamos como objeto hemos dejado de pensarlo como yo”, de donde se sigue que la percepción inmanente (contemplación de las esencias *a priori* de la conciencia y de la propia conciencia como tal) es imposible. Sobre el mismo tema Guillermo H. Rodríguez agrega, que:

¹⁰ *Obra citada*, p. 194.

¹¹ Natorp, Paul, *Introducción a la psicología según el método crítico*, 11; citado por Edmundo Husserl, *Investigaciones lógicas*, tomo III, p. 142.

La relación entre sujeto y objeto, entre conciencia de algo y algo de lo que se tiene conciencia, es irreversible; nunca un objeto puede tener conciencia de un sujeto, ni un sujeto puede ser objeto de un objeto.¹²

Y aún aceptando que la *Wesensschau* fuese posible, podemos afirmar que la misma sólo significaría un *regressus in infinitum*, cuando se buscara como debe hacerlo la ciencia un criterio de certidumbre. En efecto, la *Einsicht* que Husserl señala como garantía de autenticidad de la percepción inmanente, no lleva en sí misma la garantía de su propia autenticidad, por lo que la certidumbre sólo puede buscarse en una nueva percepción inmanente, lo cual es posible si se toma en cuenta, que para Husserl todo puede ser objeto de intuición, hasta el propio yo. Ahora bien, esta nueva percepción vendría a ser la garantía de validez de la evidencia apodíctica o *Einsicht* de la primera abstracción ideatoria, pero su propia validez queda siempre en cuestión, por lo que para el pensamiento científico requiere de su peculiar *Einsicht* y ésta de otra percepción inmanente, y así sucesivamente hasta el infinito. O, en otras palabras: llamemos A al proceso intuitivo fenomenológico y B a su *Einsicht* o evidencia apodíctica, que es la garantía de la validez de A; ahora bien, como B no puede postularse como evidente por sí misma sin incurrir en dogmatismo, porque tan evidente apodícticamente es, a la intuición, que “el todo es mayor que una de sus partes” como lo contrario, para estar convencidos de la validez objetiva de B sólo es posible recurrir a una nueva intuición, esto es, a C, que a su vez habrá menester de otra *Einsicht*, D, y ésta de un nuevo proceso fenomenológico, E, y así sucesivamente.

Por lo expuesto se ve claramente que la fenomenología, entendida como método de conocimiento basado en la intuición, desemboca forzosa y necesariamente en un ineludible *regressus in infinitum*.

Independientemente de lo inservible del proceder fenomenológico, para emplearlo en el conocimiento del derecho, bastaría encontrar un fenómeno jurídico cualquiera, para intuir los elementos esenciales del mismo, o sea, el concepto general del derecho. Esto es, que la fenomenología en el derecho es un simple proceso adivinatorio, pues si no se sabe qué es derecho, menos podrá identificarse un fenómeno como jurídico, y aún si admitiéramos esto, el resultado obtenido quedaría sin ninguna garantía de autenticidad.

b) *La deducción trascendental.* El *factum* de la filosofía no es otra cosa que la historia de las ciencias. Ahora bien, para que la filosofía sea ciencia requiere, además de un objeto, de un método propio, y a este respecto cabe decir que el método racional utilizado al efecto en toda la historia de la filosofía, es aquel que el idealismo trascendental designa con el nombre de método crítico, que consiste en reclamar una fundamentación trascendental o fundamentación de derecho para cada proposición filosófica, según expone Paul Natorp.

¹² Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, Departamento de Publicidad y Propaganda, S.E.P., México, 1947, p. 81.

Antes de seguir adelante, y a reserva de exponer en qué radica de manera específica el método de referencia, intentaremos explicar por qué no sería lícito a la filosofía trabajar con cualquiera de los métodos lógicos conocidos, por ejemplo, con el inductivo o con el deductivo. Y la razón es bien sencilla, si atendemos a que estos métodos son utilizados por las diversas ciencias particulares que componen el conjunto del conocimiento, de lo cual resulta que está implicada la legalidad de los mismos en los resultados de las ciencias concretas. Por tanto, si concebimos a la filosofía como una ciencia cuyo objeto es el conjunto históricamente determinado de las demás ciencias, inclusive la propia filosofía como tal, y por ende, de sus respectivos rendimientos, sería ingenuo partir para fundamentarlos o sistematizarlos de esos mismos rendimientos, ya que en ellos se encuentra inmerso el método que se utilizó para alcanzarlos; sería tanto como utilizar a la inducción o a la deducción para fundamentar a la inducción y a la deducción, lo que resulta carente de sentido.

Teníamos pues al método crítico trascendental, como la exigencia para cada proposición filosófica de una fundamentación de derecho.

Esta exigencia contiene dos aspectos esenciales: El primero exige la segura correlación con los *facta* patentes e históricamente demostrables de la ciencia, de la moralidad, del arte, de la religión. La filosofía no puede respirar en el “espacio vacío” del pensamiento abstracto, en el que el solo entendimiento quisiera elevarse en alas de las ideas; teme, según las precisas palabras de Kant, las “altas torres” del arquitecto metafísico en torno a las cuales “generalmente hace mucho viento”. Busca el fructífero Bathos (“tierra profunda”) de la experiencia en el sentido amplio de la palabra; esto es, se esfuerza por arraigarse en el conjunto del trabajo creador de la cultura; en el “deletreo” teórico científico de los fenómenos, en la configuración práctica de las normas sociales y de una vida dentro de ellas, humanamente digna también para los individuos; en las esferas artísticas y en la formación estética de la vida; aun en las más íntimas modalidades de la actividad religiosa. He aquí que “en el principio era la acción”, la acción creadora de la estructura objetiva de toda especie, en la que únicamente el hombre construye por sí mismo su esencia humana y objetivizándose en ella, imprime profunda, plena y unitariamente, la impronta del espíritu de su mundo; más aún, de todo un mundo de tales mundos, a los que puede llamar todos, suyos.¹³

Es decir, que no hay que dejarse ganar por la ilusión, por el orgullo de la pura razón especulativa, sino que es preciso siempre remitirse a la experiencia objetiva. “La ligera paloma agitando con su libre vuelo el aire, cuya resistencia nota, podría imaginar que su vuelo sería más fácil en el vacío”.¹⁴

Éste es el primer aspecto del método trascendental, pero como el propó-

¹³ Natorp, Paul, *Kant y la Escuela de Marburgo*, Conferencia sustentada ante la Sociedad Kantiana de Halle el 27 de abril de 1912, *Kantstudien*, tomo xvii, inciso I.

¹⁴ Kant, Immanuel, *Kritik der Reinen Vernunft*, introducción, inciso III.

sito central del conocimiento es encontrar el fundamento de derecho del *fieri* de la cultura, “para descubrir cuál de entre todas las *concepciones* del mundo y de la vida puestas en acción, puede satisfacer la exigencia de objetividad científica y exigibilidad universal”;¹⁵ precisa determinar el segundo aspecto esencial del método de referencia.

El fundamento creador de todo acto tal de estructuración objetiva —prosi-gue Natorp— es la ley. Es, en último término, aquella ley originaria que se designa todavía y se comprende suficientemente como la del *Logos*, de la *Ratio*, de la razón. Y he aquí que tenemos la segunda, la decisiva exigencia del método trascendental: demostrar para el *factum* el fundamento de su “posibilidad” y con ello “el fundamento de derecho”. Esto es, simplemente obtener el fundamento nómico, la unidad del *Logos*, de la *Ratio*, en todos y cada uno de los tales actos creadores de la cultura, y reducirlo en su pureza, pues aun cuando el acto mismo de la estructuración es siempre lo primero, no garantiza así, y sin más, su propia pureza, o sea la rigurosa regularidad de la ley de su estructuración, que no se aparta nunca de su dirección.

La manera apropiada de resolver los problemas relativos al fundamento de derecho dice Rodríguez,

Es poner en crisis, es criticar las hipótesis que pueden proponerse para funcionar como principios explicativos. Por ello dice Kant: “los que rechacen... el proceder de la crítica... no pueden proponerse otra cosa que rechazar las trabas de la ciencia, transformar el trabajo en juego, la certeza en opinión y la filosofía en filodoxia”. El método crítico trascendental no va más allá ni puede ir más allá de los límites de los bienes de la cultura, históricos, y en ese sentido, empíricos. El método se eleva a un punto de vista superior, pero sin trascender los límites empíricos de los *facta culturae*.

Éste es, sencillamente expuesto por los autores citados, el método cuyo rigor hace de la filosofía una ciencia, o mejor, la ciencia de las ciencias. Al respecto no hemos querido hacer una exposición personal de dicho método, por estar convencidos de que resulta imposible superar en claridad y concisión la de nuestros maestros; y aún más, continuaremos refiriéndonos a Paul Natorp en la explicitación de los principales aspectos del método de la crítica.

El término trascendental con que se designa a nuestro método, y que significa una ascensión sobre la experiencia, no va en contra de la

Inmanencia del genuino punto de vista de la (propia) experiencia —afirma Natorp—, sino que se apoya precisamente en él, ya que no quiere imponer leyes desde fuera, al hecho de la experiencia, señalándole prematuramente su carril; quiere simplemente establecer en su pureza la ley “sólo por la cual” es posible como tarea, y en segura conciencia de esta su propia

¹⁵ Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, p. 6.

ley, asegurarle para su ulterior progreso en su propia independencia, salvaguardándola así de toda aberración extraña. Así deviene el método trascendental en crítico; crítico contra toda usurpación metafísica, crítico también contra un empirismo sin ley, fugitivo de la ley. Hace valer la autonomía de la experiencia contra la heteronomía de un metafisicismo que quiere señorearla, así como contra la anomía de un empirismo carente de ley, o mejor dicho, enemigo de toda ley.

Es por lo expuesto que el método trascendental, por ser inmanente a la experiencia,

No puede buscar la ley de la estructuración objetiva en otra parte que no sea esta misma estructuración objetiva; en la creación de la vida cultural de la humanidad, que se encuentra siempre en obra y nunca concluida. Conserva al mismo tiempo riguroso carácter objetivo, por lo que se distingue agudamente de todo psicologismo.

Lo afirma Natorp, quien al emplear la palabra ley no quiere significar sino principio válido, funcionalmente entendido en el sentido de la pureza como mera hipótesis explicativa, universal, inespacial e intemporal, unitaria y sintética, pero implícito en el mundo de lo empírico entendido científicamente en eterno progreso y dentro de sus límites, no más allá o fuera de ellos —precisa Rodríguez.

La psicología no puede servir de base a la filosofía —asegura el maestro de Marburgo. No puede llegarse en forma inmediata a lo inmediato de la vivencia del alma, sino sólo volviendo regresivamente de sus objetivaciones; es por esto que ellas deben ser aseguradas primeramente en su propio y puro fundamento objetivo.

Y es en este regreso de la conciencia, donde la filosofía crítica encuentra su mejor protección contra el absolutismo de las filosofías que, con un pequeño núcleo de elementos abstractivamente alcanzados, pretende gobernar la múltiple y compleja variedad de la vida, que se presenta en fluir constante e ininterrumpido; consiguiendo tan sólo deformarla y detenerla artificialmente.

El método trascendental, como método inmanente, no corre este peligro —explica Natorp—. Él mismo es progresivo, evolutivo y capaz de originar una evolución infinita; no es rígido ni está encerrado en la inmovilidad cósmica eleática; tampoco se mueve solamente alrededor de un punto fijo, en órbitas eternamente fijas, como las constelaciones de la antigua astronomía. La filosofía como método significa para nosotros precisamente esto: todo “ser” fijo debe resolverse en un tránsito, en un movimiento del pensar. La equivalencia eleática, y en general idealista, de ser y pensar, pierde así el aspecto de inerte tautología en la que es propio fundamentalmente el ser en el pensar, en la medida que congela también al pensar y lo hace un nuevo ser inerte. El genuino idealismo no es ni

con mucho el del “ser” eleático, o el del primer estadio de las “ideas” platónicas, que conservan aún la rigidez eleática. Es aquel del “movimiento”, del “tránsito” de los conceptos que se plasmó en el “Sofista” de Platón, el de la limitación de lo ilimitado, del eterno “devenir para llegar a ser”, según el “Filebo”.

2. EL MÉTODO CRÍTICO EN LA JURISPRUDENCIA

Es según esta filosofía, o mejor, según este filosofar, que hemos tratado de realizar nuestra investigación, procurando evitar todo metafisicismo, todo absolutismo y todo subjetivismo, para lograr un correcto planteamiento de los problemas capitales de la filosofía del derecho.

En síntesis podemos expresar, que el método de la reflexión trascendental no es sino una actitud frente a los problemas universales, que plantea dos exigencias básicas: *a*) Reclamar la segura correlación de cada proposición filosófica con los hechos históricos, y *b*) Encontrar para tales hechos el fundamento de su posibilidad racional.

Aplicada al conocimiento del derecho, la deducción trascendental nos muestra que debemos partir del *factum* de la experiencia jurídica, de lo que históricamente se ha considerado como derecho, para descubrir el principio “sólo por el cual” es posible como tal, o sea, el fundamento unificador del mismo que lo haga racionalmente comprensible. Este principio no será empírico, pero tampoco trascendente, porque entonces sería metafísico. Así, sólo podrá tener carácter trascendental, es decir, no estará en la experiencia pero en ningún momento perderá el contacto con ella. Será como el concepto “polígono cerrado por tres lados”, que no está en la experiencia física pero que tampoco la trasciende, pues si no existe el triángulo, sí existen las cosas triangulares, que el propio concepto permite determinar como tales.

Naturalmente que la postulación de un cierto principio, como *a priori* unificador del concepto del derecho, aunque nos permitirá construir un sistema teórico explicativo del fenómeno jurídico histórico, sólo tendrá la vigencia que los progresivos frutos de la investigación le determinen, por cuanto si sobre un principio diverso llegare a elaborarse otro sistema teórico cuya amplitud explicativa del fenómeno jurídico sea mayor, más simple o más precisa, deberá abandonarse aquél del modo que se abandonó la tesis geocéntrica ptolomeica (teoría de los epiciclos) por la tesis heliocéntrica copérnicana, para describir y explicar el fenómeno sideral.^a

Históricamente sólo se ha propuesto como principio nómico del derecho, entendido como conjunto de normas válidas de conducta e independientemente tanto de la calificación axiológica de su contenido como de la determinación empírica de su mayor o menor grado de aplicación o cumplimiento; a la *coercibilidad* debidamente precisada como “enlace por la norma de una

^a Véase inciso 8 de la sección A) de la Introducción.

sanción (consecuencia) a la realización de un cierto supuesto” (antecedente o causa jurídica).

Únicamente con el propósito de cotejar la funcionalidad de tal principio explicativo, analizaremos otro del que han hablado el ruso León Petrazisky, el italiano Giorgio Del Vecchio y el mexicano Eduardo García Máynez, y al que podemos suponer la finalidad de fundamentar un sistema teórico referido al fenómeno jurídico, o sea, la *bilateralidad* entendida como “carácter impero-atributivo de la norma de derecho”.

3. LA BILATERALIDAD

Con el propósito de diferenciar diversas especies de “sistemas normativos”, cuya obligatoriedad se supone gratuitamente, y aun sin contar con el concepto del género común: deber ser, normatividad; multitud de autores afirman que existen dos, tres o hasta cuatro de tales sistemas, cada uno de ellos con características definidas, como son:

- i) Moral: Autonomía (sus deberes se los impone el mismo sujeto), interioridad (regulan la “conducta interna” del individuo), unilateralidad, etcétera.
- ii) Derecho: Heteronomía (se imponen sus obligaciones por una instancia ajena al sujeto), exterioridad (regulan la “conducta externa” de los hombres), bilateralidad (sus normas imponen deberes y simultáneamente otorgan facultades), etcétera.
- iii) Usos sociales: Heteronomía, exterioridad, unilateralidad, etcétera.

De la anterior tabla de cualidades de cada uno de los apuntados “sistemas normativos”, destaca la bilateralidad como característica diferencial del derecho frente a la moral y a los usos sociales.

Para Del Vecchio el conocimiento normativo se desarrolla sobre dos categorías o conceptos fundamentales: la imperatividad y la imperoatributividad, que respectivamente aplica a la moralidad y a la juridicidad, excluyendo expresamente a los preceptos del trato social como normas diversas de las del derecho o de la moral, adscribiéndolos en general al territorio de esta última, por estimar que comúnmente no facultan a ninguna persona para exigir el cumplimiento de sus mandatos.

Las valoraciones jurídicas —afirma este autor— implican siempre una referencia transubjetiva. Lo que un sujeto puede jurídicamente lo puede frente a los demás: la facultad jurídica significa facultad de exigir alguna cosa de otro. De aquí que, mientras las valoraciones morales son subjetivas y unilaterales, las jurídicas, en cambio, son objetivas y bilaterales.¹⁸

Ya con anterioridad a este autor, Petrazisky estimaba que “los preceptos

¹⁸ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, traductor Luis Recaséns Siches, 2ª edición, p. 414.

del derecho son normas imperoatributivas; las de la moral son meramente imperativas".¹⁷

En ciertos casos de la conciencia ética —explica este pensador—, aquello a lo cual nos consideramos obligados parécenos como algo que pertenece a otro, como algo que le debemos, como algo que él puede exigirnos. Este cumplimiento no parece consistir en proporcionar o hacer un especial bien, sino meramente en aportar aquello que se le debe al otro, en proporcionarle lo que es suyo. El no cumplir con esto parece implicar para él, un daño, un agravio, un privarle de algo que él puede reclamar como debido a él. En otros casos de la conciencia ética (como, por ejemplo, si nos sentimos obligados a ayudar a una persona necesitada), aquello a lo cual nos consideramos obligados no parece consistir en algo que debemos al otro sujeto como suyo propio de él. Cualquier pretensión o demanda del otro sujeto nos parecería inadecuada y carente de fundamento. El hecho de proporcionarle el objeto correspondiente y de que él lo obtenga no parece en modo alguno suministrarle a él algo que se le deba, ni significa que él obtenga lo que es suyo, sino que consiste meramente en otorgarle un bien por virtud de una decisión que depende tan sólo de nuestra buena voluntad. Y el hecho de no darle tal bien no parece de ninguna manera una violación inadmisible, la producción de un daño, o la negación de satisfacer una reclamación suficientemente fundada.

En los casos de la primera especie —continúa Petrazisky— sentimos tener una obligación para con el otro. Nuestro deber se halla asegurado por consideración al otro, porque lo que le debemos es un bien suyo, porque es algo que le pertenece, porque es algo que le está atribuido, porque es algo que él adquirió, algo a lo que tiene una fundada pretensión. En el otro grupo de casos no tenemos un deber exigible para con otras personas; y con referencia a tales casos nos sentimos libres, y no sujetos a ninguna imposición, ya que nada pertenece ni se debe a la otra persona.¹⁸

Para García Máynez, las normas morales poseen *interioridad* y *unilateralidad*; los preceptos del trato social, *exterioridad* y *unilateralidad*; y las reglas del derecho, *exterioridad* y *bilateralidad*.¹⁹

En todos los autores señalados, la bilateralidad se pretende indicar como *característica distintiva* del derecho frente a otros supuestos sistemas normativos, y no como *principio unificador* del concepto del derecho. Es decir, que admiten al derecho, la moral, los convencionalismos sociales, los preceptos religiosos, etcétera, como *dados* frente al conocimiento, pues evidentemente comparten la convicción de que las cosas existen en sí mismas, esto es, con independencia del pensamiento científico. Su tarea es, así, más sencilla que la nuestra. No tienen que buscar el fundamento de la posibilidad racional de su objeto

¹⁷ Petrazisky, León, *Teoría del derecho y del Estado* (en ruso) 2ª edición, 1909. Citado por G. Gurvitch *L'Idée du Droit Social*, París, 1933.

¹⁸ Petrazisky, Leo, *Theory of Law*, 1913, citado por L. Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Editorial Porrúa, México, 1963, t. I, pp. 92-100.

¹⁹ *Introducción al estudio del derecho*, 5ª Ed., p. 3.

de estudio. Naturalmente que en tanto algunos de estos autores y otros que comparten sus convicciones básicas, afirman que los convencionalismos, usos sociales o normas del trato social, constituyen un sistema normativo *sui generis* (Austin, Walter Heinrich, Ihering, Nicolai Hartmann, Stammler, Recaséns), no faltan quienes les niegan existencia autónoma frente al derecho y la moral (Del Vecchio, Radbruch, Sonmló), pues según todos ellos la ciencia no es *episteme* sino *doxa*, y así cada quien opina impunemente lo que le place al respecto.

Sin embargo, como nosotros queremos formular juicios que tengan necesidad racional y exigibilidad *erga omnes*, estamos obligados a determinar lo que sea obligatorio más allá de toda opinión, y en este estadio de la investigación aún no sabemos qué debe ser con sentido universal, ni siquiera si existe lógicamente la normatividad.

Trataremos, pues, de ubicar a la bilateralidad como principio nómico del orden jurídico, en acatamiento de las exigencias fundamentales del método de la crítica o deducción trascendental: a) La historia universal nos muestra, entre otros, ciertos fenómenos o hechos denominados *derecho*; b) Si proponemos para fundamentarlos racionalmente a la *bilateralidad*, veremos que no todos los fenómenos llamados derecho quedan explicados, ya que si bien muchos de ellos además de *imperativos* son también y correlativamente *facultativos*, otros en cambio sólo imponen obligaciones.

Efectivamente, multitud de normas tenidas históricamente como jurídicas no son bilaterales, como ocurre con las del derecho penal desde que se superó la etapa de la venganza privada, pues ahora, salvo en casos excepcionales como el de la legítima defensa, nadie tiene la facultad de exigir el cumplimiento de los deberes jurídicos impuestos por tales normas. En efecto, ningún ofendido por la comisión de un delito tiene la facultad de pedir que se pene al delincuente y, aun en aquellos donde se exige querrela de parte para poder perseguir a sus autores, el derecho de ejercitar la acción correspondiente compete en exclusiva al Ministerio Público que, entre otras funciones, ejerce la de representar a la sociedad en materia criminal. O sea, que este órgano del Estado es el único titular de la acción persecutoria de los delitos.

No se diga que el Ministerio Público es a quien se faculta para exigir el castigo del delincuente, pues ello constituye una incongruencia, ya que promover la imposición de sanciones es un deber de la Representación Social, que le impone su propio estatuto regulador. Y si una conducta es deber u obligación no puede ser, a la vez, facultamiento, por cuanto el derecho subjetivo o facultad jurídica es autorización que la norma o derecho objetivo confiere a una persona, para deducir una prestación contra otra, por lo que su conducta es jurídicamente potestativa al respecto, ya que sin incurrir en ilicitud puede ejercitar su acción o abstenerse de hacerlo. Pero cuando el derecho le impone la obligación de proponer su demanda, entonces sólo tiene una posibilidad de actuar lícitamente: cumplir su deber. Y el Ministerio

Público no actuaría con licitud si, en presencia de un delito y un presunto delincuente, se abstuviese de consignar y pedir la imposición de una sanción. Ergo, el Ministerio Público no tiene sobre este particular ninguna facultad, sino una simple obligación. Los conceptos de derecho subjetivo y de deber jurídico son esencialmente excluyentes respecto de una misma conducta. Esto es, se está facultado o se está obligado a hacer o dejar de hacer algo. Pero no se puede estar simultáneamente libre y constreñido a realizar una cierta conducta. Y hablar de que existe un derecho o facultad a cumplir con los deberes jurídicos, independientemente de que para nada sirve al conocimiento del derecho, no afecta en lo más mínimo la situación de exclusión de todo facultamiento por la calificación de la conducta como deber u obligación.

La caracterización esencial de una conducta la dará siempre, en consecuencia, el concepto del deber y no el de facultad o autorización. Por tanto, tan norma de derecho es la que faculta como la que no lo hace. En cambio, sólo puede ser norma jurídica la que obliga o establece un deber.

Así, únicamente al precio de mutilar gravemente la experiencia jurídica, podríamos aceptar a la bilateralidad o carácter imperoatributivo de la norma de derecho, como principio *a priori* unificador del concepto del derecho. Y esto sólo podría admitirse si no contásemos con un principio diverso, que explique con mayor amplitud el fenómeno jurídico histórico.

4. LA COERCIBILIDAD

Nos hemos referido anteriormente a la coercibilidad, como “enlace por la norma de una sanción a la realización de un cierto supuesto”, en los términos literales que usa al respecto la Escuela Jurídica de Viena, a través de los textos de su jefe y fundador Hans Kelsen.

Ahora bien, no existe acuerdo entre los autores sobre el concepto de coercibilidad, como lo demuestra el siguiente párrafo de García Máynez:

Al decir que el derecho es coercible no prejuzgamos el debatido problema que consiste en establecer si la sanción es o no esencial a las normas jurídicas. Coercibilidad no significa, en nuestra terminología, existencia de una sanción... Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien: esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción.²⁰

En la misma dirección, Aftalión y García Olano expresan que:

La coercibilidad es una *posibilidad de derecho*, no de *hecho*, esto es, la licitud de reprimir la antijuridicidad. El hecho de que la observancia del derecho no se imponga en algún caso mediante la coacción, no afecta la *posibilidad jurídica* de la coacción misma.²¹

²⁰ *Obra citada*, p. 22.

²¹ *Introducción al derecho*, 3ª edición, p. 214.

La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en general conteste en que la jurídica es una norma coactiva en el sentido de que manda la coacción. La teoría pura del derecho prosigue la tradición de esta teoría jurídica positivista. Para ella,

La consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, y solamente por eso la situación de hecho condicionante es calificada como lo antijurídico, y la condicionada, como consecuencia de lo antijurídico (Unrechtsfolge).²²

De una conducta nunca puede predicarse objetivamente que se encuentra sancionada por ser antijurídica, sino precisamente lo contrario, es decir, que una conducta es antijurídica sólo cuando constituye el supuesto al que la norma enlaza una sanción. Pero no una sanción cualquiera sino una "sanción política", esto es, una consecuencia normativa que pueda ser descrita como reacción de la comunidad política, del Estado, respecto del realizador directo o indirecto del supuesto de derecho. O sea, que no es sanción en sentido jurídico ninguna reacción individual o colectiva en relación al llamado "infractor" de una norma, si la misma no es imputable a la totalidad que llamamos Estado.

Naturalmente que "Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción".²³ O, en otros términos: carece de relevancia para la caracterización esencial de lo jurídico, la circunstancia de que la conducta que desea inducir el legislador en los particulares, mediante el enlace de una sanción al comportamiento contrario, se cumpla voluntariamente en una cierta proporción —que puede ser muy alta o muy baja—, porque la teoría del derecho no puede contestar y ni siquiera plantearse legítimamente la pregunta: ¿Cuáles son los motivos de que los hombres cumplan o dejen de cumplir los deseos de los legisladores y gobernantes? Éste quizá sea un problema válido de la psicología, la política o la sociología, pero nunca lo será de la jurisprudencia, ciencia que estudia normas, obligaciones, no causas y efectos del hacer y el obrar físico material del hombre.

Cuando se expresa que la "coacción es un elemento esencial al derecho", no se quiere decir y ni siquiera implicar remotamente "que la efectividad de la sanción jurídica es una parte del concepto del derecho".²⁴ Si muchos súbditos cumplen sus obligaciones jurídicas por temor a la sanción, estaremos en presencia de un hecho natural: la motivación psicológica que produce

²² Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho (Introducción a la problemática científica del derecho)*, Edit. Losada, S. A., 2ª Ed., Buenos Aires, 1946, p. 52.

²³ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traductor Legaz Lacambra, Editora Nacional, S. A., México, 1951, p. 62.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traductor García Máynez, Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 23.

en el ánimo de algunos individuos la representación psíquica del contenido de una norma jurídica (no de la propia norma), el cual nada tiene que ver, como fenómeno causal que es, en la teoría del derecho.

Para Kelsen, la sanción jurídica implica siempre un “daño aplicado al violador del orden cuando la sanción está socialmente organizada”, que “consiste en la privación de ciertas posesiones: vida, salud, libertad o propiedad”, y agrega que “Como las posesiones le son quitadas contra su voluntad, esta sanción tiene el carácter de medida coercitiva”.²⁵ La palabra “derecho” se refiere a “la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario”,²⁶ expresa el jefe de la Escuela de Viena.

Pensamos que esta noción kelseniana de la sanción jurídica subordina, de modo innecesario, un concepto de carácter esencialmente normativo a la dirección causal del conocimiento. En efecto, que la consecuencia de derecho se resienta por el individuo, en muchos casos, como un daño, privación de posesiones o amenaza, es algo psicológico y, por ende, totalmente subjetivo, pero sobre todo, ello pertenece al mundo del ser y no a la esfera del deber, que es donde se ubica el fenómeno jurídico.

En consecuencia, la naturaleza de la sanción jurídica es un tema que debe ser tratado con el máximo rigor lógico, pues de otra suerte puede llegarse a negar al mismo el carácter de concepto fundamental del derecho, por la distorsión de los términos del juicio normativo y la corriente postulación de que ella es sólo una de varias posibles consecuencias del incumplimiento de un deber, mas no la única. Esto ocurre en cuanto se identifica la sanción con los efectos psicológicos de la pena o el premio, con la eventual aflicción o satisfacción que ciertas sanciones pueden producir en el ánimo de un individuo psicofísico, olvidando que para el punto de vista del conocimiento jurídico, sanción es mera consecuencia normativa a cuya caracterización no puede trascender en lo más mínimo, que ocasione aflicción o goce a alguien, o bien, que no produzca ninguno de tales sentimientos. Si la aplicación de la sanción produce pena, placer o indiferencia en las unidades biológicas hombres, esto es algo que no interesa a la jurisprudencia sino, quizás, a alguna ciencia causal como la psicología naturalista.

Por otra parte, si la sanción fuese vista como causa de un efecto placentero o doloroso, habría que identificarla con la horca, la condecoración, las rejas del presidio o el látigo del verdugo, lo cual resulta por demás ingenuo.

Así, para nosotros el derecho es coercible sólo en cuanto enlaza un deber de sancionar, a cargo de uno o más órganos del Estado, a la realización de un cierto supuesto. Si el órgano sancionador es supremo, lo que se enlaza al supuesto es una simple facultad de sancionar.

En consecuencia, el principio *a priori* unificador del concepto de derecho,

²⁵ *Obra citada*, p. 19.

²⁶ *Obra citada*, p. 20.

en el actual momento histórico, sólo podrá serlo la coercibilidad por la máxima amplitud explicativa que, hoy por hoy, tiene el sistema que sobre tal supuesto se puede construir.

Por tanto, entendemos por derecho al *orden coactivo*, el cual, por ser uno y no par o múltiple, ya que el conocimiento no puede aceptar sin contradicción la existencia de dos o más objetos que, sin embargo, sean uno y el mismo; excluye por su coactividad a los restantes posibles órdenes como fundamento de su propia validez, por lo que resulta también el orden *único*, en cuanto tiene que comprender a los demás como órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos. En este sentido el derecho es el orden supremo, o sea que es *soberano*. Así, podemos conceptualizar al derecho como “el orden coactivo y soberano de la conducta” (Kelsen), o más concisamente y sin redundancia, como *el orden coactivo de la conducta*.