

# El problema de la validez del derecho, una aproximación

Alfonso E. Ochoa Hofmann\*

Sumario: I. Introducción. II. La Fabula del líder Rex y la Validez del Derecho III. El conflicto entre positivistas y iusnaturalistas. IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Tal vez una de las preguntas más reiteradas por aquel que desea conocer el Derecho, es, ¿Qué es el Derecho?, pregunta que dentro de sí lleva la intención de poder indagar la naturaleza del derecho en general, que le conforma, cuales son las características propias de este objeto de estudio.

Como toda pregunta que busca indagar sobre la identidad de algo, presupone encontrar que es lo que hace que este objeto sea esto y no otra cosa, es una pregunta sobre la identidad de un objeto de conocimiento.

El Dr. Rolando Tamayo y Salmorán encontró una respuesta que puede ser satisfactoria<sup>1</sup>, decir que el objeto de estudio del derecho se divide conceptualmente en tres niveles:

1. Derecho Positivo
2. Ciencia del Derecho
3. Filosofía del Derecho

Estos tres niveles operan como si fuese un edificio, un edificio de tres niveles. Todo el edificio es en su totalidad es el Derecho, sin embargo, este edificio en cada uno de sus pisos tiene distintas funciones que le caracterizan; pese a que las actividades de cada uno de estos pisos son radicalmente distintas, todas son partes del derecho.

Esto lo podemos observar en este cuadro

---

\* Profesor por oposición de la Asignatura de Filosofía del Derecho, Catedrático de las asignaturas Lógica Jurídica, Bioética y Derecho.

<sup>1</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Themis, México, 2003, p. 272.

NIVEL	DISCIPLINA	OBJETIVO
N2	FILOSOFIA DEL DERECHO	Análisis y prueba de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica
N1	CIENCIA JURIDICA	Descripción o explicación del Derecho Positivo
N0	DERECHO POSITIVO	Derecho Positivo

En el nivel 0 se encuentra el Derecho Positivo, este tipo de Derecho es el que realiza el legislador, en este nivel no hay acto de investigación científica en la creación del derecho, es simplemente la voluntad del legislador, en este nivel se puede prescindir de toda ciencia, se puede prescindir del método, de lo que no se puede prescindir es de la voluntad del legislador manifiesta en la Ley.

En el nivel 1 se encuentra la Ciencia del Derecho, en este estadio, el jurista observa las leyes que realiza el legislador y busca a través de un método explicar su naturaleza y finalidad, este método puede ser variable, puede atender a las características de un método exegético o hermenéutico o histórico, por mencionar algunos.

En el nivel 2 está la Filosofía del Derecho, en este nivel de estudio se analizan todas las normas hechas desde el derecho positivo, las distintas explicaciones de Ciencia del Derecho

y se busca una cosa, verificar si estas son consistentes con las pretensiones tanto del legislador como del dogmático del derecho, y claro, con las expectativas del ciudadano.

La dogmática jurídica es la teorización realizada por esta disciplina científica se centra sobre el contenido normativo de los textos legales, esto nos llevaría a plantear que la dogmática jurídica no puede ser general, debería en un momento determinado ser la dogmática de cada sistema jurídico en concreto, es mas debería de haber un dogmático jurídico de cada ordenamiento jurídico en función de las diferentes ramas o sectores existentes dentro del mismo, como la dogmática penal, la dogmática civil, la dogmática mercantil.

Las funciones de la dogmática jurídica son las siguientes:

- Tiene una función descriptiva se limita a una exégesis descriptivista de los textos legales, con ello se

cumplía la aspiración de neutralidad y objetividad cognoscitivas de la epistemología positivista.

- La función interpretativa y práctica, consistente en suministrar criterios interpretativos y de aplicación del Derecho, así como propuestas de interpretación que contienen, a su vez, una valoración del Derecho Vigente.
- La función normativa o prescriptiva, para muchos autores esta es una función realmente polémica pues algunos dudan de que deba de tener el carácter de normatividad o de ser meramente descriptivista, tal y como dijese Albert Calsamiglia, la ciencia jurídica conlleva una función ideológica en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad científica lo que es producto de la voluntad.

Sin duda alguna la aportación del Doctor Tamayo es una explicación valiosa, sin embargo no explica la naturaleza del derecho, observa como se compone pero no como esta se integra para ser explicada como entidad autónoma del conocimiento.

Creo que la problemática de integrar un conocimiento de lo jurídico queda claramente determinada por el Dr. Ronald Dworkin quien asevera que esto puede ser explicado por varios elementos; una teoría del derecho debe de contener varios aspectos, entre los cuales se encuentran los siguientes:

estos son subdivididos en dos aspectos, el conceptual y el normativo.

Dworkin entiende que lo normativo debe de abarcar una diversidad de temas, tales como por ejemplo una teoría la legislación, que explique cuales son los límites y obligaciones en la construcción de una ley; como una teoría de la adjudicación y de la obediencia del derecho. En otras palabras debe de ser una teoría que incorpore una filosofía moral y política más general. Mientras que la parte conceptual se inspire en la filosofía del lenguaje, así como en la lógica y la metafísica, que nos ayude a construir el verdadero significado de las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas.<sup>2</sup>

Es importante observar que Dworkin intenta ir en contra de toda una tradición que surge desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el positivismo surge como un modelo que invade todos los campos científicos vetando todo aquello que presuponga especulación.

Un ejemplo de este tipo de especulación que los positivistas buscaban alejar del conocimiento científico del Derecho lo podemos observar en Thomas Hobbes, en su obra "Leviathan" aseveraba que había un estado de naturaleza: es decir un condición sin derecho y sin gobierno, en la cual la vida sería solitaria, pobre, sucia, brutal y corta; se requería una autoridad reconocida que arreglara todas las

<sup>2</sup> Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1ª Edición, Quinta Reimpresión, España, 2002, pp. 32-33.

disputas con cada persona actuando como un juez, jurado, y sancionador. El argumento principal de Hobbes no era que la vida sin derecho era intolerable, sino que podría ser intolerable sin el.

Sin embargo en su explicación Hobbes se equivocaba, pues antes de la constitución del Estado, estaban las tribus, que eran pequeños grupos de personas, que si bien había una falta de estructuras de autoridad formal, pues eran gobernadas por la tradición, el consenso y la persuasión, en otras palabras no tenían un derecho de corte científico. Y es que como observaba Axel Hagerström, no es sino hasta con el positivismo que empezamos a ver al Derecho como algo existente, provisto de contenido que ha sido otorgado por una voluntad, esta voluntad devenía de una sociedad con un carácter activo y con poder.<sup>3</sup>

El otro gran error de Hobbes consistió en aseverar que el estado de naturaleza era un estado de guerra, por lo menos en la antigüedad no era una vida solitaria o sucia. En otras palabras, a decir de Hobbes, la cooperación y el orden no podrían ser posibles en la prehistoria humana.

Este tipo de errores eran los que el modelo positivo buscaba eliminar de cualquier explicación que tuviese como fin determinar como era el objeto del Derecho; hoy en día es innegable que la explicación del derecho es totalmente positiva. Sin embargo esto

representa un problema, el aplicar a un modelo positivo, no necesariamente explica y deja claro para cualquier operador jurídico en donde descansa la validez del Derecho.

## II. LA FABULA DEL LÍDER REX Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

Usualmente para el operador jurídico es muy difícil pensar como apareció el Derecho: imaginemos que se invento en una villa pequeña el primero de enero del año 10,000 a.C., en esa fecha el viejo Líder Lex, convocó a una reunión comunal para discutir el estatus el orden de la comunidad.

Se dirigió a las personas de esta manera, “muchos de ustedes se han acercado para quejarse acerca del incremento de personas que salen de la aldea, pasamos mucho de nuestro tiempo en reuniones, escuchando queja tras queja perdiendo tiempo que podríamos pasar con nuestra familia, en resolver estas controversias. Año tras año nuestra villa crece y con esto crecen nuestros problemas”

“De forma tal resolvamos los problemas de sugiero el siguiente curso de acción, generaré un conjunto de reglas, haré mandatos y estos mandatos servirán para resolver disputas. Cuando muera estas reglas se mantendrán y uno de mis hijos tomará el cargo de líder oficial de la villa, mi sucesor está en libertad de cambiar las reglas si así lo desea.”

La mayoría de la comunidad aceptó las reglas propuestas por Rex, pues

<sup>3</sup> Hagerström, Axel, *The nature of law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Suecia, 1953, p. 17.

confiaban en la sabiduría del líder, pensaban que eso implicaría no perder tanto tiempo y por consiguiente avocarlo a cosas más trascendentes.

Solo un aldeano rehúso la propuesta bajo el argumento de que las propuestas de Rex parecían adecuadas, pero que un análisis más detallado demostraba que tenían fallas; pues de manera tal que el líder tenga el poder para hacer, cambiar y aplicar reglas para la aldea, tiene que existir una regla que le de poder para hacer eso, sin embargo esa regla no existe. Si el líder se empeña en aplicar una mandato a la comunidad sin existir una regla que le de poder, dicha ley no tendrá fuerza suficiente.

Rex pensó la objeción, y se dio cuenta de que realmente requería una norma que lo facultara para poder crear normas que pudiesen obligar a las personas a acatar un mandato, esto no podría ser resuelto por una votación, pues hasta para realizar una votación, se requiere que exista un mandato que faculte para que a través de que este se pueda dar el poder para reconocerlo.

Podríamos pensar que una posible respuesta reside en identificar otra norma que confiera poder, como podría ser lo ratificado por una constitución, sin embargo aún subsiste el problema, ¿quién puede otorgar el poder para ratificar la constitución?, ¿quien tiene el poder para realizar esto?, en este esfuerzo de tratar de encontrar el tope de la cadena de autoridad podría llevarnos a un círculo o a un regreso sin fin, ¿este debería ser el tipo de autoridad última en que se debe fundar el

orden de una autoridad para que sea verdad?

Este problema genera una paradoja igual a la del huevo y la gallina, entendiendo por el huevo, el que alguien tenga el poder para crear una norma legal solo si existe una que confiera poder. Y la gallina una norma que confiere poder para crear normas legales existe si y solo si algún cuerpo de normas lo faculta.

Existen dos posibles soluciones al problema: la primera consiste en rechazar el dilema del huevo y la gallina encontrando un cuerpo que tenga el poder suficiente y que no derive de la norma, llamando a este *autoridad última*.

Si una autoridad última puede ser localizada se resolvería el problema demostrando que esta norma deriva de su voluntad como centro de poder. Esto implicaría que no existe problema alguno pues la norma tiene autoridad no por una norma si no por la autoridad que la emitió.

Otra salida es encontrando una norma que confiera poder para crear normas; pero que no sea creada por alguien con similar poder, llamando a esta norma "*norma última*", este tipo de normas cancelan el regreso sin fin que planteaba previamente. El poder legal de cualquier sistema legal puede ser rastreable a una norma última que no fue realizada por otras normas previamente.

Un ejemplo de esto puede ser la autoridad de Dios, pues para los naturalistas estas podrían dar alto a esta regresión al infinito, sin embargo para los positivistas el carácter meta-

físico de la noción de Dios, hace no pueda ser tomado en serio como una forma de sustentar la autoridad del Derecho

Los positivistas han encontrado dos soluciones al problema de la autoridad del Derecho: la primera sería darle autoridad a la norma que no se sustente en aspectos morales, sino sociales, que la norma descansa en el poder bruto que es capaz de hacer obligar cumplir una norma.

John Austin observaba por ejemplo que la soberanía con la cual se podía dictar una norma, derivaba de la autoridad, y que esta autoridad propiamente no derivaba de una norma existente, sino de su habilidad para coercionar a otros, haciendo que la población se sometiera a su voluntad. El soberano es una autoridad última, dado que su poder para crear normas descansa en el hecho de que su voluntad habitualmente es obedecida por una comunidad política.

De acuerdo con Austin todas las reglas son mandatos generales, son generales en el sentido de que estas expresan un deseo de que se realice un clase de acciones. El derecho positivo consiste de aquellas reglas hechas por soberano. Lo que lo hace soberano, son dos cosas, la primera es que el soberano debe de estar habitualmente obedecido por el pueblo y segundo el soberano no puede obedecer habitualmente a otra persona.

En otras palabras el Derecho es un conjunto de mandatos generales hechos por un soberano que es habitualmente obedecido por la mayoría de la población y que a su vez, este

soberano habitualmente no obedece a nadie.

Decía que los positivistas proponen dos alternativas, la segunda posibilidad consistiría en que se argumente que todas las instancias de una autoridad legal son rastreables a una regla social, desde este punto de vista la gente en países democráticos tiene el poder legal, no por que estén moralmente titulados para hacerlo, sino porque otros funcionarios y tribunales siguen reglas para acatar estas decisiones.

### III. EL CONFLICTO ENTRE POSITIVISTAS Y IUSNATURALISTAS

Es precisamente en este aspecto que descansa el conflicto entre positivistas y iusnaturalistas, pues para los positivistas la autoridad legal descansa en el poder político; se tiene la habilidad para castigar a cualquiera que no cumpla la ley, se tiene el derecho para imponer una obligación de obedecer; sin embargo tiene un problema, el hecho de que pueda castigar a alguien es un hecho descriptivo acerca del mundo, no se puede derivar un deber ser del ser, principio de la falacia naturalista de Hume.

Los positivistas piensan que las normas derivan de los hechos sociales solos, el acto de conocer el derecho implica que, por lo menos en principio, somos capaces de conocer o derivar la norma del conocimiento de los hechos sociales.

Lo cierto es que las dos posturas fallan con relación a la “Falacia Naturalista de Hume”, esta es una hipótesis en la que presupone que lo que debe de ser, no puede ser derivado de lo que es.

Imaginemos el siguiente escenario, le ordeno a un niño, supongamos mi hijo, que haga su tarea, el niño podría contestarme casi inmediatamente, y ¿porqué tengo que obedecerte?, a lo que contestaría “Porque lo ordeno”, el niño aún así podría contestarme pero ¿por qué habría de escucharte?, ¿porqué debería de seguir tu orden?, a lo que contesto “Porque soy tu padre y por que los niños siempre deben de escuchar lo que sus padres dicen” y el podría contestarme, “cierto, pero el hecho de que los niños escuchen lo que sus padres dicen, no significa que deba de obedecerte”

Y es que sobre esto gira la lógica de la falacia de Hume, una conclusión de carácter normativa no puede ser derivada de manera exclusivamente de premisas descriptivas.

#### IV. CONCLUSIÓN

La constitución de una ciencia del derecho debe de partir por concebirse como ciencia hermenéutica, es decir, de una ciencia cuyo objeto específico reside en un conjunto de significados que no son inmediatamente visibles y que por consiguiente exige que se emplee un procedimiento radical-

mente interpretativo. En este sentido coincido con el pensamiento de Ost.<sup>4</sup>

En este sentido el pensamiento de Kelsen, se vuelve trascendental, pues es uno de los primeros autores que denuncian la confusión existente entre el derecho y la ciencia del derecho, propone que el objeto del derecho es producto de una actividad creadora o constitutiva (Kelsen), la construcción de su objeto solo se puede dar ante una ruptura inmediata con la ideología. Sin embargo en el análisis de su modelo llega un punto en el que este se vuelve mera descripción

Es un gran error el hecho de creer que la sola descripción de un objeto aun comprendida en sentido amplio nos suministra un conocimiento satisfactorio de el. Se debe de buscar la objetividad, esto presupone que se debe de observar la percepción de las cosas tal como son, explicar las cosas no solo desde el interior sino desde el exterior.

Karl Popper sostenía que una teoría “es una red destinada a capturar lo que llamamos el mundo, a volver racional, explicarlo y dominarlo de ahí que una teoría no se pueda limitar solamente a describir fenómenos.

En este contexto es que debemos de trabajar en construir una teoría que no solo describa la lógica del derecho, sino de explicar cual debe de ser la autoridad del Derecho, pues de no tener esto caemos en una pérdida de fundamento, y por ende en una espe-

<sup>4</sup> Ost & Van de Kerchove, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, UNIANDES, Colombia 2001, p.23.

cie de nihilismo jurídico, del cual nada bueno podría devenir.

Si se busca generar un sistema legal que pueda ser considerado como determinado y coherente es necesario que se haga un análisis de cómo se debe de apreciar el sujeto que será parte del sistema jurídico, que se entienda desde donde lo estamos describiendo y como es que el entiende la noción del derecho, tal como dijera Balkin:

*Coherence is more than a property of law, it is the result of a particular way of thinking about the law. The experience of coherence is an activity of understanding, it is something we do with and to the law, and through this activity, we ourselves are changed<sup>5</sup>*

El hecho de que no podamos manifestar algo objetivo sobre el mundo nos lleva a dudar de las fundamentos universales de validez del conocimiento, la crítica de la jurisprudencia posmoderna es una crítica a los fundamentos “racionales” del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel, 1ª Edición, Quinta Reimpresión, España, 2002.
- Hagerström, Axel, *The nature of law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Suecia, 1953.
- Ost & Van de Kerchove, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, UNIANDES, Colombia 2001.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Themis, México, 2003.

## INTERNET

- Balkin, J.M., *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 Yale Law Journal, 105, 106 (1994), <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/understandinglegalunderstanding.pdf>, 1 de mayo de 2011.

<sup>5</sup> *Coherencia es más que una propiedad del derecho, es el resultado de una forma particular de pensar el derecho, la experiencia de la coherencia es una actividad del entendimiento, es algo que hacemos con el derecho y a través de su actividad, nosotros mismos cambiamos.* Balkin, J.M., *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 Yale Law Journal, 105, 106 (1994), <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/understandinglegalunderstanding.pdf>, 5 de septiembre del 2010.