

Dogmática jurídica y Sistema jurídico: aproximaciones a la sociología y antropología jurídicas^(*)

Rómulo Morales Hervías

Abogado. Magister en Derecho, Universidad de Roma II.
Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Introducción.

El presente ensayo analizará las características típicas de la ciencia jurídica⁽¹⁾ para luego estudiar los cinco significados de la noción jurídica de “positivismo”. Se aludirá a las acepciones del positivismo: realismo jurídico, positivismo ideológico, formalismo jurídico, positivismo metódico o conceptual y escepticismo ético. Esclarecido el ámbito del campo teórico jurídico, nos referiremos a la función social de la ciencia jurídica (ciencia jurídica aplicada). Aquí la sociología y la antropología jurídicas son necesariamente pertinentes. Según estas premisas, propondremos un método jurídico en vinculación a la teoría del ordenamiento jurídico. Indicaremos la importancia del pluralismo jurídico.

Este ensayo tiene un propósito claro. Se busca una fundamentación de la ciencia del Derecho en relación a la sociología y antropología jurídicas desde una perspectiva sistémica.

Se dice que la doctrina del Derecho no es una disciplina científica⁽²⁾. Según esta tendencia, lo más importante del Derecho está precisamente en la aplicación y uso efectivo de las normas y principios,

en la guerra de los hombres dentro del campo de batalla jurídico. Y se señala más adelante, que si la aplicación del Derecho no es tanto disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma, el Derecho no es una ciencia, es un arte. Como la guerra⁽³⁾.

Por el contrario, razonamos en forma inversa. En primer lugar, fundamentamos la utilidad de una teoría científica jurídica (dogmática jurídica o ciencia jurídica). Cuando se asegura que el Derecho es arte el sujeto de la proposición es el Derecho como “acción jurídica”. En cambio, cuando se dice que el Derecho es ciencia, el sujeto es el Derecho como “conocimiento del derecho”. De modo que el famoso dilema “arte o ciencia” es, dentro de la nómina de sofismas o vicios lógicos, un paralogismo y no un dilema⁽⁴⁾. Si entendemos a la ciencia jurídica como “el conocimiento del Derecho positivo en el sentido de su coherencia, de su objetividad y de su función social”, estaremos en aptitud de definir al ordenamiento jurídico como “el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes, con contenido imperativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica”.

(*) Ponencia presentada en la I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica - Sección Perú, Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión, Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 7, 8 y 9 de febrero de 2001.

(1) Para nosotros la dogmática jurídica (ciencia del Derecho) tiene dos variantes: ciencia jurídica pura y ciencia jurídica aplicada.

(2) SARMIENTO DÍAZ, Jorge Orlando. *¿Es el derecho una ciencia?*. Lima: Tesis, 1995. p. 202.

(3) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La muerte del legislador*. En: Revista jurídica del Perú., año XLV, No. 2, Abril-Junio, Lima: Normas Legales, 1995. p. 45.

(4) SARTORI, Giovanni. *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. Traducción de Marcos Lara. Primera Reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1987. p. 131.

2 Dogmática jurídica.

El Derecho puede ser definido desde una concepción convencionalista de la relación entre el lenguaje y la realidad⁽⁵⁾. Se denotará como ordenamiento jurídico o como Derecho positivo⁽⁶⁾. Esta definición estipulativa⁽⁷⁾ se puede describir en el uso natural de la palabra Derecho con mayúsculas cuando se dice, verbigracia, que “el Derecho establece diferentes posibilidades a los sujetos sociales para poder realizar diferentes clases de negocios jurídicos” y es claramente contrapuesto a las siguientes expresiones: “tengo el derecho de exigir el cumplimiento de la prestación al arrendatario”, “no hay derecho en los fallos de la Corte Suprema” y “el derecho no es en estricto una disciplina teórica”.

Existe confusión de una gran parte de la doctrina al considerar a la dogmática jurídica como la ciencia pura del Derecho⁽⁸⁾. Es decir, la dogmática jurídica es la ciencia jurídica entendida por un sector como lógica jurídica pura⁽⁹⁾: la lógica de la razón pura es la lógica que construye un conjunto de proposiciones lógicamente verdaderas, exento de errores o vicios lógicos. Esta clase de lógica sustenta la tesis de la cancelación de los valores y logra una función estructural de la ciencia jurídica pura.

Contrariamente a lo afirmado por la doctrina citada, la dogmática jurídica es la ciencia del Derecho de acuerdo a las siguientes razones:

a) En la ciencia pura del derecho la palabra dogma⁽¹⁰⁾ es utilizada para designar semánticamente a la norma fundamental. La norma fundamental es el

- (5) NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición. Barcelona: Ariel, 1984. p. 38: “Para quienes suscriben una concepción *esencialista* del lenguaje, se trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no nos ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprehender la esencia de una cosa, sino que recomiendan, en última instancia, confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable. De este modo, resulta difícil vislumbrar cómo puede resolverse esta controversia en el marco de una concepción esencialista. En cambio, según la concepción *convencionalista* del lenguaje, el significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra”. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. Segunda Edición Castellana. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992. p. 11: “Las definiciones de términos científicos son convencionales (los lógicos hablan de definiciones estipulativas), lo que significa que nadie tiene el monopolio de la palabra *derecho* que puede ser usada en sentido muy amplio o muy estricto según las oportunidades cuyo único juez es el mismo científico”.
- (6) PORTELA, Mario Alberto. *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. Buenos Aires: De Palma, 1976. pp.34-36. NINO, Op.cit.; p. 14.
- (7) MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y Jesús FERNÁNDEZ SUÁREZ. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Primera Edición. Ariel: Barcelona, 1994. pp. 29-30.
- (8) ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Paradigma dogmático y evolución científica*. En: *Metodologías y derecho privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada, N° 22, 1982. pp. 281-282. HERNÁNDEZ GIL, Antonio y Otros. *Estructuralismo y Derecho*. Madrid: Alianza Editorial 1973. pp. 35-37. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Segunda Edición española definitiva de 1978. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. pp. 215-216.
- (9) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945. pp. 102-103. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Derecho como modelo del pensamiento racional*. Discurso pronunciado en conmemoración de los 75 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: Themis Revista de Derecho. Lima, Segunda Época, No. 30, 1994. p. 25.
- (10) FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. 3ra.ed. Vol.I. Madrid: Alianza Editorial, 1981. p. 856: “Dogmatismo: el dogmatismo se entiende principalmente en tres sentidos: (1) Como la posición propia del realismo ingenuo, que admite no sólo la posibilidad de conocer las cosas en su ser verdadero (o en sí), sino también la efectividad de este conocimiento en el trato diario y directo con las cosas. (2) Como la confianza absoluta en un órgano determinado de conocimiento (o supuesto conocimiento). (3) Como la completa sumisión sin examen personal a unos principios o a la autoridad que los impone o revela”. Asignaremos al término “dogmatismo” al primer sentido cuando nos refiramos adelante al dogmatismo jurídico por estar acorde al método unitario del derecho que señalaremos más adelante. REAL.ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 21va.ed. Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 1992. p. 545: “Dogma: proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión. Dogmatismo: conjunto de proposiciones que se tienen por principios innegables de una ciencia”. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. *Sobre la dogmática jurídica: Presupuestos y funciones del saber jurídico*. En: *Metodologías y Derecho privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada, No. 22, 1982. p. 247. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 2da.ed.. Barcelona: Ariel, 1984. p. 322. REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general*. Tomo I. Traducción y Adaptación de Angel Herreros Sánchez. Madrid: Pirámide, 1979. p. 141. REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Traducción y adaptación de Jaime Brufau Prats de la quinta edición. Madrid: Pirámide, 1982. p. 237.

axioma del ordenamiento jurídico o el presupuesto teórico de la ciencia del Derecho positivo. Kelsen⁽¹¹⁾ consideró que la norma fundamental o básica es el presupuesto epistemológico o la hipótesis teórica de la ciencia jurídica. Esta norma fundante⁽¹²⁾ es un enunciado teórico que cumple una función de determinación del campo objetivo de estudio de un Derecho objetivo positivo⁽¹³⁾. Cualquier sujeto social que analice científicamente el mundo del Derecho, debe aceptar como punto de partida una norma teórica. La norma fundante es el fundamento para la determinación del conjunto de las normas jurídicas válidas. Vale decir, si se tiene la actitud de admitir como hipótesis teórica a la norma fundante gnoseológica y de reconocer a las proposiciones jurídicas formalmente vigentes como el referente (tema objetivo), se recorrerá adecuadamente el largo camino interminable de la investigación jurídica de los múltiples sentidos normativos del ordenamiento.

La noción de validez kelseniana⁽¹⁴⁾ significa que un Derecho positivo es válido si se funda en la norma fundante o básica. La fuerza obligatoria o la validez de las normas jurídicas se deduce hipotéticamente de la norma fundamental de tres maneras, según Bobbio⁽¹⁵⁾: determinar la existencia de la autorización del poder de producir normas jurídicas, comprobar si no han sido derogadas y comprobar que no sean

incompatibles con otras normas del ordenamiento jurídico. Verbigracia, el fundamento de validez de las normas de un contrato de compraventa se encuentra en las normas del Código Civil y éstas a su vez en la Constitución Política. La validez de este contrato se corrobora por la existencia de una autorización normativa, por la vigencia normativa del programa contractual y por su compatibilidad con las normas del Derecho positivo. Los contratantes y los legisladores deben ser autorizados para ejercer el poder de crear normas jurídicas, las normas civiles que autorizan la celebración de contratos de compraventa no deben estar derogadas y no debe existir incompatibilidad entre el programa contractual, las normas del Código Civil y las normas constitucionales.

La aceptación hipotética de la norma fundante por parte de los científicos del Derecho no implica una valoración del Derecho positivo. Es decir, la hipoteticidad de la norma fundamental es un criterio científico para delimitar la validez de las normas jurídicas. La norma fundamental no es, entonces, una norma positiva del sistema, sino una hipótesis gnoseológica de la cual arrancan los sentidos de significación normativa de todos los hechos a ella encadenados, que integran un ordenamiento jurídico⁽¹⁶⁾. Para de Trazegnies⁽¹⁷⁾ y Bullard⁽¹⁸⁾, la afirmación de la

- (11) KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducción de la Segunda Edición Alemana. Lima: Wisla, 1987. pp. 103-104: "Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica. La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del Derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del Derecho positivo; dicha norma no es *puesta* sino *supuesta*. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al Derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida".
- (12) VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho*. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 311: "La norma fundamental gnoseológica desempeña esa función categorial: es el criterio admitido por los científicos para establecer cuáles normas forman parte, por ejemplo, derecho argentino, y cuáles no. Aunque se la denomina técnicamente *norma fundante* (*grundnorm*: la norma que es fundamento), no se trataría de una norma positiva, sino de un criterio para delimitar un orden jurídico positivo. No es positiva, porque no ha sido creada o puesta por ningún legislador histórico; es un mero supuesto o hipótesis teórica del científico".
- (13) *Ibid.*; p. 312.
- (14) NINO, Op.cit.; p. 138: "El ideal positivista de mantener separadas la identificación y descripción del Derecho de su valoración se preservaría, pues aun un jurista que considerara que un sistema jurídico es radicalmente injusto y que no debe ser obedecido, podría describirlo como tal con sólo presuponer, como mera hipótesis de trabajo a los efectos de la descripción científica, que las disposiciones del sistema tienen fuerza obligatoria".
- (15) BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. Segunda Edición Castellana. Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1992. p. 21.
- (16) ALVAREZ GARDIOL, Ariel. *Introducción a una teoría general del Derecho, El método jurídico*. Primera reimpresión de la primera edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986. p. 137.
- (17) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. p. 190. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *En el país de las colinas de arena, Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del S. XIX desde la perspectiva del Derecho*. Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994. Tomo II, p. 747.
- (18) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La relación jurídico patrimonial, Reales vs. obligaciones*. Lluvia Editores. Lima, 1990. pp. 116- 117.

existencia de un supuesto teórico fundante es, en el fondo, el reconocimiento de que el ordenamiento jurídico adquiere la cualidad de un valor objetivo. Cuando se considera que la aceptación teórica de una norma fundante gnoseológica es una actividad valorativa, debemos afirmar que existe en estos autores una confusión teórica entre la actividad del científico jurídico, la actividad del pragmático del Derecho y la actividad de un filósofo del Derecho. Un caso concreto puede ser visto de tres formas diferentes. Científicamente, el jurista analiza metódicamente, sistematiza y predice los efectos jurídicos del incumplimiento del deudor de pagar parte del precio en el plazo debido en el ámbito de un contrato de reserva del derecho de propiedad. El abogado del deudor probablemente analizará el caso pragmáticamente, para encontrar una solución normativa favorable estrictamente a su cliente: le aconsejará que sólo cumpla con pagar un determinado número de armadas que representen más del cincuenta por ciento (50%) para evitar el ejercicio de la acción reivindicatoria del acreedor. El filósofo analizará la normatividad pertinente a la compraventa con reserva del derecho de propiedad y la calificará de injusta cuando el acreedor está imposibilitado de resolver la relación negocial.

b) La ciencia pura del Derecho⁽¹⁹⁾ es el estudio coherente y objetivo del Derecho positivo. En otros términos, la parte teórica de la ciencia jurídica⁽²⁰⁾ se subdivide en dos caracteres típicos, convencionalmente aceptados por la doctrina jurídica. La coherencia y la objetividad son las propiedades teóricas necesarias y suficientes para la configuración de una ciencia jurídica pura. La primera se explica por la representación convencional entre el lenguaje y la realidad⁽²¹⁾, y por las relaciones lógicas de compatibilidad y de deducibilidad de las proposiciones jurídicas. La segunda es el tema general, especial y objetivo del estudio científico jurídico del Derecho positivo. La ciencia del Derecho analiza al ordenamiento jurídico como objeto de su estudio autónomo⁽²²⁾ frente a toda consideración “meta-jurídica”. La ciencia jurídica constituye un sistema cerrado⁽²³⁾ frente a las demás disciplinas. A continuación analizaremos por separado las propiedades de la ciencia jurídica pura.

c) Al igual que los caracteres típicos de toda ciencia, el análisis de las significaciones y la realización de deducciones de las proposiciones jurídicas⁽²⁴⁾ del Derecho positivo configuran el carácter científico jurídico de la coherencia. La concepción y la observación de la realidad mediante “términos de observación” convencionalmente aceptados, y la

(19) GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre los modos de conocer el Derecho o de cómo construir el objeto jurídico*, en DOXA, Cuadernos de filosofía del Derecho. Seminario de filosofía de Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1992, pp. 201-202.

(20) VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Metodología jurídica*, Primera edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, pp. 65-66.

(21) ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*, Traducción de Genaro R. Carrió, Cuarta Edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, pp. 2-3: “La escuela analítica lleva el sello de un formalismo metódico. El Derecho es considerado como un sistema de normas positivas, esto es, efectivamente vigentes. La “ciencia del Derecho” solo busca establecer la existencia de estas normas, sin atender a valores éticos o a consideraciones políticas. La escuela analítica tampoco se ocupa de las circunstancias sociales que rodean al Derecho, es decir, de los factores sociales que determinan su creación y desarrollo y de los efectos sociales que las normas jurídicas producen o que mediante ellas se intenta producir”. El formalismo metódico se basa estrictamente en la idea de la relación entre el lenguaje y la realidad. Por el contrario, propugnamos un positivismo que conjuga la coherencia y la objetividad jurídicas.

(22) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho...*, p. 22. GARCÍA AMADO. Op. cit., p. 198.

(23) WEBER, Max. *Categorías del Pensamiento Jurídico*, en *Law in Economy and Society*. Ed. Max Rheinstein, A. Clarion Book, Simon & Schuster New York, pp. 61-64, citado en: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho...*, pp. 54-55. BULLARD GONZALES, Alfredo. Op.cit.; p. 51.

(24) VERNENGO, Roberto José. Op.cit.; pp. 299-300: “La ciencia del Derecho encara las normas positivas dadas como axiomas o dogmas, intentando sistematizarlas, clasificarlas, ordenarlas conforme a criterios controlables. De ahí que pretenda eliminar las contradicciones en que pueda haber incurrido el legislador, y mediante la elaboración sistemática de ese material normativo amorfo, lograr una cierta completitud o exhaustividad para las soluciones posibles dentro del discurso normativo que estudia. La sistematicidad a que aspira el conocimiento jurídico permitiría prever, en cierta medida, cuáles sean las futuras normas que los órganos de creación y aplicación puedan crear, en cuanto las mismas tendrán que ser también derivaciones racionales de normas anteriores conocidas. Pero en esta formulación se mantiene el equívoco en lo que se refiere al carácter sistemático del derecho positivo (normas), y la sistematicidad del discurso científico sobre el derecho (proposiciones jurídicas)”. Vernengo sostiene que el carácter sistemático o de coherencia debe atribuirse necesariamente a las proposiciones jurídicas del discurso científico jurídico. Concordamos con su afirmación de acuerdo a lo expresado a propósito de una variante del carácter científico de la coherencia: las proposiciones científicas se relacionan lógicamente (relaciones de compatibilidad y de deducibilidad).

realización de las relaciones de compatibilidad y de deducibilidad de las proposiciones jurídicas referidas al ordenamiento jurídico, constituyen la propiedad de la coherencia científica. Existen dos juristas que describen la coherencia de la ciencia jurídica pura.

Rudolf Von Ihering⁽²⁵⁾ esbozó la tarea sistemática de la Ciencia del Derecho en su obra *Espíritu del Derecho Romano* y en un artículo introductorio de los *Anales de Ihering*, a través de las categorías de la simplificación cuantitativa y de la simplificación cualitativa⁽²⁶⁾: la transformación de las normas jurídicas (materia o substancia jurídica) en nociones empíricas (cuerpo jurídico).

La simplificación cuantitativa se descompone en cinco operaciones:

1) El análisis de la materia jurídica es la abstracción de un sector de la realidad a través de la descomposición y de la separación de las situaciones generales de las situaciones particulares esbozadas por las normas jurídicas.

2) La concentración lógica consiste en recomponer y unir las situaciones concebidas y observadas en una sola expresión.

3) La clasificación normativa es ordenar sistemáticamente a las normas jurídicas.

4) La designación es la denominación jurídica de las situaciones concebidas y observadas.

5) La economía jurídica es emplear hábilmente aquello que existe.

La simplificación cualitativa es la construcción jurídica: es una operación de organización de los cuerpos jurídicos (nociones empíricas) sometida a tres leyes. “La ley de la construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al Derecho positivo”, “la ley de la falta de contradicción o unidad sistemática” y “la ley de la belleza jurídica”. La primera consiste en construir lo abstraído en base a las normas del Derecho positivo. La segunda implica que las proposiciones referidas a la realidad jurídica no deben ser contradictorias. Y la tercera significa que las proposiciones científicas deben ser claras.

Francesco Carnelutti⁽²⁷⁾ en su obra *Metodología del Derecho* describió la estructura de la ciencia pura del

Derecho positivo en dos etapas: la observación y la elaboración. La primera debe basarse en tres principios y en la distinción entre función y estructura. El “principio de la realidad del Derecho” señala la observación directa e inmediata la realidad jurídica. El “principio de la institucionalidad del Derecho” indica la combinación sociológica (institución) entre la persona autorizada a mandar y las personas que acatan el mandato normativo. El “principio de la unidad del Derecho” denota la unidad de la ciencia jurídica. Luego, observando la realidad jurídica debemos averiguar la función (¿cuál es el propósito y cuál es el resultado?) y la estructura (la composición y el desenvolvimiento) de los institutos jurídicos. La segunda etapa es la elaboración de la realidad jurídica la cual comprende cinco operaciones:

1) Una comparación interna es el contraste entre los diversos institutos de un mismo Derecho positivo.

2) La clasificación es la distribución de los objetos en grupos por la homogeneidad de caracteres. Es una operación de descomposición de caracteres.

3) La recomposición es una abstracción de la realidad jurídica para obtener conceptos (complejo de caracteres o de cualidades) ordenadores de la experiencia.

4) La definición es la expresión verbal de los caracteres del concepto, y la denominación es una especie de definición reducida al mínimo denominador.

5) Los conceptos elaborados, formulados y denominados forman las reglas de experiencia.

Von Ihering enfocó el carácter de la coherencia jurídica desde un punto de vista teórico. La abstracción, la concentración lógica y la clasificación se vinculan de manera aproximada al campo de la noción de la relación convencional entre el lenguaje y la realidad. Asimismo, la relación de compatibilidad de las proposiciones jurídicas y su claridad en su exposición son una parte de la operación deductiva. Por el contrario, Carnelutti consideró de una manera más explícita la existencia de una concepción convencional entre el lenguaje y la realidad al exponer los principios de la realidad del Derecho y de la institucionalidad. Igualmente señaló que la recomposición es la

(25) LARENZ, Karl. Op.cit.: p. 46.

(26) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op.cit.: p. 108.

(27) CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Traducción de Angel Ossorio. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México. 1940, pp. 54-81; HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Op.cit.: pp. 351-373.

abstracción por excelencia. Nuestra posición al respecto distingue las modalidades de la coherencia de las proposiciones jurídicas: concebir⁽²⁸⁾ y observar son operaciones convencionales en el sentido de relacionar el lenguaje y la realidad mediante “términos de observación”. Compatibilizar y deducir las proposiciones referentes a un sector de la realidad jurídica es el paso ulterior a la representación convencional entre los símbolos y los objetos representados.

3 Positivismo jurídico.

El tema objetivo (ordenamiento jurídico) de la ciencia jurídica es una cuestión totalmente distinta a la coherencia científica jurídica. La dogmática jurídica con evidencia determina el carácter científico-jurídico de la objetividad: la dogmática jurídica o ciencia del Derecho es una ciencia del Derecho positivo⁽²⁹⁾. La noción de positividad⁽³⁰⁾ se refiere al conjunto de normas con fuerza obligatoria actual⁽³¹⁾ (paradigma)⁽³²⁾. El positivismo determina históricamente los dogmas jurídicos quitándoles la pretensión de validez absoluta, los asume como punto de vista de un ordenamiento jurídico determinado en el tiempo y en espacio y a

ellos atribuye una normatividad igual a la ley⁽³³⁾.

Ferri⁽³⁴⁾ dice que tener presente la positividad del derecho no implica adoptar una postura negativa ante el problema de la existencia de un derecho natural, entendido como realidad absolutamente racional o universal; implica sólo reconocer que todo ordenamiento jurídico, en su realidad fenoménico-histórica, no es un ordenamiento inmutable y concluso, sino un ordenamiento que nace, se desarrolla, atraviesa vicisitudes, abierto como está al influjo de todos los factores humanos que operan en la historia. Historicidad y mutabilidad son, para nosotros, sinónimos de positividad. Mediante su positivación, el ideal de justicia encuentra una realización histórica y por ello contingente e incompleta, condicionada por toda una serie de elementos ocasionales o ambientales. La búsqueda de un orden más justo, más racional, no admite detenciones. Los ordenamientos jurídicos están en continua evolución. La mutabilidad o positividad es un carácter diferencial del ordenamiento jurídico, de todo ordenamiento jurídico, del mismo ordenamiento del derecho canónico, frente al orden moral.

Vernengo⁽³⁵⁾ delimita el tema de la ciencia del Derecho: la ciencia jurídica -es decir, las disciplinas

(28) CARNELUTTI, Op.cit.; pp. 74-75: “La mente del hombre como el útero materno recibe (concibe) el germen exterior y lo elabora en sí, donde aquella que ha recibido (concebir es compuesto de un cum y capere) forma una vida nueva. Lo que ha recibido es la imagen de un objeto, o bien una cantidad de imágenes de las cuales extrae, mediante su descomposición, la cualidad con la cual o con algunas de las cuales reconstruye el concepto, el cual es, por lo tanto, un complejo de caracteres o de cualidades”.

(29) KELSEN, Hans. Op.cit.; p. 99. REALE, Miguel. *Introducción al Derecho...*, p. 32. VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho...*, p. 30. MENGHI, Angelo. *Dizionario di terminologia giuridica, Diritto e procedura civile*, Seconda Edizione, G. Barbèra, Editore, Firenze, 1951, p. 94: “Derecho positivo: es el conjunto de las reglas que realizan, en toda comunidad jurídicamente organizada y en los diferentes momentos históricos que atraviesan, la idea del derecho según la representación que de lo justo cada uno se forma. Y esencialmente nacional e histórico, responde a los caracteres propios del pueblo que se lo forman y del momento histórico en que se forma”. El jurista italiano considera implícitamente en su definición la relación entre el Derecho positivo (conjunto normativo) y la sociedad en términos del tema de la efectividad jurídica.

(30) FALZEA, Angelo. *Dogmatica Giuridica e Diritto Civile*, en *Rivista di Diritto Civile*, Fondata da Walter Bigiavi, CEDAM-Casa Editoriale Dott, Antonio Milani, Padova, Anno XXXVI, Parte Prima, 1990, p. 738: “La realización del derecho tiene como su presupuesto [...] dos condiciones esenciales: la objetiva cognoscibilidad de las reglas jurídicas y el compromiso de los sujetos jurídicos para conocerlas”. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *Parte General del Derecho Civil Español*, Primera Edición. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1983, p. 27. CARDENAS KRENZ, Arturo Ronald, *La costumbre como fuente de Derecho civil peruano: conflicto entre ley y realidad social*, Tesis para optar el Grado Académico de Bachiller, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1990, Tomo I, p. 117. La positividad se refiere a la objetividad de la expresión social del conjunto normativo: la positividad es la realidad objetiva de las normas jurídicas.

(31) VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho...*, pp. 29-30.

(32) ZULETA PUCEIRO, Op.cit.; p. 283: “Un paradigma implica una teoría fundamental y algunas aplicaciones ejemplares, que son aceptadas por los científicos hasta el punto de suspender todo esfuerzo por la discusión de sus supuestos y de sus posibles alternativas sustitutivas. El interés de la ciencia se vuelca hacia una extensión del ámbito de aplicación del paradigma a cuestiones originariamente no tematizadas. La dogmática jurídica es consecuente con este modelo, ya que aparece como una metodología basada en el sometimiento del científico a los resultados de una generalización empírica operada exclusivamente sobre los materiales del derecho positivo”.

(33) MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1996, pp. 30-31.

(34) FERRI, Luigi. *La autonomía privada*, Traducción de Luis Sancho Mendizábal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 281.

(35) VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho...*, p. 34.

científicas que se ocupan de desarrollar el estudio objetivo de diversos aspectos de los sistemas normativos vigentes en una sociedad y en sus grupos componentes- pretenderá formular, en un lenguaje lógicamente coherente, un conjunto de proposiciones verdaderas sobre su tema de investigación, en forma tal que los enunciados que las expresen sean racionalmente controlables, sea en cuanto empíricamente verificables, sea en cuanto lógicamente derivables de otras proposiciones cuya verdad se asume o ha sido acreditada.

Reale⁽³⁶⁾ confirma lo expresado: sólo es posible ciencia donde hay **objetivación**, es decir, donde hay realidades independientes de la persona del observador y que son irreductibles a su subjetividad. De ahí que pueda afirmarse que los términos **objetivo** y **positivo** se implican mutuamente.

La positividad implica la vinculación del ordenamiento jurídico con la sociedad por medio del significado del adagio latino *ubi ius ibi societas*. Esta interrelación también interesa a la ciencia jurídica. La positividad del Derecho es para Luhmann la consecuencia de la adaptación del sistema jurídico a las influencias del entorno⁽³⁷⁾. Objetivamente, la teoría jurídica o ciencia jurídica pura es una teoría jurídica positivista⁽³⁸⁾. La noción de “positivismo” tiene cinco significados en la doctrina jurídica⁽³⁹⁾.

3.1 Realismo jurídico.

La primera acepción alude al realismo jurídico. La ciencia jurídica estudia el conjunto de normas efectivamente aplicadas en una sociedad determinada. Existen tres sub-conjuntos teóricos de este positivismo:

el positivismo historicista⁽⁴⁰⁾, el positivismo sociológico⁽⁴¹⁾ o sociologismo jurídico⁽⁴²⁾, y el positivismo judicial⁽⁴³⁾. El primero estudia al Derecho como hecho social y considera a la costumbre jurídica⁽⁴⁴⁾ como el hecho social efectivamente relevante. El segundo estudia científicamente al Derecho, teniendo en cuenta su facticidad de los hechos. La neutralidad axiológica es la condición necesaria y suficiente para analizar al Derecho en términos de su eficacia social. Al tercer sub-conjunto le interesa la actividad judicial de resolución de controversias concretas porque la jurisprudencia es la fuente principal del Derecho. Debemos tener presente que estos tres sub-conjuntos resaltan el criterio de la efectividad jurídica en relación a algunas fuentes del Derecho. La efectividad de la aplicabilidad normativa es una parte del estudio de la ciencia jurídica pero no es la única. Importa también el estudio de la validez jurídica: teoría general del Derecho y el estudio axiológico del Derecho (filosofía del Derecho). Esta posición positivista reduce los temas de la validez jurídica y de la axiología jurídica en términos de efectividad jurídica.

Debemos separar los temas de estudio del Derecho. De acuerdo a la teoría jurídica positivista el científico define al Derecho como el conjunto normativo formalmente válido. Si el Derecho es un hecho social estamos en el campo de los niveles naturales. Si las fuentes del Derecho principales son la costumbre y la jurisprudencia de acuerdo a la posición que se siga, estaremos no sólo confundiendo temas diferentes sino que estaremos confundiendo las categorías teóricas de fuentes de conocimiento o de

(36) REALE, Miguel. *Introducción al Derecho...*, p. 157.

(37) LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, p. 136.

(38) FINCH, John. *Introducción a la teoría del Derecho*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1977, p. 61: “Positivismo connota un método de examen del Derecho promulgado por el hombre, del que ha sido establecido realmente por los hombres para los hombres, del que ha sido “positum”, puesto. Connota también el estudio del Derecho como es, en contraste con el Derecho como debe ser. La teoría jurídica positivista no implica un rechazo del debe en sentido moral como objeto inútil de estudio o que no tiene nada que ver con el Derecho. Lo que realmente implica es un explícito rechazo del debe en un sentido metafísico, como el producto directo de un es metafísico, no positivo. El es del positivismo jurídico consiste en la existencia del derecho humano y sus métodos de estudio se confinan estrictamente a esta esfera de existencia. También encontramos un debe en esta esfera, pero es un debe no moral, debe normativo, debe del Derecho como distinto de la obligación moral”.

(39) NINO. Op.cit.; pp. 30-43. ZULETA PUCEIRO. Op.cit.; pp. 292-293.

(40) BOBBIO. Op.cit.; p. 34.

(41) JORDAN HUAROTTO, Gorki F. *El Derecho paralelo en el sector del comercio informal (Análisis y explicación del problema)*, Tesis para optar el título de Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, 1993, pp. 8-10. Identifica positivismo sociológico como una ciencia social. Esta ciencia intenta alejarse de concepciones metafísicas o ideológicas para explicar sus datos o hechos sociales.

(42) VALLET DE GOYTISOLO. Op.cit.; p. 256.

(43) BOBBIO, Norberto. Op.cit.; p. 36.

(44) CÁRDENAS KRENZ. Op.cit.; Tomo I, p. 111.

producción y fuentes de calificación o de validez del Derecho: validez jurídica y vigencia jurídica son criterios jurídicamente relevantes en determinados campos cognoscitivos. La ciencia jurídica pura estudia el Derecho en términos de validez. El acto o el proceso de creación de normas jurídicas y la norma convencional creada son las categorías determinantes para configurar el conjunto normativo formalmente válido. Por eso, tanto la costumbre como la jurisprudencia son fuentes analizadas teórica y prácticamente⁽⁴⁵⁾. Igualmente, consideramos que la neutralidad axiológica no es la condición necesaria y suficiente para analizar al Derecho en términos de su efectividad social sino que es un criterio que permite transmitir una información coherente y objetiva en el campo de los problemas prácticos técnicos.

La ciencia jurídica es una
dogmática del Derecho positivo en
el sentido de su coherencia, de su
objetividad y de su función social:
su teoría es el tema de la validez
jurídica y su práctica es el tema de
la efectividad jurídica. La validez y
la efectividad jurídica deben ser
criterios suficientes y necesarios
para un estudio científico del
Derecho positivo

3.2 Positivismos ideológico.

La segunda acepción es ideológica⁽⁴⁶⁾. Todo Derecho positivo tiene por sí mismo validez o fuerza obligatoria. La ciencia del Derecho adquiere un valor

positivo y autónomo, independientemente de su correspondencia o no con determinados valores jurídicos⁽⁴⁷⁾. Interesa para esta teoría jurídica, el acatamiento y la aplicabilidad de las normas jurídicas sin necesidad de valorarlas filosóficamente. Esta posición indica un rechazo del análisis filosófico ulterior de los resultados científicos jurídicos. En otras palabras, este enfoque propicia en el mundo de los problemas prácticos técnicos una cancelación de los valores jurídicos (contexto de la valoración). Por ejemplo, el hecho de que se considere válida una determinada norma jurídica significa para los positivistas ideológicos una posición incuestionable axiológicamente. La norma que permite al deudor liberarse de los efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria del acreedor cuando ha pagado más del cincuenta por ciento (50%) del precio en un contrato de reserva del derecho de propiedad es una norma válida e incontrovertible filosóficamente, aunque el deudor siga poseyendo el bien si ha incumplido con pagar las cuotas restantes. Tampoco debemos suponer que este positivismo es una teoría jurídica en términos de efectividad. Por eso, sostener la efectividad y la cancelación de los valores es una confusión teórica y práctica.

3.3 Formalismo jurídico o positivismo legalista.

La tercera acepción se refiere al formalismo jurídico⁽⁴⁸⁾. Este positivismo legalista⁽⁴⁹⁾ se basa en la doctrina de Thomas Hobbes⁽⁵⁰⁾: el **estado de naturaleza** es un estado pre-existente a la sociedad regido por dos leyes del Derecho natural. En este mundo los sujetos individuales tienen derecho a hacer todo lo que desean y no existen normas que determinen específicamente las situaciones jurídicas de los seres humanos ni la propiedad de las cosas. Estos desean las cosas escasas y cada uno debe luchar

(45) NINO. Op.cit.; p. 50.

(46) Ibid, Loc.cit.; p. 33.

(47) ZULETA PUCEIRO. Op.cit.; p. 293.

(48) NINO. Op.cit.; pp. 36-37.

(49) ZULETA PUCEIRO. Op.cit.; p.293. JORDAN HUAROTTO. Op.cit.; pp. 10-11. Quien denota al positivismo normativo en el sentido de positivismo legalista o estatalista. Nosotros denominaremos positivismo normativo al positivismo metodológico a diferencia del positivismo legalista.

(50) HOBBS, Thomas. *Las bases de la organización político-jurídica, en Leviathan, or the matter, Forme and power of a common wealth ecclesiastical and civil*. Londres: Enguin Books, 1968. pp. 184-227, citado en: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho...*, pp. 34-36.

incesantemente por su cuenta para obtenerlas. Pero se dan cuenta que el estado de guerra⁽⁵¹⁾ es intolerable y desean la paz para lograr sus objetivos caprichosos. Si no es posible la realización de la paz, se usarán todos los medios posibles para defenderse. Por eso, la primera ley se enuncia así: **“todo hombre debe proponerse lograr la paz en la medida que tenga esperanza de obtenerla; pero cuando esto no es posible, puede utilizar y ayudarse con todas las ventajas de la guerra”**. Posteriormente, el egoísmo humano produce la celebración de un contrato social para formar un estado civil de manera definitiva y estable: se acuerda la renuncia recíproca de sus derechos y su transferencia a un poder soberano único⁽⁵²⁾. Surge la segunda ley que dice lo siguiente: **“que con el objeto de lograr la paz y defenderse mejor los hombres pueden, si se ponen de acuerdo, renunciar a su derecho sobre todas las cosas, y contentarse con tener tanta libertad contra otros hombres como la que permitirían a otros hombres tener contra ellos mismos”**. El Estado es el encargado de establecer los criterios formalmente válidos y axiológicos de las normas jurídicas al tener el monopolio de la creación del Derecho positivo y de la coactividad. Estos criterios recién surgen convencionalmente por el pacto social. Así toda norma jurídica siempre es válida y justa porque el Derecho positivo es completo, consistente y preciso. De esta manera este positivismo identifica al Derecho positivo con la ley estatal escrita (monismo jurídico)⁽⁵³⁾. Es ilustrativa el viejo anatema contra el saber de los juristas pronunciado en 1847 por Kirchmann: “tres

palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”⁽⁵⁴⁾. Además, la doctrina de Hobbes permite el afianzamiento del deber de obediencia de los sujetos sociales por la posibilidad estatal de emplear la fuerza para hacer cumplir las leyes. Este monopolio estatal en cuanto a la creación del Derecho y a su coactividad es objetado por Bianca⁽⁵⁵⁾ en términos de la efectividad jurídica. En primer lugar, describe las ideas del monopolio estatal. La ley escrita expresa mejor que otras fuentes la exigencia normativa del ordenamiento y la norma implica un deber de obediencia y que tal deber puede subsistir sólo por medio del Estado. En segundo lugar, objeta estas ideas por las siguientes razones: El problema del conocimiento del Derecho positivo impone saber cuál es el Derecho vigente y no cuál sería el Derecho preferible. Y la consideración de un deber moral de obediencia destierra del campo de investigación el Derecho positivo. Si se quiere considerar la posición del particular como destinatario de la sanción conexas a la norma, esta posición debería ser determinada en relación a la norma jurídica en términos efectivos en que se inserta en la realidad de su tiempo y en que se presenta como un objetivo análisis. Esta posición del jurista italiano es correcta porque conecta el estudio científico del Derecho positivo con el tema de la efectividad del ordenamiento jurídico.

Las ideas de Hobbes se basan en excluir la socialidad en el **estado de naturaleza** y en introducir en el **estado civil** la convencionalidad del monopolio estatal en cuanto a los criterios de la axiología y de la

- (51) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Derecho como modelo del pensamiento racional...*, Tomo II, p. 741: “Las nociones de lo lícito y lo ilícito, justicia e injusticia, no tienen ahí lugar”.
- (52) VIGO, Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1984. pp. 67-68: “Así surge el Estado absoluto hobbesiano que concluirá con el reino de las pasiones, la guerra y la libertad natural, e impondrá el orden, la seguridad y la razón. El soberano está por encima de las leyes positivas, que su voluntad se encargó de producir, su poder es indivisible, exclusivo y excluyente”.
- (53) CALSAMIGLIA BLANCAFORT. Op.cit.; p.266. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho y Persona*. Lima: Instituto de Estudios Latinoamericanos Francisco García Calderón, 1990. p. 41. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Bases para un estudio sobre la relación entre el derecho y la sociología*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Año II, No.2, 1993. p. 26. JORDÁN HUAROTTO. Op.cit.; p. 81.
- (54) GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Tercera reimpresión inalterada de la sexta edición. Buenos Aires: Depalma. 1985. p. 272. REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general...*, pp. 143-144. BULLARD GONZALES, Alfredo. Op.cit.; p. 226. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2da.ed. Madris: Civitas, 1981. p. 19.
- (55) BIANCA, Massimo. *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*. En: *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas*. Tomo II. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. 1969. pp. 61-62.

validez. Teóricamente es imposible prescindir de la vida social⁽⁵⁶⁾ por la simple aseveración de la existencia y de la coexistencia del ser humano. No se puede concebir la existencia sin la coexistencia y viceversa. Con respecto a la estatalidad convencional, hay una confusión entre el tema de la validez con el tema axiológico. Esta concepción promueve la reducción de lo axiológico a lo formalmente válido⁽⁵⁷⁾. El tema de la validez significa estudiar científicamente el Derecho positivo. Primero, debemos concebir y observar la realidad. Luego abstraerla coherentemente y objetivamente. Después analizar la función social de la ciencia jurídica en relación a la efectividad del Derecho positivo. Este proceso científico se refiere en principio al conjunto normativo formalmente válido y ulteriormente a su efectividad en la realidad. Es decir, la teoría jurídica debe ser completa, consistente y precisa. Una cosa distinta es la región objetiva de la ciencia jurídica pura. Y otra cosa diferente es la información científica comunicable en concordancia a la efectividad del Derecho positivo. Como vemos, el positivismo legalista o el formalismo jurídico igualmente identifica tres planos diferentes. Un plano es el carácter de la coherencia del conocimiento discursivo científico jurídico. El segundo plano es su tema objetivo general (Derecho positivo). Y el tercer plano es la función social de la ciencia jurídica por la efectividad de las normas jurídicas. También esta clase de positivismo desconoce las categorías teóricas de fuentes de conocimiento o de producción y fuentes de calificación o de validez del Derecho. Estas categorías tienen fundamento kelseniano en el método democrático de producción jurídica⁽⁵⁸⁾. La legislación no es la única fuente del Derecho sino también lo son la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, el negocio jurídico y los principios generales del Derecho. El tema axiológico

es una cuestión de la Filosofía del Derecho: un estudio de los presupuestos y de los resultados de la ciencia jurídica. Por lo tanto los temas de validez jurídica y de axiología jurídica no se deben identificar sino diferenciarlos y relacionarlos complementariamente.

3.4 Positivismo metódico o conceptual.

La cuarta acepción denota al positivismo metódico o conceptual⁽⁵⁹⁾. Esta teoría jurídica positivista constituye la verdadera ciencia jurídica pura por las siguientes consideraciones: el científico del Derecho positivo describe la realidad en “términos de observación” y por esto la noción de Derecho se vale de propiedades descriptivas. La teoría jurídica positivista tiene dos propiedades convencionalmente aceptadas: la coherencia y la objetividad. En primer lugar, todo jurista debe concebir y observar la experiencia normativa⁽⁶⁰⁾, teniendo en cuenta la noción convencional entre el lenguaje y la realidad; y las relaciones de compatibilidad y de deducibilidad entre las proposiciones científicas. La concepción y la observación es la abstracción⁽⁶¹⁾ del mundo de las normas para transformar conceptualmente el mundo de las normas en un mundo jurídico. El mundo de las normas jurídicas comprende un mundo de normas pero no todo mundo de normas comprende un mundo de normas jurídicas. El tema de estudio del mundo de las normas y el tema de estudio del mundo jurídico constituyen temas de estudio de la validez jurídica. En segundo lugar, las proposiciones científicas se refieren a una región objetiva. La experiencia jurídica⁽⁶²⁾ el mundo de las normas jurídicas. Admitir esta idea implica tener presente al Derecho positivo como objeto de estudio de la ciencia jurídica pura y al significado del adagio latino *ubi ius ubi societas*. Entonces, esta teoría jurídica es un positivismo

(56) ROCHABRUN, Guillermo. *Socialidad e individualidad. Materiales para una sociología*. 2da.ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p. 45: “La socialidad del hombre e incluso la sociedad misma tienen que ser introducidas de una u otra forma en el *estado de naturaleza* para que luego los hombres puedan *construir* tal sociedad. En otras palabras, la sociedad debe pre-existir, para luego poder ser creada”.

(57) BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*; p. 32.

(58) KELSEN, Hans. *Op.cit.*; pp. 133-137.

(59) NINO. *Op.cit.*; pp. 37-38.

(60) BOBBIO. *Op.cit.*; p.3; REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general...*, Tomo I. pp. 78-79.

(61) CALVO SORIANO, Alvaro. *Ensayo sobre límites institucionales del negocio jurídico patrimonial*. En: *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas*. Tomo V. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969. p. 161.

(62) REALE, Miguel. *Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho*. En: *Corrientes y Problemas en Filosofía del Derecho. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada, No. 25. 1985. p. 218.

normativo o un positivismo conceptual o un positivismo metodológico que se sustenta en tres aspectos. Lo normativo de la realidad, lo metodológico de la abstracción jurídica y la idea de positividad en la objetividad jurídica. Debemos partir de la experiencia normativa, la cual nos proporciona la visión necesaria y suficiente de los términos jurídicos realmente usados en la realidad y convencionalmente aceptados. Luego, debemos describir y explicar la realidad jurídica teniendo en cuenta sus propiedades descriptivas. Así, la objetividad de la ciencia jurídica pura permite la neutralidad axiológica en el ámbito de los problemas prácticos técnicos. Teóricamente separamos los caracteres de la coherencia y de la objetividad para un mejor entendimiento de la estructura de la dogmática jurídica. La teoría jurídica positivista proporciona la autonomía de la ciencia jurídica pura: el tema jurídico de validez es un campo claramente diferenciado de la efectividad jurídica y de la filosofía jurídica. La efectividad jurídica tiene que ver con la función social de la ciencia jurídica. La filosofía jurídica tiene relación con el estudio universal de los presupuestos y de los resultados científicos a través del uso de palabras “ultrare-presentativas” y “omni-representativas”. Conocidas las diferencias entre los temas jurídicos podremos construir la unidad de la existencia jurídica. Quien desee comprender la existencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados⁽⁶³⁾.

3.5 Escepticismo ético.

La quinta acepción se refiere a un escepticismo ético⁽⁶⁴⁾. Según este significado, para el positivismo no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Contrariamente a lo afirmado, el positivismo jurídico es la ciencia jurídica: es un

modo de aproximación científica al Derecho y de ninguna manera rechaza una concepción iusfilosófica. Primero debemos concebir y percibir la realidad jurídica natural, luego estudiarla científicamente y ulteriormente podemos concordar los resultados científicos en relación a ciertos valores jurídicos. Por ejemplo, dos partes contratantes celebran un contrato de transferencia de bienes inmuebles con la finalidad de ocultarlos a los acreedores del enajenante y concluyen otro contrato oculto en el cual el adquirente se compromete a transferirle al primero ulteriormente y de acuerdo a ciertas circunstancias favorables para el deudor-enajenante. Científicamente, el análisis que haga el juez de este caso concreto en concordancia a la normatividad del Derecho positivo es independientemente de su creencia de la existencia de valores jurídicos. Es decir, no debemos filosofar jurídicamente cuando estudiemos un caso concreto en forma científica. Primero debemos usar nuestro sentido común. Luego, describir y explicar la realidad de acuerdo a los principios científicos. Seguidamente, podremos filosofar las implicancias axiológicas del caso concreto y justificar una posición iusfilosófica. Por eso, debemos seguir estas tres etapas sucesivamente y sin confundirlas: el primer peldaño es el conocimiento de la realidad natural jurídica, el segundo peldaño es el conocimiento de la ciencia jurídica y el tercer peldaño es el conocimiento de la filosofía jurídica. Este último peldaño nos permitirá integrar los conocimientos jurídicos en una unidad.

4 Función social de la ciencia jurídica.

Si concebimos con claridad y precisión el ámbito del campo teórico jurídico, podremos referirnos a la función social de la ciencia jurídica. El campo práctico jurídico en su real dimensión significa que la dogmática jurídica debe proporcionar información coherente, objetiva y comunicable⁽⁶⁵⁾. Vernengo⁽⁶⁶⁾ describe la función social de la ciencia jurídica como la constitución de un sistema institucionalizado de comunicación de los contenidos normativos del Derecho positivo. En otros términos, la función social

(63) BOBBIO, Norberto. Op.cit.: p. 26.

(64) NINO. Op.cit.: pp. 30-32.

(65) FROSINI, Vittorio. *Teoría de la interpretación jurídica*. Traducción de Jaime Restrepo de la obra original *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1991. p.93. CALVO SORIANO, Alvaro. Op.cit.: Tomo V. p. 163.

(66) VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho...*, pp. 420-421.

de la dogmática jurídica significa que las normas formalmente válidas con fuerza obligatoria deben ser reconocidas y acatadas por los sujetos sociales por medio de los mecanismos autocompositivos y heterocompositivos regulados por el ordenamiento jurídico. El reconocimiento y el acatamiento del Derecho positivo a través de los mecanismos de prevención y de solución de conflictos jurídicamente relevantes, configuran el tema de estudio de la efectividad jurídica. La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema fenomenológico del Derecho⁽⁶⁷⁾. ¿Cuándo una norma jurídica es eficaz o vigente? Los autores coinciden, en general, en señalar dos condiciones para la vigencia de una norma jurídica: 1) Que sus destinatarios -los sujetos normativos- la observen generalmente (aunque, por supuesto, puede haber muchas desviaciones); 2) Que ciertos órganos de aplicación las reconozcan en sus decisiones. Si la gente no observa la norma en cuestión, ella no estará vigente aunque los jueces la apliquen, y, a la inversa, tampoco se considerará que está vigente una norma jurídica que la gente observa pero que los órganos de aplicación no reconocen en sus decisiones⁽⁶⁸⁾. El estudio de la efectividad jurídica es referente a un ordenamiento jurídico efectivo según el significado señalado por Meneghelli⁽⁶⁹⁾: la expresión ordenamiento eficaz indica, por lo tanto, una forma de organización social y política que, existiendo sólo empíricamente verificada (comprobada), no puede como tal, ofrecer

al jurista aquel elemento cualitativo que es indispensable para poderla juzgar de duración. La expresión ordenamiento efectivo indica, en lugar de, una forma de organización social y política que, por razones histórico sociológicas, tiene en sí la capacidad y, por consiguiente, la probabilidad de durar establemente. Sólo en este último caso se puede hablar propiamente de ordenamiento legítimo. Para indicar la existencia histórica de un ordenamiento jurídico no es, por esta razón, oportuno usar indistintamente las expresiones ordenamiento eficaz y ordenamiento efectivo, pero es oportuno servirse sólo de la expresión de ordenamiento efectivo. La efectividad es una realidad de hecho, la legitimidad, de otro lado, es una cualidad que viene a ella atribuida. Entonces, la validez de la norma no resulta en efecto más que parcialmente de criterios jurídicos formales y explícitos, en tanto que su inteligibilidad (el sentido que se le atribuye) es ampliamente reconstruida por el órgano de aplicación, refiriéndose a principios y valores implícitos; de modo que la "textura abierta" caracteriza no sólo a cada norma considerada aisladamente, sino incluso al sistema jurídico encarado globalmente⁽⁷⁰⁾. Es decir, la práctica jurídica o ciencia jurídica aplicada se explica a través del nivel de la aplicabilidad normativa de los casos claros y atípicos relevantes jurídicamente con la finalidad de solucionar problemas práctico-técnicos⁽⁷¹⁾.

La aplicabilidad normativa explicaría la función social del derecho. Desde una perspectiva amplia podemos obtener una **comprensión** socialmente adecuada o conveniente de la relación entre normas jurídicas y las acciones si –y sólo si- estamos también en posición de **observar, describir y explicar** empíricamente las operaciones involucradas en el proceso de información por el que tiene lugar toda la comunidad jurídica y toda acción jurídica⁽⁷²⁾.

f) La ciencia jurídica es la especificación de la teoría general del Derecho⁽⁷³⁾. La dogmática jurídica

(67) BOBBIO. Op.cit.: p. 22.

(68) NINO. Op.cit.: pp. 139-140.

(69) MENEGHELLI, Ruggero. *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*. En: *Diritto e Società*. CEDAM-Casa Editoriale Dott. Antonio Milani, No. 1, Padova, 1991. pp. 15-16 y p. 18.

(70) OST, François. *Sobre la ciencia del derecho*. En: *ius et praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, No. 21 y 22, Enero-diciembre. p. 106.

(71) CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 4ta.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990. pp. 56-57.

(72) KRAWIETZ, Werner. *Sistemas jurídicos modernos en transición, Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción*. En: *Doxa. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía jurídica y social realizado en Buenos Aires, 1997*. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Vol I, No. 21, 1998. p. 124.

(73) REALE, Miguel. *Introducción al Derecho...* pp. 243-244.

es la ciencia jurídica pura y aplicada como el anverso y el reverso de una misma moneda. Esta ciencia tiene las mismas dimensiones teórica y práctica de toda ciencia: los elementos teórico y práctico de la ciencia del Derecho configuran una verdadera unidad⁽⁷⁴⁾. La coherencia es el elemento teórico del estudio analítico y sistemático del Derecho positivo. La objetividad es el campo especializado del estudio científico jurídico (Derecho positivo). El campo práctico jurídico es la función social de la ciencia jurídica de resolver problemas prácticos técnicos. El elemento teórico jurídico se vincula recíprocamente con el elemento práctico jurídico. La ciencia jurídica aplicada proporciona información comunicable a la ciencia jurídica pura. En este orden de ideas se afirma que la dogmática jurídica⁽⁷⁵⁾ es el estudio coherente, objetivo, comunicable del Derecho positivo. Al respecto, Luhmann⁽⁷⁶⁾ nos dice que el sistema jurídico opera simultáneamente bajo premisas normativas y cognoscitivas; está dispuesto a aprender y a no aprender, a la medida de su propia estructura diferenciadora. Es un sistema cerrado y abierto: es cerrado porque es abierto y abierto porque es cerrado. Apertura y no apertura no suponen ninguna contradicción ya que no están definidas en el sentido de una mutua relación excluyente. Betti⁽⁷⁷⁾ destaca el doble aspecto de la dogmática jurídica: en particular, se olvida que el conocimiento del Derecho, y por tanto

también los conocimientos históricos del jurista, no pueden ser nunca más que un conocimiento mediante conceptos más o menos abstractos que sirven para enmarcar los problemas jurídicos, de los que las normas e instituciones representan la solución: problemas tanto prácticos como técnicos que, a la inversa, no interesan para el conocimiento histórico (**individual**) del historiador no jurista. Si para dominar la materia de la vida social a la vista de los problemas prácticos que propone y para hacer las situaciones más accesibles a la disciplina que les es destinada, se advierte ya en el proceso normativo la exigencia de la abstracción y de la reducción a tipos y esquemas conceptuales que aseguran la fácil comprensión de aquella disciplina, es claro que en la interpretación en función normativa no puede hacerse cuestión de desechar esta exigencia de carácter técnico-jurídico que la dogmática lleva a su coherente desarrollo lógico.

5 Teoría y práctica jurídicas.

La ciencia del Derecho será examinada científicamente desde dos puntos de vistas distintos como teoría⁽⁷⁸⁾ y práctica⁽⁷⁹⁾ jurídicas. Los términos “teoría” y “práctica”, vinculados a la dogmática jurídica, configuran una unidad. La teoría científica es el conjunto coherente de proposiciones sobre un tema objetivo y la práctica científica es la

(74) DE LOS MOZOS, José Luis. *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977. p. 123; GARCIA AMADO. Op.cit.; p. 196.

(75) MENGHI. Op.cit.; p. 98: “Dogmática Jurídica: es la exposición sistemática de las normas de cada ordenamiento positivo, coordinada lógicamente a la unidad (Rotondi)”.

(76) LUHMANN, Niklas. *El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho*. En: *Corrientes y problemas en Filosofía del Derecho*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Granada, No. 25, 1985. pp. 93-94.

(77) BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción de la segunda edición italiana de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975. p. 107.

(78) FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Tercera edición en Alianza Diccionarios. Vol.IV. Madrid: Alianza Editorial, 1981. p. 615 y p. 3222; R. B. BRAITHWAITE expresa que una teoría científica es un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción de hechos observados con la serie de las hipótesis fundamentales del sistema. “Teoría es un cuerpo coherente de conocimientos sobre un dominio de objetos; cuando este cuerpo de conocimientos es formalizado, se origina una teoría axiomática”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 21va.ed. Madrid: Real Academia Española, 1992. p. 1391: “Teoría: conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. Serie de leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos. Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda ciencia o a parte muy importante de la misma. En teoría. loc. adv. Sin haberlo comprobado en la práctica”. REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Traducción y adaptación de Jaime Brufau Prats de la Quinta Edición. Madrid: Pirámide, 1982. p. 33: “Teoría, del griego *theoresis*, significa la conversión de un asunto en problema, sujeto a indagación y a investigación, a fin de superar la particularidad de los casos aislados para englobarlos en una forma de comprensión que correlacione entre sí las partes y el todo. Ya Aristóteles nos enseña que no hay ciencia sino de lo genérico, pues en cuanto quedamos apegados a lo peculiar de cada caso, no captamos la esencia de las cosas, ni las *constantes* de los fenómenos”.

(79) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op.cit.; p. 1171: “Práctica: ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas. Modo o método que particularmente observa uno en sus operaciones. Aplicación de una idea o doctrina; contraste experimental de una teoría. Poner en práctica: realizar ideas, planes”.

concretización de la teoría a situaciones concretas: **la racionalidad predomina en el campo de la razón pura, mientras que la razonabilidad predomina en el campo de la razón aplicada**⁽⁸⁰⁾. La juridicidad se manifiesta en los temas jurídicos de validez y de vigencia del Derecho positivo. Es decir, la juridicidad se expresa en un positivismo normativista (el objeto de la ciencia jurídica pura es el Derecho positivo puesto o válido) y en un positivismo factualista (el objeto de la ciencia jurídica aplicada es el Derecho vigente o efectivamente aplicado). Proponemos un método unitario el cual conjuga el aspecto teórico y el aspecto práctico de la ciencia jurídica en una sola unidad⁽⁸¹⁾. La teoría y la práctica jurídicas científicas son aspectos necesarios y suficientes para una explicación y predicción de la experiencia jurídica. La unidad de los aspectos de la ciencia jurídica producirá un enriquecimiento de la pluralidad jurídica y a su vez la pluralidad jurídica beneficiará a la unidad jurídica⁽⁸²⁾. La dogmática jurídica es una unidad por la conexión estrecha entre teoría y práctica jurídicas científicas. También la ciencia jurídica es una pluralidad por ser el estudio de la experiencia normativa y de la experiencia jurídica. Zuleta Puceiro⁽⁸³⁾ manifiesta que para ello será necesario concebir al fenómeno jurídico como un compuesto de dos elementos diversos: por un lado, un elemento material, variable, singular, apreciable sólo desde la opinión y los análisis empíricos; por otro lado, un elemento formal, permanente, universal, necesario y susceptible, por tanto, del conocimiento objetivo y contrastable de la ciencia. En la medida en que la actividad de los juristas se desenvuelve dentro de los cánones metodológicos y exigencias normativas establecidas por la estructura institucional de la ciencia, será reconocida como **científica** y podrá reivindicar entonces para sí el

carácter de conocimiento objetivo, desinteresado y útil en que se funda su primacía.

El elemento material y el elemento formal se corresponden al aspecto práctico y al aspecto teórico de la dogmática jurídica. La ciencia jurídica es una dogmática del Derecho positivo en el sentido de su coherencia, de su objetividad y de su función social: su teoría es el tema de la validez jurídica y su práctica es el tema de la efectividad jurídica. La validez y la efectividad jurídicas deben ser criterios suficientes y necesarios para un estudio científico del Derecho positivo.

El método jurídico unitario propuesto se basa en la idea de considerar a la ciencia del Derecho positivo como el lenguaje coherente de la experiencia jurídica formalmente válida y efectivamente vigente. La dogmática jurídica es una ciencia empírica explicativa y predictiva del ordenamiento jurídico. Este método es un proceso que se divide en dos partes:

a) El primer momento es la “concepción” de un símbolo determinado y la “observación” del hecho concreto para explicar y predecir la experiencia jurídica. Levi-Strauss ha insistido en el carácter que esta primera tarea debe tener desde la perspectiva estructuralista: en el plano de la observación, la regla principal -casi podría decirse la única- es que los hechos deben ser observados y descritos con exactitud, sin permitir que los prejuicios teóricos alteren su naturaleza y su importancia. Esta regla -añade- implica otra, por vía de consecuencia: los hechos deben ser estudiados en sí mismos (¿qué procesos concretos los han producido?) y también en relación con el conjunto (es decir, que todo cambio observado en un punto será vinculado a las circunstancias globales de su aparición)⁽⁸⁴⁾. Es decir, primero “concebimos” un símbolo y después “percibimos” el hecho concreto. El

(80) SARTORI, Giovanni. *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. Traducción de Marcos Lara. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 141.

(81) CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Traducción por el Dr. Angel Osorio. México: UTEHA, 1940. p.62. SMITH, Juan Carlos. *La experiencia jurídica*. En: *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires, Tomo 1981-A, 1981, p. 741. GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Sobre los modos de conocer el Derecho o de como construir el objeto jurídico*. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, 1992. p. 203. OST, François. *Sobre la ciencia del derecho*. En: *Ius et praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, No. 21 y 22, Enero-Diciembre. p. 101.

(82) WAGNER, Manuel A. *El Derecho y el hecho jurídico. Teoría, Interpretación y aplicación sistemática*. Arts. 16 y 896/919 Código civil argentino. Buenos Aires: Plus Ultra, 1985. p. 17.

(83) ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Paradigma dogmático y evolución científica*. En: *Metodologías y Derecho privado. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, Departamento de filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, No. 22, 1982. p. 284.

(84) MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *Análisis estructural y conocimiento científico*. Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1982. pp. 32-33.

segundo momento, se forma con la construcción de los modelos jurídicos⁽⁸⁵⁾. En un segundo momento el método estructuralista inicia una fase interpretativa y de construcción en la que, a través de la comparación de los datos obtenidos por medio de la experiencia, se llega al esbozo y articulación de los modelos que le permiten llegar al conocimiento de las estructuras y, con ellas, al descubrimiento de las leyes sintácticas que rigen los fenómenos de la experiencia, a la explicación de las transformaciones que se dan en el seno del sistema que cada estructura preside⁽⁸⁶⁾. Todo método científico es naturalmente comparativo: supone una comparación rigurosa de los hechos significativos que deben explicarse, a fin de descubrir en ellos elementos comunes susceptibles de servir de base para la construcción del modelo teórico destinado a dar cuenta de ellos⁽⁸⁷⁾. En la misma tendencia, Luhmann⁽⁸⁸⁾ afirma que el método funcional es, en última instancia, un método comparativo, y su introducción en la realidad sirve para abrir lo existente a otras posibilidades. Descubre, finalmente, relaciones entre relaciones: relaciona algo con un punto de vista del problema para poder referirlo a otras soluciones del problema.

Estos dos momentos del iter metodológico explican la vinculación entre sociedad y Derecho como experiencias que se presentan simultáneamente en la experiencia normativa (adagio latino *ubi societas ubi ius*)⁽⁸⁹⁾. Por otro lado, la realidad jurídica natural es condicionante y subordinada a la dogmática jurídica⁽⁹⁰⁾. La ciencia jurídica está condicionada en el sentido que debe partir de la experiencia normativa

para estudiar la experiencia jurídica autónomamente y especializada⁽⁹¹⁾. Y la subordinación se expresa en la abstracción del mundo real para la configuración de modelos jurídicos. Esta abstracción se efectúa por los científicos del Derecho a través de la noción convencional de la relación entre el lenguaje y la realidad, de las relaciones de compatibilidad, de las relaciones de deducibilidad y de la especificación de un tema general objetivo axiológicamente neutral. La coherencia y la objetividad son los elementos de la teoría jurídico científica.

b) La teoría jurídico científica afianzará su poder explicativo y predictivo cuando exista una conexión necesaria y suficiente entre las proposiciones científicas y las nuevas proposiciones referidas a nuevos contextos de las vicisitudes de la vida social. La aplicabilidad de las conclusiones abstractas en la experiencia normativa afianzará la función social de la ciencia jurídica⁽⁹²⁾ en el sentido de que la información jurídica objetiva y coherente debe ser comunicable. Esta función social se concretizará a través de la construcción de los medios de prevención y de solución de los conflictos intersubjetivos relevantes jurídicamente, regulados por normas jurídicas efectivamente vigentes. La norma efectivamente aceptada y operante en el ordenamiento puede así estar en oposición con el texto escrito. Sucede entonces exigir si la doctrina deba reconocer como norma vigente el ordenamiento estatal y asumir como objeto de su investigación cognoscitiva las proposiciones de la ley escrita o las reglas aceptadas y operantes en el sistema⁽⁹³⁾. Dentro de este contexto, es admisible

(85) REALE, Miguel. *Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho*. En *Corrientes y problemas en filosofía del Derecho*. Anales de la cátedra Francisco Suárez. Granada, Departamento de filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, No. 25, 1985, pp. 221-222. KELSEN, Hans. Op. cit.: p. 36.

(86) MONTORO BALLESTEROS. Op. cit.: p. 33.

(87) SANTERRE, Renaud. Citado en: MONTORO BALLESTEROS. Op. cit.: p. 33.

(88) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción del capítulo I de *Soziale Systeme*. En: *System und funktion*. Suhrkamp Verlag. Francfort del Main, 1984, por Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Instituto de ciencias de la educación de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1990, p. 134.

(89) DORAL, José Antonio y PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Unidad y pluralidad en el Derecho civil*. En: *Metodologías y Derecho privado*. Anales de la cátedra Francisco Suárez. Granada, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, No. 22, 1982, p. 27. GIL, Tomás. *Derecho y Sociedad. Toma de posición a partir de una teoría normativa post-subjetivista de la acción social*. En: *Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*. Murcia, No. 10, 1987-1990, p. 219.

(90) GARCIA AMADO. Op. cit.: p. 202.

(91) LUHMANN, Niklas. *El enfoque sociológico de la teoría y práctica del Derecho...* p. 90.

(92) LUHMANN, Niklas. Op. cit.: p. 93: "La normatividad es el modo interno de trabajar del derecho, y su función social consiste precisamente en que cumpla la misión de disponibilidad y modificación del derecho para la sociedad".

(93) BIANCA, Massimo. *Il principio di effettività come fondamento della norma di Diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*. En: *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas*. Tomo II. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969, p. 65.

afirmar el carácter interdisciplinario de la ciencia del derecho. Por ejemplo, el material básico de la antropología jurídica es el comportamiento real de los individuos y la acción de las normas en la forma de convivencia que regulan, con la intención de formular proposiciones válidas que nos permitan acercarnos al entendimiento, razón de ser y naturaleza del **fenómeno jurídico**⁽⁹⁴⁾. Entonces, el método jurídico unitario se puede dividir en tres momentos: en un primer momento, el fenómeno jurídico es descrito a través de la puesta en discurso efectuada por las autoridades y los sujetos de derecho –lo cual implica una “comprensión” de las convenciones explícitas e implícitas de este discurso–; a continuación, en un segundo momento, propiamente científico, estas prácticas discursivas son explicadas (la puesta en relación, de modo causalista o teleológico, con tal o cual orden de fenómenos circundantes); lo cual conduce, en un tercer momento, a una re-interpretación global del objeto estudiado. La explicación permite, pues, pasar insensiblemente de una comprensión ingenua y espontánea a una comprensión crítica y construida⁽⁹⁵⁾. En efecto, el primer momento es comprensión ingenua y espontánea de la juridicidad que se traduce en la “concepción” de un símbolo determinado y en la “observación” del hecho concreto. El segundo momento es la explicación de la juridicidad, mediante la construcción de los modelos jurídicos. El tercer momento es la comprensión crítica y construida de la juridicidad, mediante la conexión necesaria y suficiente entre las proposiciones científicas y las nuevas proposiciones referidas a nuevos contextos de las vicisitudes de la vida social.

6 Ordenamiento jurídico y pluralismo jurídico.

Explicaremos tres teorías jurídicas pertinentes a la noción de ordenamiento jurídico y a partir del método

unitario indicado construiremos la noción de ordenamiento normativo con el objeto de tener una visión amplia de la relación entre Derecho y sociedad.

6.1 Ordenamiento jurídico como relación jurídica.

La primera teoría considera al ordenamiento jurídico como una relación jurídica (relación intersubjetiva)⁽⁹⁶⁾. La socialidad del ser humano, la solución de un conflicto de intereses y la búsqueda de una convivencia pacífica constituyen el fundamento, la función y el fin del ordenamiento jurídico, respectivamente. Por eso, el Derecho positivo se explica como el conjunto de relaciones de cooperación de los sujetos sociales. Kant⁽⁹⁷⁾ estableció las bases de esta teoría: la primera nota que señala para el derecho es la intersubjetividad, o sea se ocupa de acciones externas que pueden tener influencia recíproca de una persona hacia otra. Pero no toda relación intersubjetiva es jurídica sino sólo aquellas que se establezcan entre dos voluntades conscientes ambas de su propia capacidad para conseguir su objeto y no solamente deseando tenerlo; o también podemos decir -con Kant- que la relación jurídica se establece cuando el arbitrio de uno está en relación con el arbitrio de otro. Para completar el concepto de derecho, el formalismo de Kant deja de lado la materia del arbitrio, o sea la intención con que cada uno se dirige al objeto que quiere, y se queda solamente con **la forma en relación de los dos árbitros..., y si la acción de uno de los dos puede armonizarse con la libertad del otro según una ley universal**. Interesa exclusivamente la **forma** en que los sujetos procuran los fines particulares, al margen de cual sean éstos. En definitiva el criticismo kantiano llega a la siguiente definición del derecho: **el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad**, y esta ley dice: **obra externamente de**

(94) SILVA-SANTISTEBAN, Fernando. *La antropología jurídica, Campos de estudio, relaciones y deslindes*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. No. 4, Año 3. Agosto de 1994. p. 31.

(95) OST. Op.cit.: p. 108.

(96) BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y Notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 1. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La relación jurídica patrimonial, Reales vs. Obligaciones*. Lima: Lluvia Editores, 1990. p. 107. Describe la teoría jurídica: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. de la Segunda Edición Castellana. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992. p. 15.

(97) Citado por VIGO, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal y Culzoni, 1984. p. 124.

tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda armonizarse con la libertad de los demás según una ley universal.

Hay tres objeciones a esta teoría jurídica:

a) Primera objeción. Esta teoría identifica inadecuadamente el fundamento del Derecho (vida en relación), la función del Derecho (solución de los conflictos de intereses tipificados socialmente) y el fin del Derecho (convivencia pacífica) en una sola categoría. Nosotros discrepamos de esta posición porque proponemos una visión unitaria y autónoma de la ciencia jurídica del Derecho positivo. Por el sentido común, el Derecho es un fenómeno social, por el razonamiento científico es una forma coherente y objetiva de solucionar problemas jurídicos prácticos técnicos (función social de la ciencia jurídica) y por el razonamiento filosófico es un modo de lograr la convivencia pacífica entre los seres humanos (fin del Derecho). Naturalmente, el Derecho es apreciado en interrelación con la sociedad pero científicamente, el Derecho positivo es estudiado analíticamente, sistemáticamente y especializadamente, con el objeto de comunicar socialmente el sentido normativo y de satisfacer necesidades útiles socialmente. Filosóficamente, el Derecho puede ser concebido desde perspectivas axiológicas.

b) Segunda objeción. Se da una exclusiva relevancia al análisis jurídico funcional⁽⁹⁸⁾ a través de la noción relación jurídica. Se dice que lo que define la relación jurídica es, por una parte, la existencia de una relación orgánica, institucional y unitaria, y por otra parte la existencia de una función social que la relación está llamada a desarrollar o desplegar o, si se prefiere, que se despliega a través de la relación. Por todo ello, creemos que la relación jurídica puede definirse como una situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como

un cauce idóneo para la realización de una función social merecedora de la tutela jurídica⁽⁹⁹⁾. Se concluye que es una unidad de vinculación de sujetos de derecho, determinada normativamente, mediante la cual se establecen comportamientos orgánicamente estructurados, con la finalidad de dotar a ciertos intereses de tutela efectiva, logrando el desarrollo de las relaciones sociales sobre las que se construye, para alcanzar un modelo de sociedad preestablecido⁽¹⁰⁰⁾. Este análisis confunde los temas jurídicos de validez, de vigencia y de justicia en sus reales dimensiones. Además en este análisis no existe una definición clara de la palabra Derecho. Nuestra propuesta de estudiar el Derecho científicamente es por medio del método jurídico unitario expuesto desde dos aspectos científicos teórico y práctico.

c) Tercera Objeción. Toda relación intersubjetiva presupone una experiencia normativa⁽¹⁰¹⁾. La relación jurídica es parte del ordenamiento jurídico pero no es el ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento jurídico determinan las relaciones jurídicas de los sujetos sociales. Bobbio⁽¹⁰²⁾ explica que dada una relación de interdependencia entre relación jurídica y norma jurídica, no diremos que una norma es jurídica porque regula una relación jurídica, sino que una relación es jurídica porque es regulada por una norma jurídica. No existe en el mundo de las relaciones humanas una relación que sea por sí misma, esto es, *ratione materiae*, jurídica, pues hay relaciones económicas, sociales, morales, culturales, religiosas, y también las hay de amistad, de indiferencia, de enemistad, de coordinación, de subordinación, de integración. Pero ninguna de esas relaciones es *naturaliter* jurídica. Relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico, y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.

(98) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La relación jurídica patrimonial, Reales vs. Obligaciones...*, pp. 107-108. TORRES MENDEZ, Miguel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. 1ra.ed. Parte I. Lima: Grijley, 1993. pp. XI-XII de la Presentación.

(99) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona, Autonomía privada y Persona jurídica*. 4ta.ed. Vol.I. Madrid: Tecnos, 1981. p. 251.

(100) BULLARD GONZALES, Alfredo. Op.cit.; p. 124.

(101) BOBBIO, Norberto. Op.cit.; p. 18.

(102) Ibid.; p. 18.

6.2 Ordenamiento jurídico como institución jurídica.

La segunda teoría establece que el Derecho es la institución en base a tres elementos esenciales expuestos por el jurista italiano Santi Romano⁽¹⁰³⁾:

1º El concepto de sociedad. Los conceptos de sociedad y Derecho no pueden darse por separado (*ubi ius, ubi societas, ubi societas ubi ius*).

2º El orden social, ya que toda manifestación social es necesariamente ordenada al menos en lo que respecta a los coasociados.

3º La organización, en cuanto creadora de aquel orden social. De este análisis de los elementos esenciales del derecho, Santi Romano extrae una conclusión fundamental en su teoría: el concepto exacto del Derecho, como ordenamiento jurídico, es el de institución. Santi Romano llega a la consecuencia de que, al existir una pluralidad de instituciones, existirá también una pluralidad indudable de ordenamientos jurídicos. De esta conclusión parte el gran jurista italiano para llegar a una afirmación esencial a toda la teoría institucional: se puede dar el Derecho no estatal, puesto que no es posible definir al Estado sin recurrir al concepto del Derecho.

Esta posición es sumamente útil para la construcción de nuestra noción de ordenamiento jurídico por dos razones. En primer lugar, el Derecho se puede concebir desde dos perspectivas. La sociedad y el Derecho se relacionan recíprocamente. Y el Derecho es una organización de la sociedad. En segundo lugar, la idea de pluralidad de instituciones o de ordenamientos constituye una concepción adecuada para explicar su aspecto social y su aspecto jurídico.

El derecho es una institución. Por institución se considera cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (de pensamiento a priori, y de percepción a posteriori) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas. Dicho de otra manera, institución es aquel ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por sujetos humanos⁽¹⁰⁴⁾. Para lograr una adecuada regulación normativa ante los cambios sociales y jurídicos relevantes es necesario observar la experiencia normativa relevante, abstraerla y comprobar las conclusiones abstractamente consideradas por el ordenamiento. La sociedad determina el Derecho y éste a su vez a la sociedad. Si por el contrario, un sólo fenómeno es determinante, ignoraríamos la existencia de la sociedad o del Derecho. Concebimos y observamos la vida cotidiana de los seres humanos y la existencia de las normas relevantes social y jurídicamente⁽¹⁰⁵⁾ con el objeto de abstraerlas en modelos jurídicos.

Sin embargo, algunos juristas italianos como Bobbio⁽¹⁰⁶⁾, Del Vecchio⁽¹⁰⁷⁾ y Battaglia⁽¹⁰⁸⁾ objetan la teoría jurídica de la institución por considerar que la socialidad no es el elemento determinante de la juridicidad del estudio del Derecho positivo. Tales afirmaciones sostienen que el Derecho debe ser analizado autónomamente sin tener en cuenta el aspecto de la experiencia social. Desde nuestro punto de vista, estos autores no tienen en cuenta el proceso sucesivo de la aprehensión y la transformación del mundo normativo. En primer lugar, el adagio latino

(103) ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*, Roma, 1945, citado en NAVARRO ESTEVAN, Joaquín. *Institución jurídica*. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Iniciada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisè Prats. Tomo XIII. Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1978. p.60. Describen esta teoría: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. de la Segunda Edición Castellana. Santa Fe de Bogotá: Themis, 1992. p. 8. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil I, Parte General. Introducción*. Vol I. Barcelona: Librería Bosch, 1982. Nota I, p. 10. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada y Persona jurídica*. Primera reimpresión de la Cuarta edición. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1981. p.33. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1982, pp. 162-163.

(104) LA TORRE, Massimo. *Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma: evolución del Derecho*. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 130.

(105) MONROY GALVEZ, Juan. *Bases para un estudio sobre la relación entre el derecho y la sociología*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, Año II, No 2, Marzo, 1993, p. 27.

(106) BOBBIO, Norberto. Op.cit.: p. 8.

(107) DEL VECCHIO, Giorgio. *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*. Año I, No. 3 y 4. Inserto en versión castellana e *Derecho y Vida*. Barcelona: Bosch, pp. 67-68, citado en NAVARRO ESTEVAN, Op.cit.: Tomo XIII, p. 60.

(108) BATTAGLIA, Felice. *Filosofía del Diritto*, citado en NAVARRO ESTEVAN, Op.cit.: Tomo XIII, pp. 60-61.

ubi societas ubi ius describe la concepción y la observación de la experiencia normativa la cual se convertirá en experiencia jurídica por la abstracción. En segundo lugar, el estudio del Derecho como un sistema cerrado describe la coherencia científica jurídica y como tema general explica la objetividad científica jurídica. En tercer lugar, la práctica jurídica es la concretización de lo abstractamente considerado en términos de vigencia jurídica.

La única objeción relevante a esta teoría jurídica es puntualizada por Bobbio⁽¹⁰⁹⁾ al elemento “organización” como la razón suficiente del Derecho. El aspecto normativo es fundamental para el Derecho en relación a la organización de los sujetos sociales, es decir, el elemento organización no es determinante en el ámbito jurídico natural porque la experiencia normativa es el fenómeno originario y determinante de la experiencia jurídica: *ubi societas ubi ius*.

Hemos expuesto brevemente dos importantes teorías sobre el ordenamiento jurídico, las cuales son las fuentes de la tercera teoría jurídica denominada normativa la cual sustentaremos a continuación.

6.3 Ordenamiento jurídico como conjunto de normas de la experiencia social y de la organización de la sociedad organizada. Pluralismo jurídico.

En efecto, las teorías jurídicas de relación y de institución son necesarias para la construcción de la teoría normativa del ordenamiento jurídico. En cambio, el aspecto normativo del ordenamiento sí es una condición necesaria y suficiente⁽¹¹⁰⁾. Dentro de este orden de ideas, el criterio de juridicidad de la experiencia considera que el derecho como ciencia jurídica debe abstraer la realidad normativa para estudiarla internamente. Es decir, el científico del Derecho positivo debe aprehender la juridicidad de determinados aspectos socialmente relevantes por medio de la transformación de la experiencia normativa en experiencia jurídica. Una vez efectuada la

concepción y la percepción de la relación entre la sociedad y el ordenamiento jurídico, debemos elaborar un conjunto de proposiciones científicas lógicamente coherentes referentes a un tema objetivo con trascendencia social.

Bobbio⁽¹¹¹⁾ parte de una premisa importante para definir el Derecho como ordenamiento jurídico. Mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamientos jurídicos porque existen normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos. El término derecho, en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma.

Esta premisa es fundamental para entender la idea de la pluralidad de ordenamientos. Falzea⁽¹¹²⁾ dice que todo ordenamiento jurídico de nuestro tiempo y de nuestra civilidad, que se expresa como sistema cultural relativamente abierto y relativamente dinámico, es invadido de una constante tensión con la actualización en relación a las nuevas problemáticas que el contacto con otros sistemas culturales y el devenir de los intereses que conforman la vida social.

De esta manera, podemos decir que el ordenamiento jurídico es una organización de una sociedad. Asimismo, el Derecho como ordenamiento jurídico se vincula recíprocamente con la sociedad y la sociedad con el Derecho. Por eso, Meneghelli⁽¹¹³⁾ manifiesta claramente que el Derecho es un ordenamiento jurídico, como históricamente realizado y como históricamente experimentado. El Derecho es tal en cuanto ordenamiento jurídico históricamente existente.

Entonces, la interrelación del fenómeno jurídico con el fenómeno social explica la *ratio* de la conciencia social de la existencia de las normas o la fuerza obligatoria de las normas en la conciencia social. Esta

(109) BOBBIO. Op.cit.; p. 12.

(110) BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Traducción de Jorge Guerrero R. de la Segunda Edición Castellana. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992. p. 19.

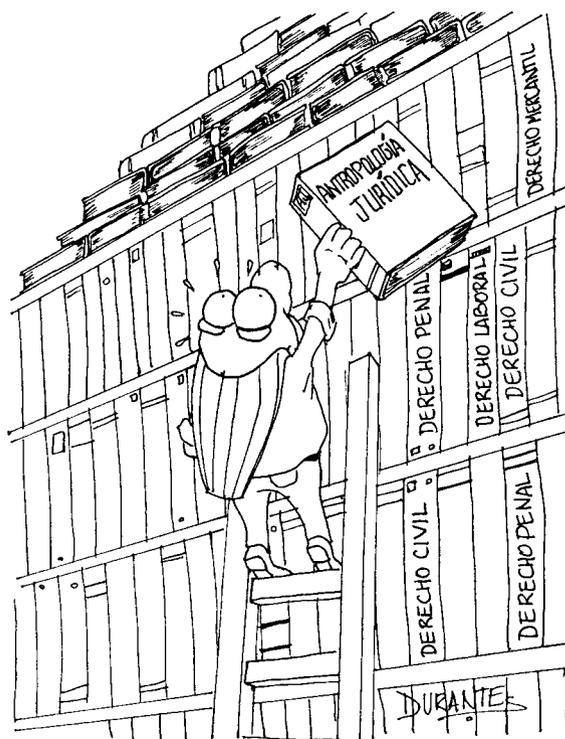
(111) Ibid.; p. 149.

(112) FALZEA, Angelo. *Dogmatica giuridica e diritto Civile*. En: *Rivista di Diritto civile. Fondata da Walter Bigiavi*. Casa Editrice Antonio Milani Dott., Padova, Año XXXVI, 1990, pp. 748-749.

(113) MENEGHELLI, Ruggiero. *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*. En: *Diritto e società. Fondata da Giovanni Cassandro*. CEDAM-Casa Editoriale Dott. Padova, No. 1, Nuova Serie, Nota 5, p. 4.

vinculación entre la sociedad y el Derecho proporciona al científico la concepción y la percepción de un conjunto normativo de una organización de una sociedad ordenada en la experiencia normativa.

Frosini⁽¹¹⁴⁾ construye una adecuada noción de ordenamiento jurídico mediante un aspecto formal y un aspecto material. Desde el aspecto formal, la ciencia jurídica pura es un conjunto de proposiciones científicas referidas al Derecho positivo formalmente válido. El ordenamiento jurídico es representado simbólicamente en un esquema general por sus caracteres de coherencia y de objetividad. Y desde el aspecto material, el ordenamiento jurídico es descrito como el proceso de producción cultural de modelos interpretativos. La conversión entre las normas y los hechos constituye la aplicabilidad de la teoría jurídico científica. La ciencia jurídica enfoca los aspectos válido y vigente del Derecho positivo. Un ordenamiento jurídico es válido formalmente si demostramos la existencia del conjunto normativo en el ámbito de la juridicidad. Un ordenamiento jurídico es efectivamente vigente si establecemos los aspectos efectivos relevantes social y jurídicamente. Las proposiciones científicas vinculadas a la juridicidad de los comportamientos sociales vigentes y efectivos deben comprobarse, reajustarse o rechazarse. Existe comprobación cuando tales proposiciones explican y predicen el sentido normativo del Derecho positivo. El afianzamiento de la teoría jurídico científica produce el fortalecimiento de un ordenamiento jurídico efectivo. Cuando las hipótesis científicas no explican ni predicen satisfactoriamente el sentido normativo del ordenamiento jurídico, debemos reajustar nuestras teorías. Si reajustamos nuestras proposiciones jurídicas y no encontramos una adecuada correspondencia entre nuestras proposiciones jurídicas con las nuevas proposiciones jurídicas referidas al Derecho positivo, debemos invalidarlas.



Asimismo, el conjunto normativo se ordena y se desordena en el campo de la efectividad jurídica. Entonces, el Derecho no es una relación dialéctica entre libertad y organización, ni entre desorden y orden, ni entre lo nuevo y lo viejo⁽¹¹⁵⁾ sino por el contrario, es el orden que se desordena, es lo viejo que se transforma y la organización que se flexibiliza ante las nuevas situaciones de la vida social. La teoría del ordenamiento jurídico constituye la simbolización representativa que se convierte en práctica jurídica. El científico del Derecho positivo debe aprehender la interrelación entre el aspecto formal y el aspecto material del ordenamiento jurídico⁽¹¹⁶⁾. Esta interacción entre el aspecto formal y el aspecto operativo (material)

(114) FROSINI, Vittorio. *Il Diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 24 y pp. 32-33. La dimensión normativa que menciona el jurista italiano debe entenderse en el sentido del aspecto formal del ordenamiento jurídico y no en el sentido de experiencia normativa.

(115) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Derecho como modelo del pensamiento racional...*, p. 662: "En esta última parte quiero ver si, a través de una dialéctica de la unidad y la multiplicidad, es posible encontrar una *coincidentia oppositorum* entre libertad y organización; de manera que el Derecho deje de ser visto como un *orden* normativo que se enfrenta y somete al *desorden* de los hechos, para ser entendido, más bien, como una coexistencia dinámica y competitiva de diversos órdenes que se crean, se desordenan y se recrean, en un estado de permanente ebullición". DE TRAZEGNIES, Fernando. *El Derecho como modelo del pensamiento racional*. Discurso pronunciado en conmemoración de los 75 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: *Themis Revista de Derecho*. Lima. Segunda Época, No. 30, 1994, p. 25: "El Derecho es una dialéctica entre la libertad y la organización, entre el orden y el desorden, entre lo viejo y lo nuevo".

(116) FROSINI. Op.cit.; pp. 24-25.

tienden hacia la convergencia. Para nosotros, los aspectos formal y operativo (material) se refieren a la noción ordenamiento jurídico⁽¹¹⁷⁾. Una conexión entre teoría y práctica sobre el ordenamiento jurídico describe las interrelaciones entre el orden y el desorden del sentido normativo de las normas jurídicas. Ferrara⁽¹¹⁸⁾ define apropiadamente al ordenamiento jurídico: la antigua concepción ha resistido autorizadamente al intento de superación, observando que la exigencia del necesario respeto al factor “organización” queda salva y satisfecha una vez que el Derecho objetivo y el ordenamiento jurídico se conciben como el conjunto de las normas de organización del cuerpo social y de las normas de conducta de los hombres organizados.

Es así que, tanto el aspecto operativo (material) como el aspecto formal son elementos configurativos del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas de la experiencia social y de la organización de la sociedad organizada. De ahí la importancia de la tarea de todo sujeto social dedicado al mundo del Derecho de buscar incesantemente el sentido de las normas jurídicas. En conclusión, el ordenamiento jurídico puede ser considerado como el derecho en su configuración concreta, y puede ser críticamente definido como una situación sumaria que une y cambia entre los órdenes normativos y las estructuras prácticas en un conjunto conocible y operativo, que viene individualizado en sus dimensiones constitutivas, según un cierto ámbito y una cierta duración, y viene convalidado según un cierto procedimiento de formación y de corroboración. Está compuesto de elementos reales: los sujetos que obran o toleran, los hechos que se verifican, las normas que simbolizan los comportamientos; además, en todo ordenamiento jurídico es relevante un complejo de valores pertenecientes a la convivencia civil, cuyo

reconocimiento práctico con la observación de derechos y deberes, restituye efectividad y eficacia al mismo ordenamiento. Un ordenamiento jurídico no es una entidad cerrada y ordenada, pero es un procedimiento de continua recomposición de relaciones entre los órdenes que se funda en condición de precario equilibrio, hasta cuando el desorden activo termina con el fin mismo del ordenamiento de la inercia o de la dispersión⁽¹¹⁹⁾.

Por consiguiente, esbozando una definición sobre el ordenamiento jurídico diremos que es un conjunto de normas de la experiencia social y de la organización de la sociedad organizada.

Ahora bien, la teoría jurídica institucionalista propone la idea del “pluralismo jurídico”. Tomando en cuenta la ecuación sociedad-derecho, se pone en evidencia la imposibilidad de reducir al derecho a las normas que provienen del Estado y de las cuales el Estado verifica y asegura el respeto. Si consideramos la experiencia de cualquiera de nosotros, las incitaciones de los diversos ambientes en los cuales estamos insertados (la familia, la escuela, la vecindad, la profesión, la comunidad religiosa), los aspectos de los otros acerca de nuestra conducta, las actitudes con que respondemos a las peticiones y a las expectativas, aquí rendimos cuenta de la existencia de ordenamientos múltiples, en el sentido de tantas series o complejos de prescripciones y de deberes, acompañados de las relativas sanciones. Estas últimas aparecen distintas de las medidas de que lo dispone el Estado, por la ausencia de **poderes** que están en grado de realizar también con la fuerza; pero la incidencia sobre nuestra vida y sobre nuestra conducta no es menor, y más bien muchas veces advertimos el peso con prontitud y prestamos obediencia con una sinceridad de adhesión desconocidas a las normas estatales⁽¹²⁰⁾. El pluralismo jurídico constituye una innovación en relación a la

(117) BULLARD GONZALES, Alfredo. Op.cit.; p. 109: “La norma es abstracción, pero requiere de una realidad sobre la cual aplicarse. Así, cuando la norma jurídica determina la existencia de una relación, la determina sobre una *porción* de la realidad social. De la misma manera como el color rojo no existe, sino sólo existen las cosas rojas, lo jurídico no existe por sí mismo, sino en relaciones jurídicas determinadas. En ese sentido, el elemento material y el elemento formal son dos aspectos indisolublemente unidos, y que se definen uno en función del otro. Para nosotros el aspecto material es aquella parte del tejido social *porcionado* por una relación jurídica concreta a través de la actuación objetiva de la norma, constituyendo una unidad de vinculación entre personas para la tutela de ciertos intereses. Por el contrario, el aspecto formal se constituye como la actuación objetiva de la norma sobre una *porción* del tejido social, reconociendo determinados intereses en una unidad de vinculación entre personas, para tutelarlos”

(118) FERRARA. *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma, 1929, Nota 2 de la página 2, citado en, BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho privado, Introducción, Parte preliminar, Parte general*. Traducción de Santiago Sentis Melendo de la 6ª Edición italiana revisada y aumentada. Tomo I. Buenos Aires: Europa-América, 1967. p. 62.

(119) FROSINI. Op.cit.; pp. 44-45.

(120) RESCIGNO, Pietro. *Manuale del Diritto privato italiano*. 7ma.ed. Napoli: Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1986. p. 18.

teoría jurídica monista, la cual entiende que sólo existe un ordenamiento estatal. La teoría del pluralismo jurídico es el estudio jurídico del ordenamiento estatal y de otros ordenamientos. Sforza⁽¹²¹⁾ refiere que el hecho de que los institucionalistas consideren el Derecho independientemente del Estado, no significa destruir la construcción jurídica sobre el concepto estatal, sino ampliar la base de la realidad del Derecho al reconocer que vive también en relaciones que no traen su existencia jurídica de la voluntad del Estado.

El pluralismo jurídico⁽¹²²⁾ significa la existencia de la vinculación del mundo jurídico y del mundo social. Estos mundos configuran una unidad: el ordenamiento normativo⁽¹²³⁾ es la situación de interacción entre la sociedad y el Derecho, es decir, el Derecho está formado por la sociedad y la sociedad compuesta por el Derecho. Existe una reciprocidad entre el Derecho y la sociedad, y viceversa. Esta unidad normativa es la conjunción de la pluralidad normativa. Por eso, la pluralidad normativa supone la unidad normativa y la unidad normativa supone la pluralidad normativa. En tal sentido, es conveniente describir la correlación entre ordenamiento social (sociedad) con el ordenamiento jurídico (Derecho), como formas de un solo ordenamiento construido y reconstruido cotidianamente. Por ello, la validez del Derecho positivo no es su única nota característica. La vigencia jurídica es la nota adicional. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes con contenido imperativo⁽¹²⁴⁾ destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica.

Nuestra definición de ordenamiento jurídico (Derecho positivo) es compatible con la idea de Luhmann sobre el Derecho como un sistema cerrado y como un sistema abierto en el sentido como el anverso y el reverso de una moneda. Vale decir, que el Derecho positivo se explica satisfactoriamente por la vinculación entre experiencia normativa y experiencia jurídica. Las normas jurídicas son las normas sociales porque toda norma jurídica debe tener consenso social y ser legítima. De esta manera, este pluralismo jurídico implica un pluralismo en la ciencia jurídica pura y en la ciencia jurídica aplicada. En la dogmática jurídica pura (teoría jurídica) habrá una pluralidad en las fuentes del Derecho, y en la dogmática jurídica aplicada (práctica jurídica) habrá una pluralidad en los mecanismos de prevención y de solución de conflictos jurídicamente relevantes.

7 Sociología y antropología jurídicas analizadas desde una perspectiva sistémica.

La ciencia jurídica (dogmática jurídica) ha sido concebida de manera restringida por carecer de una perspectiva interdisciplinaria. De esta manera, se opera restrictivamente el Derecho positivo desvinculado de otras ramas del saber. Proponemos entender la ciencia jurídica como ciencia interdisciplinaria del Derecho. En este modelo, la teoría del derecho está llamada a jugar un rol determinante, que consiste en operar el acercamiento o la traducción entre los dos juegos de lenguaje presentes: el de la dogmática, por una parte, y el de las ciencias sociales, por otra⁽¹²⁵⁾. Especialmente

(121) SFORZA, Cesarini. *Il Diritto dei Privati*, en *Revista italiana para la ciencia jurídica*, Roma, 1929, pp. 43 y ss., y *Filosofía del Diritto*, Roma, 1954, p. 55, citado en NAVARRO ESTEVAN, Joaquín. *Institución jurídica*. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Iniciada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas y continuada por Buenaventura Pellisè Prats. Tomo XIII. Barcelona: Editorial Francisco Scix, 1978. p. 61.

(122) MORALES HERVIAS, Rómulo. *Autonomía privada y negocio jurídico*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, tesis para optar el título de abogado. Tomo I. 1995. p.128.

(123) REALE, Miguel. *O Direito como experiencia*. p. 162, citado en COELHO, Inocencio. *Las fuentes del Derecho en la perspectiva del tridimensionalismo jurídico concreto*. En: *Revista brasileira de filosofia*. Traducción de Julio O. Chiappini. Vol XXIII, No. 92, Octubre-Diciembre, citado en PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *Instituciones atípicas en Derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1985. Nota 26 de la página 250. Reale observa que "las estructuras sociales se presentan bajo la forma de estructuras normativas, configurando así un tipo propio de experiencia social -la experiencia jurídica- que, a los ojos del jurista, aparece en la objetividad del sentido normativo que le es inherente, en cuanto sistema de modelos". MORALES HERVIAS, Rómulo. *La autonomía privada en el ordenamiento normativo*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista editada por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, Año III, No. 4. 1994, p. 22.

(124) "Todo lo que no está prohibido, está permitido" (teoría de los imperativos jurídicos o teoría negativa del Derecho).

(125) OST, François. *Sobre la ciencia del derecho*. En: *Ius et praxis. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Lima, No. 21 y 22, Enero-Diciembre, p. 110.

abordaremos el estudio interdisciplinario de la sociología y antropología del Derecho como partes de la dogmática jurídica. Es decir, propondremos estudiar el Derecho en su totalidad y en sus interacciones sistémicas. Específicamente formularemos un análisis sociológico y antropológico del Derecho positivo.

El estudio restringido de la ciencia jurídica en vinculación a las ciencias sociales mencionadas se debió a los siguientes criterios:

- Separación de las perspectivas interna (sociología y antropología del Derecho de los juristas) y externa (sociología y antropología del Derecho de los sociólogos y de los antropólogos)

- Autodefiniciones del sociólogo y del antropólogo del Derecho como observadores acrícticos y objetivos de hechos y de culturas.

- Separación de los ámbitos del “ser” y del “deber ser”

- Problemática de la delimitación del objeto de conocimiento de la sociología y antropología del Derecho.

La separación entre las perspectivas y de los ámbitos se debe a una concepción estática del Derecho positivo y de la ciencia jurídica. Además la observación y la problemática del objeto son áreas comunes de la dogmática jurídica.

Debemos tener presente el aporte del pluralismo jurídico. Soriano⁽¹²⁶⁾ manifiesta que el pluralismo jurídico debiera ser una zona intermedia o una tercera vía entre el universalismo y el aldeanismo jurídicos. El universalismo pretende la transpolación de un derecho perfecto; el aldeanismo: la defensa de un derecho para cada cultura, un reducto hermético y no receptivo de otras culturas jurídicas. El pluralismo jurídico supone la defensa de la coexistencia de los derechos de las culturas sobre unas bases compartidas de diálogo intercultural, cuyos fines últimos serían la comunicación entre las distintas culturas jurídicas y la

ósmosis de los derechos ajenos y propios. Concordamos con sus expresiones. “Lo jurídico” ya no será identificable al Derecho positivo estatal sino por el contrario a la positividad o a la normatividad. Además, científicamente “lo jurídico” puede ser estudiado por distintas ciencias. Concentraremos lo “jurídico” en dos ciencias sociales: sociología y antropología jurídicas. La sociología del derecho tendría que autoanalizarse como parte de su análisis de lo jurídico. Y estaría justificada así una sociología jurídica que tuviera como una de sus dimensiones el estudio no sólo de los condicionamientos sociales del derecho, sino incluso de los condicionamientos “jurídicos” de la propia teoría social que se fija en el derecho, en cuanto teoría copartícipe en la producción de su objeto. Parte de la sociología del derecho sería, pues, la sociología de las teorías del derecho, incluidas las sociológicas⁽¹²⁷⁾. Y la antropología jurídica tiene por objeto el estudio de las pautas de comportamiento social, privilegiando el orden jurídico y señalando lo imposible que resulta entender al derecho estudiándolo aisladamente, sin relacionarlo con los demás aspectos de la cultura, puesto que donde quiera que se le encuentre no es otra cosa que parte de un sistema social y cultural global, pero diversamente interpretado y realizado por cada comunidad⁽¹²⁸⁾.

Cuando digamos sistema jurídico u ordenamiento jurídico, debemos referirnos adicionalmente a dos sistemas u ordenamientos: sistemas social y cultural⁽¹²⁹⁾. Habrán ordenamientos jurídicos, sociales y culturales en interrelación. La ciencia jurídica debe analizar estos hechos normativos de manera abierta y cerrada. Comprender la especificidad de la juridicidad (punto de vista interno) mediante la interpretación, y explicar la juridicidad (punto de vista externo) vinculándolo con otros hechos.

Quien mejor ha visualizado esta tendencia es el jurista y sociólogo alemán Niklas Luhmann con su

(126) SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 1era.ed. Barcelona: Ariel, 1997, p.379.

(127) GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre los modos de conocer el Derecho o de cómo construir el objeto jurídico*. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 217.

(128) SILVA-SANTISTEBAN, Fernando. *La antropología jurídica. Campos de estudio, relaciones y deslindes*. En: *Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Año III, No. 4, Agosto de 1994, p. 30.

(129) SILVA-SANTISTEBAN. Op.cit.: p.33: “El sistema jurídico de una sociedad sólo es plausible si se tiene en cuenta la estructura sociocultural y la naturaleza del *ethos*”. Nota 2: “*Ethos* es la totalidad de las formas de vida que distinguen a una sociedad, teniendo en cuenta sobre todo sus valores. El *ethos* también denota las cualidades emocionales y el comportamiento diseñado socialmente”.

teoría sistémica⁽¹³⁰⁾. Su teoría es interdisciplinaria por excelencia. La particularidad de las ideas de Luhmann es la propuesta de combinación entre abstracción y dinamismo. Relacionaremos sus ideas con el método propuesto.

La idea de sistema determina los contornos de la ciencia jurídica pura y la idea de entorno (ambiente) configura la ciencia jurídica aplicada. El sistema se explicará a través de la coherencia (observación y autonomía del sistema social) y de la objetividad (complejidad). El entorno será el espacio de interrelación de los sistemas.

La coherencia de la ciencia jurídica se manifiesta en dos ideas desarrolladas por Luhmann: la observación y la autonomía del sistema social⁽¹³¹⁾ (y de los subsistemas sociales). Una observación, será siempre una operación consistente en definir un determinado esquema de diferencias. La observación sólo es posible, en otros términos, desde un determinado esquema de diferencias. La observación es una actividad fundamental de los sistemas autorreferentes (auto-poieticos)⁽¹³²⁾, mediante la cual ellos se observan a sí mismos y observan su entorno, para intervenir con procesos que establecen selecciones de las diferencias⁽¹³³⁾. La autonomía del sistema social se manifiesta en la autorreferencia (autopoiesis⁽¹³⁴⁾ o autocreación) y la autorreferencia (autoorganización o autoreflexión) implica circularidad dentro del sistema. Son sistemas autorreferentes para Luhmann⁽¹³⁵⁾ los sistemas que se refieren siempre a sí mismos en todas sus operaciones, sin que puedan

producir alguna referencia externa si no es a través de la autorreferencia, y cuyos elementos componentes se reproducen a sí mismos a través de los elementos componentes. Con el concepto de autorreferencia Luhmann⁽¹³⁶⁾ designa la unidad, que presenta para sí misma un elemento, un proceso, un sistema. “Para sí misma”, esto significa: independiente del modo de observación de otros. El concepto no sólo define sino que también contiene una afirmación sobre cosas, pues sostiene que la unidad únicamente se alcanza a través de una operación relacional; lo que, a su vez, implica que la unidad es algo que se debe construir y no preexiste como individuo, como sustancia, como idea de la propia operación. Un sistema puede denominarse autorreferente cuando él mismo constituye los elementos que le dan forma como unidades de función, y cuando todas las relaciones entre estos elementos van acompañadas de una indicación hacia esta autoconstitución permanentemente. En este sentido, los sistemas autorreferentes operan necesariamente a partir del autocontacto, y no tiene otra forma de contacto con el entorno que no sea el autocontacto. Aquí va incluida la tesis de la recurrencia como tesis de la autorreferencia indirecta de los elementos. En el nivel de esta organización autorreferente, los sistemas autorreferentes son sistemas *cerrados*, pues en su autodeterminación no permiten ninguna otra forma de procesamiento.

La objetividad de la ciencia jurídica se expresa en la noción de complejidad. En Luhmann, el sistema social es inseparable de su ambiente, caracterizado por

- (130) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...* p. 77: “La teoría de sistemas rompe con el punto de partida y, por tanto, no deja lugar para el concepto de sujeto. Lo sustituye por el concepto de sistema autor-referente. La teoría de sistemas puede formular, entonces, que cualquier unidad utilizada en este sistema (sea la unidad de un elemento, de un proceso o de un sistema) tiene que constituirse a través del propio sistema y no a través de su entorno”.
- (131) SORIANO. *Op.cit.*; p. 164: “El sistema social es un conjunto de comunicaciones, pues un sistema social se reduce a comunicaciones y sólo a comunicaciones. Todo lo que no sean comunicaciones constituye el ambiente o medio del sistema externo al mismo”.
- (132) La teoría de los sistemas auto-poieticos fue inicialmente formulada en el ámbito de la biología, por dos biólogos moleculares chilenos. Francisco Javier Varela y Humberto Maturana. Cfr. MATURANA, Humberto R. y VARELA, Francisco Javier. *De máquinas y seres vivos* Santiago de Chile: Universitaria, 1973; *Autopoietic systems, Urbana, Biological Computer Laboratory, University of Illinois*, 1975; *Autopoiesis and cognition: the realisation of the living, Dordrecht*, 1980. Sobre la utilización del paradigma de la auto-poiesis en las ciencias sociales, véase la introducción del propio Luhmann a su obra *Soziale systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984, y ZOLO, Danilo. *Autopoiesis, autoreferenza, circolarità: un nuovo paradigma della teoria dei sistemi?* En: FORNI, E. M., *Teoria dei sistemi e razionalità sociale*, Bologna: Capelli Ed., 1985, y del mismo autor: *Auto-poiesis: critica di un paradigma conservatore*. En: *Micromega*, 1, 1986.
- (133) CÁRCOVA, Carlos María. *Complejidad y derecho*. En: *Doxa. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía jurídica y social realizado en Buenos Aires, 1997*. Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, No. 21, Volumen II, 1998, pp. 69-70.
- (134) MATURANA, Humberto R. *Erkennen: Die organisation und Verkörperung von wirklichkeit: Ausgewählte arbeiten zur biologischen epistemologie*. Braunschweig, 1982. VARELA, Francisco J. *Principles of biological autonomy*. Nueva York, 1979.
- (135) LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt: Metzner Verlag, 1986. p. 11.
- (136) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...*, pp. 89-91.

su complejidad y su contingencia. Es decir, el sistema social se mantiene en un ambiente complejo y cambiante. Entonces, el sistema social se subdivide en subsistemas. La complejidad es el conjunto de posibilidades existentes en el medio del sistema, que deben ser seleccionadas por el sistema reduciéndolas; de manera que un sistema es esencialmente una reducción de la complejidad de su medio. La reducción implica que el sistema no puede satisfacer todas las expectativas, viéndose obligado a una selección de las mismas y provocando la correspondiente frustración. La contingencia se refiere a la inestabilidad del sistema ante la diversidad de los mecanismos de selección. El sistema vive en un estado de constante aminoración y control de la complejidad y de protección frente a las frustraciones provocadas por la selección⁽¹³⁷⁾. En efecto, para Luhmann el sistema social es un sistema de interacciones⁽¹³⁸⁾, pero, a la vez, es también un sistema de comunicaciones. Lo caracteriza como un sistema cerrado y autorreferente, pero, al mismo tiempo, como un sistema abierto al “ambiente”, el cual amenaza constantemente la existencia del propio sistema. Esta amenaza se refleja en los conceptos de complejidad y de contingencia, los cuales caracterizan siempre la relación del sistema con el mundo exterior. Por complejidad Luhmann entiende la existencia de más posibilidades de las que pueden ser actualizadas, es decir, “un exceso de posibilidad respecto a la capacidad receptiva de los sistemas”, lo cual implica la necesidad de selección. Por contingencia, entiende la imprevisibilidad de las propias posibilidades, lo cual implica la necesidad de afrontar riesgos⁽¹³⁹⁾. En otros términos, la complejidad, en el sentido aquí mencionado, significa obligación a la selección, obligación a la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo. Cada hecho complejo se basa en la selección de las relaciones entre sus elementos que utiliza para constituirse y mantenerse.

La selección sitúa y califica los elementos, aunque para ellos puedan existir otras posibilidades de relación. Denominaremos a este “puedan existir otras posibilidades” con el término tan tradicional de contingencia⁽¹⁴⁰⁾.

La ciencia jurídica aplicada también será explicada por la teoría sistémica⁽¹⁴¹⁾ de Luhmann. La teoría de sistemas se obliga a sí misma a tratarse como uno de sus objetos, y así puede compararse con otros de sus objetos. Autorreferencia es tener siempre presente el hecho de ser ella misma uno de sus objetos. De esta manera, el sistema social se configura, cada vez más, como un sistema “circularmente cerrado”, que se autorreproduce mecánicamente, y cuyas operaciones sistémicas básicas son la autorreferencia, la autoobservación y la autodescripción. Bien dice Luhmann⁽¹⁴²⁾ que existen sistemas con la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno. Esta tesis comprende el sistema como tal y las condiciones de su descripción y análisis a través de otros sistemas (igualmente autorreferentes). Ahora bien, a pesar de esta caracterización, el sistema social para Luhmann sigue estando abierto al ambiente, ya que los sistemas auto-poieticos sólo pueden tener operatividad en su ambiente. El sistema jurídico, al igual que el sistema social, es también, para Luhmann, un sistema auto-poietico, es decir, un sistema cerrado y autorreferente. Lo cual significa, que el sistema jurídico se autorreproduce a partir de sus propios elementos y estructuras, y que crea sus propias relaciones con su ambiente intrasocial. Ahora bien, el cierre sistémico no significa que el sistema jurídico sea un sistema aislado⁽¹⁴³⁾. Antes al contrario, el sistema jurídico opera en su ambiente; y, por ello, la cuestión se centra en saber cómo ese ambiente influye en el funcionamiento interno del propio sistema, así como en conocer las consecuencias que se derivan de la relación con su

(137) SORIANO. Op.cit.: p. 162.

(138) LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung I, Aufsätze zur theorie sozialer systeme*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1ra.ed. 1970, p. 115.

(139) LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 2da.ed. Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983, pp. 31-32.

(140) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...*, pp. 69-70.

(141) LUHMANN, Niklas. *The autopoiesis of social systems*. En: GEYER, Felix y VAN DER ZOUWEN, Johannes (eds.). *Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems*, London, 1986, pp. 172-192.

(142) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...*, p. 41.

(143) LUHMANN, Niklas. *Clousure and openness: on reality in the world of law*. En: *Autopoietic law: a new approach to law and society*, bajo la dirección de G. Teubner, Berlín/Nueva York, De Gruyter, 1988, pp. 335-348.

ambiente a la hora de determinar la propia reproducción del sistema. Al respecto, Luhmann⁽¹⁴⁴⁾ indica que los sistemas no sólo se orientan ocasionalmente o por adaptación hacia su entorno, sino de manera estructural, y no podrían existir sin el entorno. Se constituyen y se mantienen a través de la producción y el mantenimiento de una diferencia con respecto al entorno, y utilizan sus límites para regular esta diferencia. Sin la diferencia respecto al entorno ni siquiera existiría la autorreferencia pues la diferencia es la premisa para la función de las operaciones autorreferenciales. Concluyendo que el entorno, por consiguiente, no es un sistema. Cada sistema tiene uno diferente, ya que cada sistema sólo puede ponerse a sí mismo fuera de su propio entorno⁽¹⁴⁵⁾.

Lo interesante de la teoría de Luhmann es la interrelación teoría y práctica. Según Luhmann, los sistemas dotan de sentido (objetivo) y de racionalidad a las acciones humanas, transformándolas en acontecimientos. En efecto, el sistema (ciencia jurídica pura) y el entorno (ciencia jurídica aplicada) se explicará con la teoría de la diferenciación sistémica. Para Luhmann⁽¹⁴⁶⁾, la diferencia sistema/entorno se reduplica, y el sistema en su conjunto se automultiplica como una multiplicidad de diferencias internas sistema/entorno. Cada diferencia entre subsistema y entorno interno reconstituye el sistema en su conjunto, pero siempre desde una perspectiva diferente. La diferenciación sistemática es, por tanto, un procedimiento para aumentar la complejidad. Según Luhmann⁽¹⁴⁷⁾ existen, por tanto, dos posibilidades diferentes de contemplar la descomposición de un sistema. La primera apunta a la construcción de subsistemas (o más exactamente: a relaciones sistema/entorno) en el sistema. La segunda lo descompone en elementos y relaciones. En un caso se trata de las habitaciones de la casa; en el otro de las piedras, vigas, clavos, etc. El primer tipo de descomposición se lleva a cabo mediante una teoría de la **diferenciación sistémica**. El segundo desemboca en una teoría de la **complejidad sistémica**. Sólo esta distinción permite

afirmar de modo razonable y no tautológico, que la complejidad sistémica aumentará con una creciente diferenciación o con un cambio de formas de diferenciación. Y además, se tiene que distinguir la complejidad del entorno (en ambas formas) de la complejidad del sistema (en ambas formas), siendo inferior la complejidad del sistema, lo que debe compensar aprovechando su contingencia, es decir, sus modelos de selección. En ambos casos, el principio que realmente obliga a la selección (y en esta medida lo configura) es la **diferencia** entre dos complejidades. Y hablando no de estados sino de operaciones, ambos son **reducción de complejidad**, es decir, reducción de una complejidad por otra. Desde el punto de vista de estas necesidades de reducción (consecuencia de la complejidad) se ha formulado un segundo concepto de complejidad. Según dicho concepto, la complejidad es una medida de la indeterminación o de la falta de información. Vista de este modo, la complejidad es la información que le falta a un sistema para poder comprender y describir completamente su entorno (complejidad del entorno) o bien a sí mismo (complejidad del sistema)⁽¹⁴⁸⁾. En este intercambio sistema y entorno, la observación se transforma en autoobservación. Para Luhmann⁽¹⁴⁹⁾ cada observación debe, en cambio, aplicar un esquema de diferencia constituyéndose la unidad de diferencia en el sistema observante y no en el observado. Esto no excluye de ninguna manera una autoobservación, pero la autoobservación debe ser distinguida cuidadosamente de la unidad de reproducción de las unidades del sistema (auto-poiésis). La autoobservación es, por tanto, la introducción de la diferencia sistema/entorno en el sistema que se constituye con ayuda de la misma; a la vez, la autoobservación es un momento operativo de la auto-poiésis porque en la reproducción de los elementos hay que asegurarse que se reproduzcan como elementos del sistema y no como algo distinto. Este concepto de sistema cerrado-autorreferente no está en contradicción con la **apertura al entorno** del sistema; el cierre del modo operativo autorreferente

(144) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...*, p. 50.

(145) *Ibid.*: p. 52.

(146) *Ibid.*: p. 54.

(147) *Ibid.*: pp. 60-61.

(148) *Ibid.*: pp. 72-73.

(149) *Ibid.*: p. 94, pp. 97-98.

supone más bien una manera de ampliar los posibles contactos con el entorno; y al constituir elementos capaces de determinarse mejor, aumenta la complejidad del posible entorno para el sistema. Pero si se emplean los conceptos de observación y autoobservación en el nivel de la teoría general de sistemas, y si se unen, como ya se ha dicho, al concepto de auto-poiésis, la autoobservación se convierte en componente necesario de la reproducción autopoietica. La autorreferencialidad de la teoría sistémica busca el “sentido” de la interrelación entre sistema y entorno. La combinación de sistemas cerrados y abiertos (combinación de la diferencia sistema/entorno) se explica con la construcción autorreferente del sistema. Y por ello la circularidad será inherente a toda autorreferencia. Así, los sistemas reducen la complejidad del ambiente seleccionando las opciones necesarias para sus fines, pero al hacerlo, transforman la complejidad externa en complejidad interna, produciendo una nueva situación de naturaleza paradójica. El círculo así descrito, es un círculo virtuoso en el sentido de que implica un aumento permanente de la complejidad de los sistemas⁽¹⁵⁰⁾. La circularidad de la autorreferencia no es un círculo vicioso: ella supone, en efecto, un exceso de las capacidades reguladoras del sistema, condensadas en su identidad, respecto a la complejidad del ambiente del cual originariamente comprende; y se explica, por tanto, en la comprensión de las nuevas complejidades, que el sistema alcanza reflejando sobre su identidad y así la expande a nuevas complejidades⁽¹⁵¹⁾. Aquí el método democrático de producción jurídica formulado por Kelsen se conecta con la idea de circularidad. Expresa Cárcova⁽¹⁵²⁾ que el derecho se caracteriza, de este modo, no por sus contenidos sino por sus formas, sus procedimientos y relaciones. Su dinamismo, en sentido kelseniano, supone la contingencia y con ella, la posibilidad de producir todos los cambios requeridos por el ambiente. Y su circularidad, su autología es el

canon de su validez. Como dice Luhmann validez es circularidad. Krawietz⁽¹⁵³⁾ explica al respecto que el Derecho es interpretado como un orden dinámico estabilizado socialmente y comprensivo, y como entramado de comunicaciones normativas y acciones jurídicas. Éstas pueden dirigirse, aunque no necesariamente, a un continuo proceso de autoproducción y reproducción de normas jurídicas y acciones jurídicas. El funcionamiento de los sistemas jurídicos produce y reproduce al sistema jurídico mismo, esto es, reproduce comunicaciones plenamente significativas. Cuando es visto como un sistema jurídico dinámico, el Derecho válido produce continuamente Derecho válido por medio de sus operaciones comunicativas. Una comunicación jurídica conduce a otra, que a su vez conduce a otra, y así sucesivamente. Finaliza Krawietz⁽¹⁵⁴⁾ manifestando que sólo la comunicación jurídica genera más comunicación jurídica y de esa forma mantiene la actividad del sistema. Así se crea un sistema de contenido jurídico. No hay punto de partida ni un punto final (a menos que el sistema se desintegre). Una comunicación conduce a otra, que a su vez conduce a otra, y ésta a su vez a otra, y así. Esta interrelación de sistemas jurídicos abiertos y cerrados se refleja en la estructura estática y dinámica de la ciencia jurídica. Los significados normativos no pueden tomarse sino en, y a través del sistema, y por eso explicables sólo dogmáticamente: en este sentido el derecho, en cuanto sistema de significados normativos, es por definición un sistema cerrado (autorreferencial). Pero los procesos de autorreferencialidad deben incluir una comunicación constante con el ambiente social de modo de percibir las necesidades y las agregaciones de intereses en continua reestructuración. En otro sentido el sistema es abierto (dispuesto a aprehender). De aquí la pluridimensionalidad del método jurídico, en el cual el momento hermeneútico y el momento dogmático-sistemático están comprendidos en una

(150) CÁRCOVA, Op.cit.; p. 73.

(151) BARCELLONA, Mario. *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*. En: *Rivista critica del diritto privato*. Anno IX, No. I, Settembre. Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene S.P.A., Napoli, 1991, p. 31.

(152) CÁRCOVA, Op.cit.; p. 77.

(153) KRAWIETZ, Werner. *Sistemas jurídicos modernos en transición, Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción*. En: *Doxa. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía jurídica y social realizado en Buenos Aires, 1997*. Vol. I, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, No. 21, 1998, pp. 134-135.

(154) KRAWIETZ, Op.cit.; p. 139.

relación de interacción⁽¹⁵⁵⁾. Por tanto, el Derecho es un sistema normativamente cerrado y cognoscitivamente abierto.

Por eso cuando decimos que la información jurídica coherente y objetiva debe ser comunicable, estamos diciendo con palabras de Luhmann⁽¹⁵⁶⁾ que una información se produce siempre y cuando un acontecimiento selectivo (de tipo externo o interno) actúa selectivamente en el sistema, es decir, cuando puede escoger entre los estados del sistema. Esto presupone la capacidad de orientarse por diferencias (al mismo tiempo o en lo sucesivo); diferencias que parecen estar ligadas, a su vez, a un modo de operar autorreferente del sistema. Explica Luhmann⁽¹⁵⁷⁾ que el método de análisis funcional se basa, a su vez, en el concepto de información. Dicho método sirve para ganar información (si también sirve para la “explicación” depende de cómo se defina este concepto). Regula y precisa condiciones bajo las cuales las diferencias se constituyen como distinciones. En otras palabras, se trata de un horizonte especial del mundo de la vida (*Lebenswelt*) formado para intenciones específicas que sitúa lo que siempre sucede en todo tratamiento de información, es decir, análisis de diferencias, bajo condiciones determinadas, conduciéndolo igualmente a una forma determinada. El análisis funcional utiliza el proceso del relacionar con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo distinto como comparable. Afirma Luhmann⁽¹⁵⁸⁾ que los problemas únicamente son problemas cuando no pueden aislarse, trabajarse o solucionarse parcialmente. Esto, precisamente, constituye una problemática. Los problemas existen solamente en tanto sistemas de problemas (o bien como problemas del sistema). La verdadera tarea de la teoría que prepara la aplicación del análisis funcional es, por tanto, la construcción del problema. De ahí resulta la relación entre el análisis funcional y la teoría de sistemas. Luhmann⁽¹⁵⁹⁾ concluye diciendo que en el

problema de la complejidad se refleja la diferencia entre la autorreferencia en el objeto y la autorreferencia en el análisis, entre sistema observado y observante. Finalmente diremos en este punto, que la información⁽¹⁶⁰⁾, tanto práctica (prescriptiva o conocimiento de lo que debe ser hecho) como descriptiva (conocimiento de lo que es), que es comunicada y procesada al tomar una decisión se adquiere a través de la experiencia en un contexto cultural.

La idea de pluralidad también está en Luhmann. Para él los sistemas son autónomos y se ubican en paralelo. Cada uno es medio del otro, pero todos tienen delimitadas sus fronteras respecto a su medio. Cada uno posee su sentido delimitador. No hay uno que esté encima del otro. Esto comporta dos consecuencias; primero, que un sistema sólo se conoce a sí mismo, y no conoce a los demás; y segundo, que la realidad social, como tal, es incognoscible, porque sólo es cognoscible una parte de la realidad total en la medida que es filtrada, y por tanto construida, por cada sistema. Los sistemas están, además, en el mismo plano; no hay sistema que pueda ocupar el vértice o el centro de los demás⁽¹⁶¹⁾. Para estudiar la pluralidad jurídica es necesario formular un diálogo interdisciplinario entre derecho, sociología y antropología. Así, según Krawietz⁽¹⁶²⁾ es función social de los sistemas jurídicos asegurar que los destinatarios del Derecho actúen en conformidad con sus reglas, esto es, que predomine en ellos la obediencia a las normas. Esto se consigue cuando éstos cumplen plenamente con las expectativas de conducta prescrita fijadas y generalizadas por medio del lenguaje del Derecho. Agrega Krawietz⁽¹⁶³⁾ que los sistemas jurídicos de información y comunicación se muestran particularmente importantes para hacer un análisis completo de los nudos dentro de esas redes comunicativas de relaciones jurídicas, tales como aquellas que –desde un punto de vista antropológico o sociológico o desde un punto de vista de la teoría de la

(155) MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 107.

(156) LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema...*, p. 105.

(157) *Ibid.*; pp. 130-131.

(158) *Ibid.*; p. 132 y p.135.

(159) *Ibid.*; p. 141.

(160) KRAWIETZ. *Op.cit.*; p. 138: “La acción jurídica es definida como conducta social regulada por información normativa o fáctica”.

(161) SORIANO. *Op.cit.*; pp. 162-163.

(162) KRAWIETZ. *Op.cit.*; p. 127.

(163) *Ibid.*; p. 136.

acción- están ocupadas por los respectivos actores (o, más exactamente: por los **destinatarios del Derecho**). Así como es la comunicación la que comunica, es la ciencia jurídica (información jurídica coherente y objetiva) la que comunica. No en vano Vernengo⁽¹⁶⁴⁾ expresa que la función social básica de la ciencia es la de constituir un sistema institucionalizado de comunicación de los contenidos cognitivos de una cultura.

8 Consideración final.

“Ahora ya sabemos la atrocidad que significa eso de llevar el progreso, de querer modernizar a un pueblo primitivo. Simplemente, acaba con él. No cometamos ese crimen. Dejémoslos con sus flechas, plumas y taparrabos. Cuando te acercas a ellos y los observas, con respeto, con un poco de simpatía, te das cuenta que no es justo llamarlos bárbaros ni atrasados. Para el medio en que están, para las circunstancias en que viven su cultura es suficiente. Y además, tienen un conocimiento profundo y sutil de cosas que nosotros hemos olvidado. La relación del hombre y la naturaleza, por ejemplo. El hombre y el árbol, el hombre y el pájaro, el hombre y el

río, el hombre y la tierra, el hombre y el cielo. El hombre y Dios también. Esa armonía que existe entre ellos y esas cosas nosotros ni sabemos lo que es, pues la hemos roto para siempre⁽¹⁶⁵⁾”.

No se trata de cambiar el pantalón y la corbata por el taparrabos y el tatuaje de un machiguenga, de la razón a la magia y de la religión monoteísta o el agnosticismo occidental al animismo pagano. El científico del Derecho que estudia el folklore de un pueblo puede ser alguien que no practica ese folklore. Pero su aportación científica influirá sin duda en ese mismo folklore, bien haciéndolo variar de algún modo o bien legitimando y fundamentando sus caracteres de su práctica actual. De esa manera llevaremos progreso a los distintos pueblos y también aprenderemos de ellos. Su cultura y nuestra cultura no serán suficientes. Será necesario una interrelación de informaciones y comunicaciones entre distintos sistemas. Por ello, proponemos una visión estática y dinámica de la realidad jurídica mediante la observación de realidades complejas pertenecientes a nuestras sociedades y culturas. Mediante esta visión comprenderemos ingenuamente y críticamente la complejidad de las realidades jurídicas. AE

(164) VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del Derecho*. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 458.

(165) VARGAS LLOSA, Mario. *El hablador*. Lima: Wiracocha, 1988. p. 98.