

vista y comprobada; pero la solución no es establecer demagógicamente una nueva garantía individual, que técnica y jurídicamente resulta innecesaria y que ni siquiera responde al sentido doctrinario que le es propio. La solución está en coordinar la Ingeniería Social que caracteriza al derecho, "como instrumento para la mejoría del orden social y económico, por medio de un esfuerzo consciente e inteligente", que en la especie sólo sería un plan sociológico, educativo, de una gran intensidad que debe iniciarse creando conciencia de un mal nacional y reformado de manera mucho más extensa el Derecho de Familia y los auxilios administrativos.

La enmienda que contiene el artículo Cuarto Constitucional y su repercusión inmediata, consistente en la reforma al artículo 162 del Código Civil, trajo como consecuencia la inversión de los fines esenciales del matrimonio que postulaba el derecho canónico y esa inversión la considero adecuada, pues el matrimonio perdura actualmente como una Institución en que la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia son sus fines fundamentales y el pacto de procreación debe ser regulado por los imperativos indiscutibles, frente a una realidad innegable, que debe imponer una cultura y una ética necesarias para la convivencia, que haga posible "la mejoría del orden social y económico por medio de un esfuerzo consciente e inteligente".

México, D. F., marzo de 1982.

CONCEPTO DEL DERECHO Y TEORIA GENERAL DEL DERECHO

MIGUEL VILLORO TORANZO

Extracto de un libro en preparación que tendrá como título: *Qué es la Teoría General del Derecho. Ciencia, Filosofía y Metodología del Derecho.*

Decíamos al comenzar nuestro trabajo que hay consenso general que la Teoría General del Derecho es parte de la Ciencia del Derecho. Por lo tanto se plantea en el plano científico y no en el filosófico. No debe ser confundida esta teoría con la Filosofía del Derecho. Será, por lo tanto, necesario construir un concepto científico del Derecho que sea instrumento apto para realizar la investigación propia de la Teoría General del Derecho y que tome en cuenta los objetivos de la misma. Además es claro por lo explicado antes que no podemos satisfacerlos con una simple noción; tiene que ser un concepto.

En la historia de la Teoría General del Derecho se han propuesto definiciones del Derecho con una clara intención científica. Lo que no siempre ha quedado claro es si se ha querido dar a esas definiciones también un alcance filosófico. Allí es donde se origina la confusión que queremos evitar. Por otra parte, es perfectamente válido el seleccionar como concepto científico del Derecho uno que sea también filosófico; eso dependerá de la especie de Teoría General del Derecho que se quiera elaborar. Recordemos que los conceptos científicos deben ser elegidos de acuerdo con la especie de ciencia que se quiere construir. De hecho la conclusión a la que queremos llegar en la presente sección es que, si uno quiere elaborar una teoría que sea a la vez "general" y "del Derecho", hay que tomar como presupuesto filosófico de la misma una definición a la vez científica y filosófica del Derecho. Pero, si se procede así, hay que hacerlo en forma plenamente consciente y asumiendo las consecuencias que entraña el tomar esa posición. En efecto, aceptar como punto de partida de una investigación científica un concepto filosófico significa estar dispuesto a defender en el plano filosófico la validez de ese concepto.

Queremos que este planteamiento quede claro. A riesgo de repetirnos, daremos un ejemplo. Un investigador puede decir: para mi teoría del Derecho voy a partir de una definición que diga que el Derecho es un sistema coherente de proposiciones gramaticales. Su posición es perfectamente válida con tal que: 1) no pretenda que la definición del Derecho por él propuesta es también válida filosóficamente; si tuviese tal pretensión, entonces deberá demostrar

filosóficamente que su definición es válida porque recoge las notas reales y esenciales del Derecho como fenómeno propio y diferente de otros fenómenos en la totalidad de los seres; 2) que su investigación procede dentro del cause limitado que él mismo se ha trazado, al definir al Derecho de esa manera; y 3) que no dé más alcance a las conclusiones de su investigación que las que puede lograr su planteamiento limitado. No hay duda que su investigación podrá resultar en una Teoría del Derecho que explore todos los aspectos de la coherencia que se dan entre las proposiciones jurídicas; incluso esa teoría podrá hacer aportaciones originales y valiosas que enriquezcan el conocimiento del fenómeno jurídico. Pero el investigador no tendrá derecho a proclamar que su investigación agota el conocimiento del Derecho, a no ser que haya probado que su definición del Derecho es válida filosóficamente.

Héctor Raúl Sandler presenta un ejemplo que ilustra muy bien lo que queremos explicar: "Es propio de una teoría general que contenga una 'teoría del matrimonio', o sea una serie de conjeturas sobre lo que el matrimonio es y, consecuentemente, que permita sacar de ella una serie de conclusiones, con la finalidad que fuere. Observamos que los juristas pueden enfrentarse en bandos irreconciliables porque confunden la 'teoría de que se valen con la supuesta 'esencia del matrimonio'. Si para unos el matrimonio 'es' un contrato y para otros, por ejemplo, 'es' una institución, no hay posible convivencia entre ellos. Ambas posiciones son, sin embargo, defendibles si en lugar de pretender describir la 'esencia' del matrimonio, tienen conciencia que sus teorías son 'instrumentos' creados por el jurista para poder resolver problemas que 'eso' que se llama matrimonio presenta."¹ Mientras la teoría se mantenga en el plano científico, hay libertad para definir al matrimonio como contrato o como institución y sólo se rechazará alguna de estas definiciones si se muestra incoherente o inapta para la investigación propuesta. Pero si las definiciones se plantean en el plano filosófico, es claro que son incompatibles y que, por lo tanto, o habrá que rechazar por argumentos filosóficos alguna de ellas o buscar una definición filosófica que las integre. Si se lograra esa definición integradora, ésta también podría ser utilizada en el plano científico, pero en este plano podrá tener dos alcances diferentes: para los que admitan la filosofía en que descansa la nueva definición, el alcance de la misma es doble: es una definición que sirve de presupuesto a una investigación científica y, además, esa investigación es verdaderamente "general" porque trabaja con un concepto admitido (filosóficamente) como el concepto que describe la esencia de lo investigado; para los que no admitan la filosofía en cuestión, la definición no podrá ser más que una de las múltiples definiciones posibles y la investigación construida sobre ella no tendrá el carácter general, puesto que sólo refleja un punto de vista. Si ese punto de vista es rechazado, entonces la oposición deja de darse en el plano científico y se está planteando en el plano filosófico.

El deslizamiento del plano científico al plano filosófico puede darse insensiblemente, en especial cuando el investigador por carecer de una formación

¹ Héctor Raúl Sandler, *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. UNAM, México, 1980, pág. 60 y sig.

filosófica es incapaz de distinguir entre los dos planos. Cuando se tiene éxito en una investigación científica, hay la tendencia a exagerar los méritos de la misma y a proyectar las conclusiones en el plano filosófico cuando éstas sólo son válidas en el plano científico limitado libremente por el concepto en él aceptado como presupuesto. Así, sin darse mucha cuenta, el investigador empieza a defender en el plano filosófico el concepto que demostró ser útil en el plano científico, y una problemática que debió ser criticada y explicitada en el plano filosófico, por no haber sido resuelta a tiempo y en el plano correspondiente, sigue actuando en forma confusa en el plano científico donde no puede tener respuesta. Porque la confusión puede operar en los dos sentidos: proyectando indebidamente conclusiones científicas al plano filosófico o aceptando con poco o ningún sentido crítico filosófico la corriente filosófica o predominante o que alcanza alguna voga en el ambiente del investigador y sacando sin más de ella conclusiones para el plano científico. En cada plano hay que plantear y discutir los problemas que le son propios. Si lo que uno quiere es investigar qué debe ser entendido por Derecho por todos, eso es cuestión filosófica que debe ser solucionada con la metodología de la Filosofía y no de alguna ciencia. Pero si lo que se trata es investigar un aspecto limitado de lo jurídico, entonces hay que construir el concepto de Derecho más apropiado para la investigación en cuestión y de acuerdo con la metodología de la misma; el concepto científico así obtenido y adoptado libremente servirá de hipótesis de trabajo para esa investigación pero no podrá clamar que en él se agota la visión total o filosófica del Derecho.

Vamos a examinar brevemente una teoría del Derecho, la de Austin con un fin muy concreto: conocer la operabilidad y alcances que pueden tener los conceptos científicos del Derecho en una teoría general del mismo.

3.5 La Jurisprudencia Analítica de Austin

Cuando John Austin (1790-1859) elaboró su Teoría General del Derecho, las ciencias de la naturaleza y más en particular la Física ofrecían lo que entonces se creía era el único modelo de saber científico: observación empírica de hechos, búsqueda de relaciones constantes entre los mismos, formulación (matemática, de ser posible) de hipótesis que explicaran las causalidades constantes, verificación empírica de esas hipótesis, las cuales, al ser comprobadas empíricamente, se convertían en leyes.

Ya hemos dicho antes que Austin se propuso científicar el conocimiento del Derecho con el objetivo más concreto de formar juristas, pero no juristas científicos sino juristas prácticos y, más en concreto, abogados cuya única misión es aplicar el Derecho Positivo vigente. Su teoría está encaminada a conocer ese Derecho para poderlo aplicar. Austin no se dirige a los legisladores ni a los jueces, ni pretende formar juristas críticos del Derecho Positivo. Así se opone a una Ciencia del Derecho crítica, a la que llama *ensorial jurisprudence*, tal como la había querido elaborar su maestro Bentham en su *Theory of*

Legislation. Como se recordará, Bentham estaba más interesado en transformar al Derecho Positivo que en estudiarlo como tal y la teoría que propuso tenía como objetivo dirigir a la nueva legislación por el camino científico y racional. En cambio, a Austin no le interesa investigar cómo debe ser el Derecho sino cómo es el Derecho. Y así los diferentes objetivos llevan a Bentham y a Austin a diferentes puntos de vista en sus respectivas investigaciones. Como acertadamente observa W. Friedmann: "La separación, en principio, del Derecho tal cual es y del Derecho tal como debería ser es el postulado filosófico más fundamental del Positivismo jurídico."² El Derecho tal cual es son los mandatos, las órdenes, los imperativos, los actos de imperio normativo de la autoridad competente. Sobre ellos Austin va a construir su teoría, teniendo como modelo lejano a las ciencias de la naturaleza.

Y lo primero: un concepto científico del Derecho que sirva de presupuesto a toda investigación. Austin nos ofrece una primera definición: el Derecho o, más exactamente, la ley (*Law*) es "una regla establecida, para guiar a un ser inteligente, por otro ser inteligente que tiene potestad sobre el primero".³ Ya está: el Derecho son hechos y no valores o ideas sobre la justicia la bondad o la maldad, pues las ciencias de la naturaleza deben trabajar a partir de la observación de hechos y no a partir de juicios de valor. Hay que analizar ese hecho y, por lo tanto, el método será el del análisis que va a dar su nombre a la "Jurisprudencia analítica", como se conoce al pensamiento de Austin y de sus seguidores.⁴ El primer paso del análisis es la distinción entre "Derecho propiamente dicho o Derecho positivo (*positive law*)" y Derecho (o Ley) impropia-mente dicho; el primero es aquel en que el mandato es establecido o por un superior político (ya sea supremo o ya subordinado) o por los mismos particulares actuando con fundamento en algún mandato de la autoridad que permita tal actuación; el segundo se da cuando el mandato no puede ser trazado, directa o indirectamente, a un superior político, como son las reglas de un club, las leyes de la moda o las leyes de las ciencias de la naturaleza. Esta distinción permite formular una definición más precisa del Derecho positivo:

² W. Friedmann, *Legal Theory*, 5a. ed., Columbia University Press, Nueva York, 1967, pág. 257.

³ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, citado por W. Friedmann, *op. cit.*, pág. 258. En el idioma inglés la palabra "right" significa lo que nosotros llamamos "derecho subjetivo"; en cambio la palabra "Law" puede ser traducida o como "ley" o como "Derecho" en el sentido de "Derecho objetivo". Los de habla inglesa, para designar la Teoría del Derecho, dicen "Theory of Law" y no "Theory of Rights" que significaría "teoría de los derechos subjetivos".

⁴ Es natural que los seguidores de Austin se recluten en primer lugar en la Gran Bretaña y luego en otros países anglosajones. Británicos son Thomas Erskine Holland (*The Elements of Jurisprudence*), Sheldon Amos (*The Science of Law*), William Markby (*Elements of Law*) y Frederick Pollock (*A First Book of Jurisprudence and Essays in the Law*). Otros destacados seguidores de Austin son John Chipman Gray (*Nature and sources of Law*) en los Estados Unidos, W. E. Hearn (*The Theory of legal duties and rights*) en Australia y John Salmond (*Jurisprudence or the Theory of Law*) en Nueva Zelanda. De estos autores, algunos, como Gray y Salmond, se apartan algo del Positivismo voluntarista de Austin para acercarse al Positivismo jurisprudencial de Oliver Wendell Holmes.

es el conjunto de mandatos generales puestos en vigor por un superior político con la ayuda de sanciones.⁵

Pero Austin todavía precisa más su concepto de Derecho. Los mandatos que le interesan no son los de cualquier sociedad sino únicamente los de los países civilizados. En efecto se propone someter su objeto de estudio —el Derecho— a un análisis de acuerdo con el cual va a extraer cuatro elementos fundamentales: el mandato, la sanción, el deber u obligación y el soberano. Después mencionará otros elementos también comunes a todo Derecho: la generalidad, el daño, el derecho (subjetivo), la pena, la compensación, las relaciones entre los diferentes elementos. Austin se percató que sería difícil encontrar todos estos elementos —por ejemplo, el soberano— en el Derecho de las sociedades primitivas. Por eso escribe: "Entiendo por Jurisprudencia General la ciencia que concierne a la exposición de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los sistemas de Derecho, entendiéndolo por sistemas de Derecho los sistemas más amplios y maduros, los que, por razón de su amplitud y madurez, están preeminentemente preñadas de enseñanzas."⁶

El proyecto de investigación trazado por Austin parece a primera vista responder a su ideal de construir una Ciencia del Derecho que tenga por modelo a la Física. Como ella, va a investigar hechos: los mandatos, el soberano, las sanciones y las sumisiones (*forbearances*) de los súbditos, pues en eso consisten sus deberes u obligaciones, en meros acatamientos a los actos de voluntad de las autoridades. Todos ellos serían hechos fácilmente verificables por la experiencia. Por eso el Derecho que pretende estudiar es "positivo", es decir, está puesto como un hecho y no tiene nada que ver con valores, con lo que debe ser, de la misma manera que la Física es ciencia positiva porque estudia hechos y no valores.

Observemos en primer lugar que el proyecto de estudio de investigar los aspectos fácticos del Derecho es perfectamente válido. Veremos que en realidad el planteamiento de Austin apuntaba a un estudio de sociología jurídica y esa especie de estudios tiene un lugar respetado por todos. También veremos que Austin se apartó del camino por él trazado y que ese apartamiento no se puede entender únicamente por un error metodológico sino que se debe atribuir a una razón más profunda: que Austin, al fin y al cabo jurista, no se podía contentar con un estudio resultante de la definición tan pobre del Derecho que él mismo había tomado como presupuesto científico. Nuestra conclusión será doble: por una parte que es legítimo partir de un concepto limi-

⁵ La definición de Austin del Derecho positivo está expuesta y explicada en J. W. Harris, *Legal philosophies*, Butterworths, Londres, 1980, págs. 26 a 31.

Con pequeñas variantes, la definición de Austin ha sido aceptada por la mayoría de los textos jurídicos anglosajones. Por ejemplo, George W. Keeton escribe. "Positive law is a collection of commands, enforced by a political superior, with the aid of sanctions" (*The Elementary Principles of Jurisprudence*, Issac Pitman, Londres, 1949, pág. 59). A esta definición sólo le falta un elemento importante: el de la generalidad.

⁶ J. Austin, citado por Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962, pág. 95. Otra traducción del mismo párrafo, por Felipe González Vicen, en su edición de *Sobre la utilidad, del estudio de la Jurisprudencia* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, pág. 31).

tado del Derecho para una investigación científica también limitada, pero entonces hay que reconocer lo parcial y limitado de la investigación; por otra, que si queremos hacer Teoría General del Derecho, hay que partir de un concepto científico del Derecho que lo describa en forma integral, es decir, que en realidad coincida con el concepto filosófico del Derecho. De esta manera hacemos patente la función de los conceptos científicos en las investigaciones científicas y cómo la selección de los mismos está profundamente ligada a las metas de la investigación.

Comencemos por la explicación de por qué el planteamiento de Austin apuntaba a una investigación de sociología jurídica. Es claro que no tenemos derecho de reprochar a Austin el no haber percibido todas las consecuencias de su planteamiento. Tuvo el mérito de hacer un planteamiento audaz para su tiempo, con una intención valiosa: la de científicar el estudio del Derecho. Hay que comenzar por alguna parte y él comenzó. Después se ha reflexionado sobre su planteamiento. Nosotros podemos aprender tanto de Austin como de los críticos. Así avanza la ciencia.

La piedra angular del concepto austiniano del Derecho es lo que hay que entender por mandato. Ciertamente la posición de Austin merece el nombre de Positivismo voluntarista. Es "Positivismo", porque no hay la menor duda que los mandatos en que Austin hace consistir el Derecho son meros hechos, no son valoraciones. Es "voluntarista", porque esos hechos consisten en actos de la voluntad del soberano o de aquellas autoridades o particulares que actúan conforme a la voluntad del mismo. Pero, a partir de este planteamiento que es indiscutible, caben dos interpretaciones: la psicologista y la que, a falta de otro nombre, podemos llamar la sociológica. Parece que Austin no percibió la diferencia e incompatibilidad entre las dos interpretaciones, que por sus palabras se inclina a la primera, pero que en el fondo su pensamiento adquiere más coherencia por la segunda. La interpretación psicologista explica los mandatos como deseos (es decir, actos subjetivos) del soberano. Austin dice que todo mandato comprende tres elementos: un deseo, una sanción y la expresión del deseo; además, si el mandato es Derecho, incluye un cuarto elemento: la generalidad. La interpretación sociológica rechaza que se hable de deseos, pues por ser actos subjetivos no pueden ser verificados por los súbditos, y prefiere interpretar los mandatos como actos de fuerza (por lo tanto, admite los otros tres elementos: la sanción, la expresión de lo que quiere el soberano se haga para evitar la sanción y la generalidad). Esta segunda interpretación es más cercana del lenguaje común que la primera, aunque no coincide con él. H. L. A. Hart ha explicado con claridad lo que el lenguaje común entiende por mandato; entiende una orden, un imperativo, una exigencia de obediencia ligada a una cierta sugerencia de autoridad y respeto, pero "cuando se da un mandato no es menester que haya una amenaza latente de daño para el supuesto de desobediencia... un mandato no es primeramente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad".⁷ Aquí, en el pensamiento

⁷ H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 25 y sig.

de Austin, presenciamos un caso en que el pensamiento científico afina un concepto tomado del conocimiento común: acepta en el mandato lo que puede contener de presión y de amenaza, mientras deja a un lado lo que implica de valoración moral de la autoridad. En cambio la interpretación psicológica va más lejos y crea un concepto nuevo, puesto que la idea del deseo de la autoridad no parece estar contenida en el conocimiento común del mandato, a no ser en situaciones verdaderamente excepcionales como son las que se dan cuando los súbditos tienen una actitud de servilismo, por ejemplo, ante un monarca absoluto, como fue Luis XIV de Francia. Un súbdito servil no se contenta con obedecer a su soberano sino que quiere satisfacer hasta sus últimos deseos y caprichos.

Hoy se rechaza la interpretación psicológica, no sólo porque hace referencia a actos subjetivos (los deseos) de difícil o imposible verificación empírica, sino porque el estudio de la interpretación que hacen de las leyes los jueces arroja una conclusión generalmente aceptada: los jueces no aplican las leyes tratando de reconstruir los deseos de los legisladores sino las ideas que están contenidas en la expresión de los mandatos. En otras palabras, la expresión que se encuentra en toda ley no es de deseos de la autoridad sino de conductas que se declaran u obligatorias o permitidas. Cuando la ley faculta a alguien a nombrar heredero, no se puede decir que eso sea un deseo del legislador; lo más probable es que el legislador esté indiferente respecto de que se nombren herederos o dejen de nombrarse. No pocas veces, deseos e intenciones subjetivas de las personas con autoridad no coinciden con lo que se expresa en la ley y la responsabilidad de los jueces no es interpretar lo que en el fondo deseaba el soberano sino el contenido coherente de lo que expresó. En resumen: lo que manda el legislador no coincide siempre con lo que desea.

La otra interpretación, la sociológica, ha tenido mucha mayor aceptación entre los críticos. De hecho tiene como heredera a toda la pujante corriente del sociologismo jurídico. Ver en las leyes mandatos que se imponen por la fuerza es ver al Derecho funcionando en la sociedad y verlo como un fenómeno sociológico, como un fenómeno resultado de la fuerza o poder político, que se da y existe en toda sociedad, nos guste o no. Aquí la voluntad del soberano ya no significa los deseos del mismo sino la manifestación de su poder político, el cual está respaldado por sanciones. No hay duda que se puede construir una teoría del Derecho con base en este concepto y la prueba la dan las teorías sociológicas del Derecho. En ellas el Derecho se define como las normas eficaces, las que de hecho funcionan y viven en una sociedad. Una forma que asume esta interpretación es la conocida como Positivismo jurisprudencial. Ha sido defendida por el novozelandés Sir John Salmond, que enseñó en Inglaterra, y los norteamericanos John Chipman Gray y Oliver Wendell Holmes, originadores de la escuela de pensadores conocida como el Movimiento Realista Americano. Para ellos y para muchos otros el Derecho se simple y llanamente la práctica de hecho de los tribunales, pues son éstos los que en fin de cuentas deciden los hechos del Derecho. No es el momento de hacer un balance crítico de este modo de pensar. Ahora sólo nos interesa subrayar que, al

aceptar una definición científica como punto de partida, se está trazando todo un camino de investigación que puede llevar a conclusiones inesperadas. Nos parece claro que la definición que dio Austin del concepto de Derecho apuntaba inexorablemente a un análisis sociológico del mismo. Si hubiera sido consecuente con el concepto que él mismo propuso, Austin debió de proceder a verificar dónde se dan esos hechos consistentes en mandatos originados en un poder soberano y su teoría del Derecho entonces hubiera sido estudio comparativo de fenómenos sociológicos: en particular los fenómenos de los mandatos originados en un soberano, la verificación de la existencia de los poderes soberanos y la constatación de las sanciones como hechos de apoyo a los mandatos. Ya que antes que Austin, Hobbes y Bodino habían considerado al Derecho como hechos-mandatos y, en consecuencia, habían seguido el camino de la sociología. También hubiera podido Austin, después de verificar qué mandatos cumplían con sus especificaciones, concentrarse en el contenido de lo mandado. Entonces su método hubiera sido interpretativo de la voluntad de los legisladores soberanos. Es el camino que siguió en Francia la Escuela de la Exégesis, para la cual la labor de los juristas consiste en reconstruir la voluntad del legislador. Pero Austin no procedió así. ¿Por qué? Porque su objetivo no era explicar la realidad del sistema de Derecho inglés o de cualquier otro sistema de Derecho, sino introducir racionalidad en la enseñanza del Derecho. Como observa Julius Stone, profesor de la Universidad de Sydney, Austin, en vez de decir que se proponía "mostrar que hay principios y distinciones comunes a todos los sistemas de Derecho", debió decir que quería explicar los conceptos y "los principios necesarios o útiles para analizar los sistemas de Derecho".⁸ Pero para eso no le servía su concepto de Derecho.

Lo que estamos planteando es el problema de la naturaleza y razón de ser de la Teoría General del Derecho y del concepto científico del Derecho a partir del cual se hace posible esa teoría. Si se concibe a esta teoría como un instrumento en la formación de los juristas o, en otras palabras, como una investigación que se realiza con un objetivo pedagógico, hay que seleccionar un concepto científico del Derecho que haga posible esa investigación. Claro que si Austin se hubiera propuesto formar juristas explicándoles cuál era la realidad del sistema de Derecho de su tiempo, entonces hubiera sido muy útil un método sociológico que trazara el origen de los hechos-mandatos a otros hechos, tales como las posiciones de poder político y los intereses del grupo gobernante, detentador de la soberanía. Pero esa clase de formación no le interesaba, porque vislumbraba que la conclusión de una investigación de tipo sociológico hubiera sido que el Derecho inglés de su tiempo estaba compuesto de mandatos un tanto desordenados y a veces caóticos, resultados de las voluntades de varios soberanos. Por eso el método que en realidad sigue tiene muy poco del método de observación de hechos, propios de las ciencias de la naturaleza como la Física. Su método consiste fundamentalmente en el análisis de conceptos y reglas así como en la búsqueda de relaciones lógicas entre ellos y

⁸ Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*. Stanford University Press, California, 1964, págs. 92 y 88.

ellas. Augusto Comte, el fundador del Positivismo, no lo habría clasificado como método propio de la fase positiva, sino que la habría colocado en la fase metafísica. En realidad los seguidores de la Jurisprudencia Analítica están mucho más cerca de los métodos tradicionales de lo que quieren reconocer. Analizar conceptos y reglas no es un método empírico. Ni pretende Austin que los conceptos y reglas que él explica estén funcionando siempre de hecho en el sistema inglés y mucho menos en todos los sistemas. No sólo no hay verificaciones en este sentido, sino que propone su teoría para que ésta sirva a introducir orden racional allí donde existe confusión. Y, aunque habla de "mostrar que hay principios y distinciones comunes a todos los sistemas de Derecho",⁹ no procede al estudio de Derecho comparado que parece exigir ese propósito.¹⁰ "Austin, por supuesto, se interesaba en el Derecho real en la medida que se proponía mostrar que era posible arreglar en un *orden sistemático* las partes que lo constituían, es decir, en un arreglo *lógico* de las proposiciones jurídicas de las cuales el Derecho real se compone. Pero ciertamente no pretendía que su sistema teórico o teoría fuera una representación literal del Derecho inglés o de cualquier otro sistema de Derecho existente en la realidad. Su teoría o sistema ordenado de ideas tenía únicamente una existencia hipotética y, por lo tanto, la utilidad de su método al exponer ese orden racional era limitada. Su intención, según sus propias palabras, era la de 'mostrar que el Derecho inglés, a pesar de sus muchas rarezas, puede ser reducido a conformarse a ese orden mucho más cercanamente de lo que se suele creer'. Decir que el Derecho inglés puede ser reducido a conformarse a ese sistema, obviamente no es lo mismo que afirmar que se conforma a él. Y conformarse mucho más cercanamente de lo que se suele creer, obviamente es diferente de conformarse *simpliciter*."¹¹ Lo que trata de formular Austin es una ciencia de las constantes racionales que *deben existir* en todo Derecho, no una ciencia del Derecho positivo concreto. Los diferentes Derechos positivos concretos sirven de material para abstraer los conceptos y principios generales y para subrayar las numerosas uniformidades y analogías en sus estructuras conceptuales, pero no son el criterio definitivo y último de elaboración de la Teoría General del Derecho.

La conclusión de nuestra ya larga reflexión es que el concepto científico del Derecho como un mero hecho resultado del mandato de la voluntad del soberano es inapropiado para el objetivo pedagógico que era el de Austin: formar juristas en un pensamiento racional científico. Este objetivo supone la preexistencia de un orden o sistema de conceptos y principios jurídicos, que servirá de instrumento para analizar, criticar y ordenar los datos aportados por los Derechos positivos. Ese orden racional no necesariamente debe su validez a

⁹ Austin en una carta a la que hizo referencia su viuda en la edición póstuma de las *Lectures*, según cita de J. Stone, *op. cit.*, pág. 91 (véase la nota 118).

¹⁰ Austin hace numerosas referencias al Derecho Romano, pero éstas no son utilizadas para comprobar la vigencia de hecho de los conceptos y reglas en otro sistema que el inglés, sino para construir los conceptos y reglas de Austin.

¹¹ Julius Stone, *op. cit.*, pág. 67.

los mandatos de la voluntad del soberano, pero debe ser capaz de interpretar coherentemente y de criticar esos mandatos. Así en la realidad de la teoría de Austin un concepto empírico, positivista y voluntarista del Derecho es criticado y supeditado por una visión racionalista de la Ciencia del Derecho, de acuerdo con la cual el Derecho para ser tal debe ser coherente.

Lo que está implícito en la posición de Austin es que, más allá y por encima de los mandatos un tanto desordenados y a veces caóticos de la voluntad del soberano, existe un orden lógico y coherente, común a todos los sistemas de Derecho, intuido por todos los auténticos juristas de todos los tiempos, por lo menos de los países civilizados, orden racional que debe ser desvelado por la Ciencia del Derecho y que debe formar las mentes de los futuros abogados, para introducir racionalidad en la enseñanza y en la explicación práctica del Derecho. La Teoría General del Derecho no sería más que la expresión suscita y clara de lo más fundamental de ese orden racional. La ambigüedad del planteamiento de Austin tiene su origen en una falta de precisión del objetivo pedagógico: para ordenar la mente de los futuros juristas, ¿qué es exactamente lo que se les quiere enseñar? ¿Las constantes de hecho del fundamento real del sistema inglés o un orden lógico hipotético destinado a criticar y modificar los fenómenos que se observan en la realidad jurídica? Ambas enseñanzas son útiles y convenientes en la formación de los juristas, pero no deben ser confundidas. Es posible construir una Teoría General del Derecho sobre la una y sobre la otra. Pero el teórico del Derecho debe decidirse por un camino o por otro, pues de su elección libre dependerá el método de elaboración de la teoría. Y no basta que diga que su objetivo es pedagógico; es necesario que precise el tipo de enseñanza que quiere impartir, y esto último dependerá del tipo de jurista que quiere formar: ¿un abogado qué función sin contratiempos como pieza bien aceiteada de un sistema real, en el que pueden darse contradicciones y abusos de hecho del poder? ¿O un jurista que contribuya al proceso de racionalizar y humanizar la realidad jurídica observada? Si se decide por el segundo tipo de jurista, como parece fue la intención de Austin, tendrá que partir de un concepto científico del Derecho apropiado a su investigación, y que no puede ser el positivista propuesto por ese autor. En realidad tendrá que ser un concepto integral del Derecho; en otras palabras: un concepto científico del Derecho que coincida con el filosófico. En efecto, mientras se tomen como punto de partida conceptos limitados del Derecho, las teorías construidas sobre los mismos, por valiosas que sean, también serán limitadas y, consecuentemente, sólo proporcionarán una formación incompleta a los futuros juristas. Lo cual no debe llevarnos a la confusión de las diversas funciones que tienen los conceptos científicos y los conceptos filosóficos. Los primeros son instrumentos de trabajo en una investigación científica, la cual como tal sólo pretende llegar a un conocimiento parcial de la realidad; los filosóficos, al definir la esencia de un ser ante la totalidad de los seres, son instrumentos de trabajo de una investigación que pretende conocer aspectos totalizadores y no únicamente parciales. La conclusión es que puede haber varias teorías científicas sobre el Derecho, tantas cuantos aspectos

parciales del Derecho se quieran investigar; cada una de esas teorías deberá sujetarse al método correspondiente al enfoque parcial libremente seleccionado por el investigador. Tal vez se puedan llamar "generales" en el sentido que el aspecto parcial investigado se encuentra en todos los fenómenos jurídicos, como puede ser el aspecto de la coherencia hipotética o el de la presencia del poder de mando por parte de la autoridad, pero aun esta generalidad es discutible, porque hay fenómenos jurídicos que se pueden observar como carentes de la coherencia hipotética y se suele llamar "Derecho" al "Derecho Natural" que se presenta como válido aunque carezca de la sanción aprobatoria de la autoridad humana. Además esas teorías científicas que trabajan con una definición limitada del Derecho lógicamente no pueden ser llamadas sin más "teorías del Derecho"; serán "teorías de un aspecto del Derecho pero no de todo el Derecho. Esta es otra cuestión que se debe aclarar: puede haber varias ciencias, cada una con su método propio, sobre el Derecho. ¿Será posible que alguna de estas ciencias pueda apropiarse el enfoque de la Teoría General del Derecho? Esta otra cuestión la trataremos a continuación.

Esta revista fue editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Galache, S. A., Priv. Dr. Márquez 81, 06720 México, D. F., el 20 de agosto de 1982. Estuvieron al cuidado de la edición Elisur Arteaga Nava, Josette Serrato de García y Laura Trigueros.

Se tiraron 1 000 ejemplares.