

LA CAMA O EL LECHO DE PROCRUSTES. HACIA UNA JURISPRUDENCIA COMPARADA E INTEGRADA

Imer B. FLORES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Jurisprudencia (re)determinada*. III. *Jurisprudencia general y particular*. IV. *Jurisprudencia comparada e integrada*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Recordar que en 1948, Agustín García López, el entonces director del otrora Instituto de Derecho Comparado de México —hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México—, apuntaba como directrices para el *Boletín* del Instituto “cosechar el material necesario para elaborar una teoría jurisprudencial; enjuiciar las normas jurídicas vigentes en México y en el extranjero; proponer fórmulas superadoras justas, bellas, buenas”, me sugiere un tema para repensar con motivo del sexagenario aniversario del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mismo que durante sus primeros veinte años se llamó *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, qué jurisprudencia debimos elaborar en esos sesenta años y cuál debemos elaborar en el futuro próximo.

Así, tomar en serio la posibilidad y hasta la necesidad tanto de una ‘jurisprudencia comparada’ —o *comparative jurisprudence*— como de una ‘jurisprudencia integrada’ —o *integrative jurisprudence*— resulta ser imperativa para la consolidación de una auténtica ‘jurisprudencia general’ a partir de todas las ‘jurisprudencias particulares’ —las cuales están constreñidas no sólo por los límites teóricos del iusnaturalismo, del iusformalismo y del iusrealismo, sino también por los linderos del descriptivismo y del normativismo-prescriptivismo.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: imer@servidor.unam.mx.

De esta suerte, primero, analizamos la provincia de la palabra ‘jurisprudencia’ como ciencia del derecho y arte de su aplicación; segundo, estudiamos la distinción entre ‘jurisprudencia general’ y ‘jurisprudencia(s) particular(es)’; y, finalmente, examinamos la conveniencia de una ‘jurisprudencia comparada’ e ‘integrada’, al retomar dos temas: el de una filosofía jurídica latinoamericana y el de una teoría integral del derecho.

En este orden de ideas, para que el *derecho* pueda ser entendido en toda su extensión es necesario superar la dicotomía formalismo-positivismo y antiformalismo-antipositivismo, al integrar en una sola concepción integrada o integral la tricotomía iusformalismo-iuspositivismo, iusrealismo y iusnaturalismo, caracterizada por una deliberación y discusión dialéctica y dialógica como síntesis superadora del constante y perpetuo proceso de (re)idealización, (re)formalización y (re)realización.

II. JURISPRUDENCIA (RE)DETERMINADA

Antes que nada es imperioso, como lo hace John Austin, proceder a determinar la provincia de la palabra ‘jurisprudencia’ y en su caso a redeterminar la misma. Ciertamente es que el término es anfibológico y que como tal se puede usar para denotar en *lato sensu* a la ciencia del derecho y el arte de su aplicación, y *strictu sensu* a la ciencia y el arte de la legislación y/o de la adjudicación:¹

La misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedad, y ha sido utilizada para designar lo siguiente:

El conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza de aplicarlo;

¹ Cfr. Austin, John, “The Uses of the Study of Jurisprudence”, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett, 1998, p. 372: “The word Jurisprudence is not free from ambiguity, it has been used to denote—/ The knowledge of Law as a science, combined with the art or practical habit or skill of applying it; or, secondly,/ Legislation; —the science of what *ought to be done* towards making good laws, combined with the art of doing it” (el énfasis es original. Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Viçen, México, Editora Nacional, 1974, pp. 39 y 40).

La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que *se debe hacer* para producir buenas leyes, junto con el arte de hacerlas.

Toda vez que la jurisprudencia se ha centrado casi exclusivamente en la adjudicación-aplicación del derecho por el juzgador y no tanto en la legislación-creación del mismo por el legislador, con frecuencia se equipara el vocablo ‘jurisprudencia’ con la función judicial o jurisdiccional y el oficio del jurisconsulto, *i. e.* con la actividad-proceso y/o producto-resultado de ‘decir el derecho’ (*ius dicere*) y lo ‘jurídico con prudencia’ (*iuris prudentia*).²

Aunque en México y en buena parte de los países pertenecientes al sistema romano canónico germánico, el voquible ‘jurisprudencia’ se identifica más con la segunda acepción —como actividad-proceso o producto-resultado de la función judicial o jurisdiccional y el oficio del jurisconsulto— hemos optado por dar prioridad a la primera expresión —como ciencia del derecho y arte de su aplicación— para rescatar el sentido más amplio y clásico.³

Cabe recordar que al comienzo del *Digesto* aparece la célebre definición de ‘jurisprudencia’ de Ulpiano: *Jurisprudencia est divinarum atque*

² Es más, en algún otro lugar, hemos aludido en español a ‘legisprudencia’ o en inglés a ‘*legisprudence*’, ambas a partir del latín ‘*lex/legis prudentia*’, para referirnos a la “teoría y práctica de la legislación”, o bien a la “ciencia, teoría o técnica de la legislación”, al “estudio y teoría de la legislación” o a la “teoría racional de la legislación”. Véase Flores, Imer B., “The Quest for Legisprudence. Constitutionalism vs. Legalism”, en Wintgens, Luc J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 29-34; *id.*, “Legisprudence. The Forms and Limits of Legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, 2007, pp. 250-255; e *id.*, “Sobre las formas y los límites de la legislación. A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 272 y 273.

³ *Cfr.* Flores, Imer B., “La definición del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XLVI, núm. 209-210, septiembre-diciembre de 1996, p. 71; *id.*, “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre de 1997, p. 1005; *id.*, “El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho”, en varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 1005; e *id.*, “Sobre la Oración en laudanza de la jurisprudencia”, de Juan Bautista Balli: a 450 años de la UNAM”, *Conjeturas. Pensamiento Jurídico Estudiantil de la Facultad de Derecho*, año 1, núm. 0, febrero de 2003, p. 28.

humanarum rerum notitia, justī atque injustī scientia (“jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”). De igual forma, en un pasaje adyacente florece una excelsa cita de Celso: *Jus est ars boni et æqui* (“derecho es el arte de lo bueno y equitativo”).

Si bien Austin acepta que la voz ‘jurisprudencia’ indica —y debe indicar— la ciencia del derecho (y el arte de su aplicación) rechaza cualquier referencia a lo bueno y equitativo, a lo justo e injusto, a lo lícito e ilícito, por considerar que se trata no del derecho sino de la moral o moralidad positiva, de la ciencia de la legislación o de la deontología:⁴

Ahora la jurisprudencia, si es alguna cosa, es la ciencia del derecho, o a lo mucho la ciencia del derecho combinada con el arte de su aplicación; pero lo que es dado aquí como su definición, alcanza no sólo al derecho, sino también a la moralidad política, e incluso al criterio que ambas remiten. Por tanto, comprende la ciencia del derecho y la deontología.

De hecho, afirma “La *ciencia de la jurisprudencia* (o, simple y llanamente *jurisprudencia*) se ocupa de las leyes positivas, o leyes estrictamente llamadas, consideradas sin referencia a su bondad o maldad”.⁵ La concepción de Austin —como toda aquella perteneciente al positivismo jurídico— se asienta en la tesis de la separación entre derecho y moral: “Un análisis detenido de los términos principales sirve para distinguir el derecho de la moral, y la atención del estudiante de jurisprudencia queda así limitada a las distinciones y divisiones que se

⁴ Austin, John, “The Province of Jurisprudence Determined”, *The Province...*, cit., nota 1, p. 189: “Now jurisprudence, if it is anything, is the science of law, or at most the science of law combined with the art of applying it; but what is here given as a definition of it, embraces not only law, but positive morality, and even the test to which both these are referred. It therefore comprises the science of legislation and deontology”.

⁵ *Ibidem*, p. 126. “The *science of jurisprudence* (or, simply and briefly, *jurisprudence*) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness” (la traducción es nuestra y el énfasis original).

refieren exclusivamente al campo jurídico”.⁶ Y como afirma un poco más adelante:⁷

Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia, mientras que, al contrario, la jurisprudencia no presupone la ciencia de la legislación. Lo que las leyes han sido y son puede llegarse a conocer sin saber lo que ellas deberían ser. En cuanto a que todo conocimiento de lo que debe ser descansa en un conocimiento de antecedentes *cognato genere*, la ciencia de la legislación supone la jurisprudencia.

Aunque admite “la jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al derecho, a la vez que la ciencia de lo que el derecho debe ser”.⁸ Para él, está claro que el conocimiento del ser es suficiente por ser primario a la jurisprudencia, en tanto que el del deber ser es secundario, a grado tal que “todo el mundo tiene que admitir que el derecho debe ser conocido, piense lo que piense del contenido que deba tener”.⁹

En ese sentido, asegura “La materia de la *jurisprudencia* es el *derecho positivo*: derecho, simple y estrictamente llamado: el derecho impuesto por los superiores políticos [o soberanos] a los inferiores políticos [o súbditos]”.¹⁰ Pero asiente que el derecho positivo es confundido con frecuencia con otros objetos a los cuales no solamente se le relaciona

⁶ Austin, John, “The Uses...”, *cit.*, nota 4, p. 371: “[L]aw is detached from morals, and the attention of the student of jurisprudence is confined to the distinctions and divisions which relate to law exclusively” (p. 38).

⁷ *Ibidem*, p. 372. “Inasmuch as the knowledge of what ought to be, supposes a knowledge of what is, legislation supposes jurisprudence, but jurisprudence does not suppose legislation. What laws have been and are, may be known without a knowledge of what they ought to be. Inasmuch as a knowledge of what ought to be, is bottomed on a knowledge of antecedents *cognate genere*, legislation supposes jurisprudence” (el énfasis es original, p. 40).

⁸ *Idem*. “Jurisprudence is the science of what is essential to law, combined with the science of what it ought to be”.

⁹ *Ibidem*, pp. 374 y 375. “Everybody must admit that Law ought to be known, whatever he may think of the provisions of which it ought to consist” (p. 45).

¹⁰ Austin, John, “The Province...”, *cit.*, nota 1, p. 9. “The matter of *jurisprudence* is *positive law*: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors” (la traducción y el énfasis son nuestros).

por su parecido (*resemblance*) y por analogía (*analogy*) sino que además se les llama, propia e impropia, derecho. Al respecto, adelanta “Las leyes propias, o llamadas propiamente, son *órdenes*; las leyes que no son órdenes, son leyes impropias o llamadas impropia”.¹¹

Así, presenta cuatro clases de leyes o reglas, llamadas propia e impropia: 1) las leyes divinas o las leyes de Dios; 2) las leyes positivas; 3) las leyes de moralidad positiva o moral positiva; y 4) las leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas. De tal suerte, asevera: “Las leyes divinas y las leyes positivas son leyes llamadas propiamente. De las reglas de moral positiva, algunas son leyes llamadas propiamente, pero otras son leyes impropias... opiniones o sentimientos meramente... Las leyes metafóricas o figurativas, o meramente metafóricas o figurativas, son leyes llamadas impropia”.¹²

Aun cuando hay varias ‘leyes llamadas propiamente’ para Austin —y para los positivistas duros— sólo las ‘leyes positivas o leyes estrictamente llamadas’ son derecho. Así que “Objeto propio de la jurisprudencia... es el derecho positivo: Entendiendo por derecho positivo (o derecho estrictamente así llamado), el derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la autoridad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo”.¹³

Aunado a la disociación entre derecho y moral, el positivismo jurídico se cimienta en la dispersión entre hecho y valor, así como en la unión de las tesis de las fuentes (*sources*) y de los hechos sociales (*social facts*). Al respecto, Joseph Raz sostiene: “Todas las leyes están basadas en una fuente... Una ley está fundada en una fuente si su existencia y su contenido puede ser identificado por la sola referencia a los he-

¹¹ *Ibidem*, p. 1. “Laws proper, or properly so called, are *commands*; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called” (la traducción es nuestra y el énfasis original).

¹² *Idem*. “The divine laws and positive laws are laws properly so called. Of positive Moral rules, some are laws properly so called, but others are laws improper... merely opinions or sentiments... Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative, are laws improperly so called” (la traducción y el énfasis son nuestros). *Cfr. ibidem*, pp. 1 y 2; 9 y 10, 191 y 192.

¹³ Austin, John, “The Uses...”, *cit.*, nota 4, p. 365. “The appropriate subject of Jurisprudence... is positive law: Meaning by positive law (or law emphatically so called), law established or ‘*positum*’, in an independent political community, by the express or tacit authority of its sovereign or supreme government” (el énfasis es original; p. 27).

chos sociales, sin recurrir a ningún argumento evaluativo”.¹⁴ Así, para identificar la existencia y el contenido del derecho (positivo) basta con la alusión al Estado, *i. e.* la comunidad política independiente por antonomasia, o al gobierno supremo o soberano, el cual actúa de manera inmediata por sí mismo como autoridad o de modo mediato por otros a quienes les ha delegado su autoridad: “La distinción... entre el derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo”.¹⁵

En este orden de ideas, para reconocer la existencia y el contenido del derecho formalmente válido o vigente para un tiempo y espacio determinado parecería que es suficiente con la mención a meros hechos o hechos puros (*plain facts*) con absoluta independencia de valores o hechos axiológicos (*value facts*), ya sean argumentos, juicios o razonamientos estimativos, evaluativos o valorativos. Por supuesto que hoy en día ante la ascendente adopción de las declaraciones de derechos humanos y la incorporación de otros principios jurídicos en los textos constitucionales, así como a la creciente desnacionalización e internacionalización del derecho interno como consecuencia directa de la globalización, no basta con la mera alusión al Estado (nacional) ni es suficiente con la sola mención a hechos puros o sociales para identificar la existencia y el contenido del derecho como lo sugería el positivismo jurídico.¹⁶

Además de confirmar la validez extrínseca o formal del derecho a partir del más estricto *legalismo* resultante de lo que podemos caracte-

¹⁴ Véase Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 194 y 195. “All law is source-based... A law is source based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument”.

¹⁵ Austin, John, “The Uses...”, *cit.*, nota 4, pp. 367 y 368. “The distinction... between law proceeding immediately from a sovereign or supreme maker, and law proceeding immediately from a subject or subordinate maker (with the authority of a sovereign or supreme)” (p. 32).

¹⁶ *Cfr.* Greenberg, Mark, “How Facts Make Law”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 211-262 (publicado originalmente en *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 157-198).

rizar con Luigi Ferrajoli como paleopositivismo y con Diego Eduardo López Medina como tradicional-positivismo, es menester confrontar su validez intrínseca o material desde el punto de vista de un (nuevo) *constitucionalismo* tanto global como local.¹⁷

Por si esto fuera poco, el modelo de los mandatos y la teoría del soberano de Austin, mismas que retoma de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, se fundamentan en el adagio latino *Quod principi placuit vigorem legis habet* (“Cualquier cosa que le plazca al príncipe tiene la fuerza de la ley”) y en la creencia de que el rey por ser soberano no puede obedecer a otros, tanto en lo interno como en lo externo, sino a sí mismo y que como tal no es legalmente responsable porque no puede hacer ni querer el mal:¹⁸

De hecho o en la práctica, los miembros considerados estrictamente, pero considerados como miembros de un cuerpo, son comúnmente libres, en todo o en parte, de restricciones legales y políticas. Por ejemplo: El rey, como una extremidad del parlamento, no es responsable legalmente, o no puede cometer un daño jurídico; y, al tomar parte de la conducta de la asamblea a la cual pertenece inmediatamente, como miembro de la casa de los lores, o como miembro de la casa de los comunes, no está sujeto al derecho positivo.

Sin embargo, con el tiempo ha quedado más que claro que incluso el gobierno o poder del soberano no puede ser absoluto sino limita-

¹⁷ Véase Flores, Imer B., “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice”, en Peczenik, Aleksander (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Part I: Justice*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 146-154; *id.*, “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, nota 2, pp. 38-47; e *id.*, “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 13, 2003, pp. 145-159. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Jueces y política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, núm. 7, enero de 1999, pp. 63-79; y López Medina, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica. Condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, pp. 415-457.

¹⁸ Austin, John, “The Province...”, *cit.*, nota 1, pp. 264 y 265. “In fact or practice, the members considered severally, but considered as members of the body, are commonly free, wholly or partially, from legal and political restraints. For example: The king, as a limb of the parliament, is not responsible legally, or cannot commit a legal injury: and, as partaking in conduct of assembly to which he immediately belongs, a member of the house of lords, or a member of the house of commons, is not amenable to positive law” (la traducción es nuestra).

do, y que incluso son responsables por sus acciones u omisiones tanto al interior de su comunidad como al exterior de la misma.

Por ende, en la actualidad, la provincia de la jurisprudencia redefinida como ciencia del derecho y arte de su aplicación, no puede sino referirse a una visión más amplia del derecho. Para ello es imperativo ir más allá del positivismo jurídico, es decir de la explicación del derecho a partir de los hechos puros —o sociales— al incluir referencias no secundarias sino primarias a valores como ‘hechos axiológicos’, ya sean argumentos, juicios o razonamientos estimativos, evaluativos o valorativos sobre derechos, fines, funciones, intereses o principios, tal y como lo hacen entre otros, Robert Alexy con la ‘pretensión de corrección’, Ronald Dworkin con el ‘modelo de los principios’ y Luigi Ferrajoli con el ‘garantismo’.¹⁹

III. JURISPRUDENCIA GENERAL Y PARTICULAR

A continuación procedemos a recordar que Austin al tratar de precisar la provincia de la palabra *jurisprudence*, primero concede “la jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al derecho, combinado con la ciencia de lo que debe ser”,²⁰ e inmediatamente después reintroduce la ya célebre distinción entre *General* o *Universal Jurisprudence* (‘jurisprudencia general’ o ‘universal’) y *particular* o *national jurisprudence* (‘jurisprudencia particular’ o ‘nacional’). Así, llega a caracterizar, de un lado, a la primera como la ciencia, filosofía o teoría de aquellos “objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas” y a la segunda como la parte de la ciencia, filosofía o teoría que se ocupa de “un sistema vigente de derecho o de alguna parte de él”.²¹

¹⁹ *Cfr.*, por ejemplo, Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza et al., México, Fontamara, 1993; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed. (con “Appendix: A Reply to Critics”), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (y, London, Duckworth), 1978 (versión en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984. La primera edición es de 1977), y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995.

²⁰ Véase *supra* nota 8.

²¹ Austin, John, “The Uses...”, *cit.*, nota 4, pp. 372 y 373. “Particular Jurisprudence is the science of any actual system of law, or any portion of it... The proper subject

Toda vez que damos por sentado la validez de la premisa fundamental de una serie de congresos internacionales, organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante los últimos años, misma que consideramos central para delimitar qué jurisprudencia elaboramos y debemos elaborar: “Al comparar no nada más comparamos o debemos comparar sistemas —e instituciones— sino culturas jurídicas”. Resulta que *mutatis mutando* la jurisprudencia general o universal se enfoca a lo que es común a todos los sistemas —e instituciones— y culturas jurídicas, mientras que la jurisprudencia particular o nacional se enfoca en un sistema —e institución— y cultura jurídica (o alguna de sus partes).

Para proseguir en nuestro análisis consideramos más que preciso citar un pasaje del mismo Austin y formular un par de comentarios:²²

Consideradas como una totalidad y como relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de derecho. Y en tanto que limitada a uno cualquiera de tales sistemas o a alguna de sus partes, la jurisprudencia es particular o nacional.

Pero aun cuando cada sistema de derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, las cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines.

of General or Universal Jurisprudence... is a description of such subjects and ends of Law as are common to all systems...” (p. 41).

²² *Ibidem*, p. 365. “Considered as a whole, and as implicated or connected with one another, the positive laws and rules of a particular or specified community, are a system or body of law. And as limited to any one of such systems, or to any of its component parts, jurisprudence is particular or national./ Though every system of law has its specific and characteristic differences, there are principles, notions, and distinctions common to various systems, and forming analogies or likeness by which such systems are allied./ Many of these common principles are common to all systems; to the scanty and crude systems of rude societies, and the ampler and maturer systems of refined communities. But the ampler and maturer systems of refined communities are allied by the numerous analogies which obtain between all systems and also by numerous analogies which obtain exclusively between themselves. Accordingly, the various principles common to maturer systems (or the various analogies obtaining between them), are the subject of an extensive science: which science (as contra-distinguished to national or particular jurisprudence on one side, and, on another, to the science of legislation) has been named General (or comparative) Jurisprudence, or the philosophy (or general principles) of positive law” (pp. 27 y 28).

Muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas. Ahora bien, los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas son afines, tanto por las numerosas analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por numerosas analogías que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia, los diversos principios comunes a sistemas más perfectos —o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos— constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía —o principios generales— del derecho positivo.

Por una parte, la distinción entre jurisprudencia general y jurisprudencia particular resulta ser muy afortunada porque permite diferenciar no sólo las pretensiones de los distintos científicos, filósofos o teóricos del derecho sino también los alcances y limitaciones de las diversas propuestas científicas, filosóficas o teóricas.²³ Así, por ejemplo, Hans Kelsen desde la primera edición de su *Reine Rechtslehre* anuncia —y en la segunda reanuncia— que su teoría no versa sobre ningún sistema jurídico en particular sino sobre lo común a todo sistema jurídico en general, tal y como lo enuncia en los títulos mismos de su *General Theory of Law and State* y de su *Allegemeine Theorie der Norme*.²⁴

²³ Véase Bix, Brian, *Jurisprudence. Theory and Context*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 10-12. Véase también “Some Reflections on Methodology in Jurisprudence”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, pp. 67-96.

²⁴ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2002 (versión en alemán: *id.*, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke, 1934; versión en castellano: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1955); *id.*, *The Pure Theory of Law*, 2a. ed., Berkeley, University of California Press, 1967 (versión en alemán: *id.*, *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke, 1960; versión en castellano: *id.*, *La teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1979); *id.*, *General Theory of Law and State*, trad. de Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945 (versión en castellano: *id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1949); e *id.*, *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994.

Por su parte, H. L. A. Hart en el “Postscript” a su celeberrimo *The Concept of Law*, aclara:²⁵

Mi objetivo en este libro fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es a la vez general y descriptiva. Es *general* en el sentido de que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto ‘normativo’).

En cambio, Dworkin en su crítica a la teoría jurídica entonces dominante cuestiona varios aspectos de la versión más poderosa del positivismo jurídico representada para él por el propio Hart, pero advierte que su pretensión es mucho menor al concentrarse exclusivamente en dos países del sistema anglosajón o *common law*, a saber Inglaterra y los Estados Unidos de América, y al enfocarse en la teoría de la adjudicación, primero, y en la de la interpretación, luego.²⁶

Por otra parte, en la última parte de la cita, Austin deja entrever que la *jurisprudencia general* o *universal* no puede serlo sin ser, al mismo tiempo, una *jurisprudencia comparada*. Es innegable que tiene toda la razón cuando afirma que la jurisprudencia general se ocupa de los “principios comunes... a todos los sistemas”, sobre todo si ciertamente quiere decir *a todos los sistemas* “lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas”. Sin embargo, Austin al indicar que las comparaciones se pueden hacer entre todos los sistemas y entre los sistemas más complejos y maduros entre sí, privilegia la segunda opción al grado de reducir “la jurisprudencia general (o comparada)” al estudio de “los principios comunes a los siste-

²⁵ Hart, H. L. A., “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 239. “My aim in this book was to provide a theory of what law is which is both general and descriptive. It is *general* in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense ‘normative’) aspect” (versión en castellano: *id.*, “Postcriptum”, *El concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 11).

²⁶ *Cfr.* Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 19, pp. VII-XV.

mas más amplios y perfectos”.²⁷ De hecho, un poco más adelante ampara:²⁸ “Entiendo, pues, por jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de derecho; comprendiendo por sistemas de derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen”.

Así que, para el jurista inglés, el objeto de estudio de la jurisprudencia general y comparada son “los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas”. Claro está que en su opinión se trata de sistemas positivos y que su bondad o maldad no tiene un interés inmediato:²⁹ “Así como los principios abstraídos de los sistemas positivos constituyen el objeto de la jurisprudencia general, así también su cometido peculiar y exclusivo es la exposición de dichos principios. La jurisprudencia general no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes”.

En este sentido, si de por sí resulta alarmante que la jurisprudencia general y comparada, en lugar de referirse a todos los sistemas jurídicos, queda reducida a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos, o bien a los más complejos y maduros, de las comunidades “civilizadas” o de las sociedades “modernas”, todavía es más inquietante que el propio Austin apunte:³⁰ “Estas semejanzas, muy estrechas y que cubren una gran parte del terreno a tratar, están confinadas necesariamente a las que existen entre los sistemas de unas pocas

²⁷ Véase *supra* nota 22.

²⁸ Austin, John, “The Uses...”, *cit.*, nota 4, p. 367. “I mean, then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law: understanding by systems of law, the ampler and maturer systems which, by reason of their amplitude and maturity, re pre-eminently pregnant with instruction” (p. 31).

²⁹ *Ibidem*, p. 366. “As principles abstracted from positive systems are the subject of general jurisprudence, so is the exposition of such principles its exclusive or appropriate object. With the goodness or badness of laws... it has no immediate concern” (pp. 28 y 29).

³⁰ *Ibidem*, p. 373. “And these resemblances will be found to be very close, and to cover a large part of the field. They are necessarily confined to the resemblances between the systems of a few nations; since it is only a few systems with which it is possible to become acquainted, even imperfectly. From these, however, the rest may be *presumed*” (el énfasis es original; p. 41).

naciones, ya que son sólo unos pocos los sistemas que es posible conocer, siquiera imperfectamente. El conocimiento de éstos, sin embargo, permite suponer lo demás”.

Y, peor aún, es preocupante que como corolario aconseje “son sólo los sistemas de dos o tres naciones los que merecen atención: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusianos en cuanto a la sistemática”.³¹

Sin duda alguna sería muy difícil, si no es que imposible, comparar todos los sistemas jurídicos y estar bien interiorizados no digamos que en uno sino en varios sistemas, pero de ahí no se sigue que por estudiar unos cuantos sistemas, ni mucho menos si todos se parecen o pertenecen a la misma familia o tradición, podamos presumir lo que pasa en el resto del mundo. Al grado de hacer pasar unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ como la ‘jurisprudencia general’ o, como se dice coloquialmente, ‘dar gato por liebre’.

De esta forma, a la tesis de Austin se le pueden formular, como ya lo hizo Jerome Hall, quien en esto sigue a Thomas Holland, al menos un par de objeciones.³² Por un lado, la noción de ‘jurisprudencia particular’ puede resultar doblemente confusa, de un lado, al haber tantas jurisprudencias particulares como sistemas (y culturas) jurídicas nacionales o porciones singulares de éstas hay; y, de otro lado, porque se puede perder de vista que la generalidad o universalidad es una característica de toda ciencia, filosofía y teoría, ya sea del todo o de alguna parte de la misma. Por otro lado, el paso de la ‘jurisprudencia particular’ a la ‘jurisprudencia general’ y viceversa, resulta ser —como se puede advertir— problemático sino es que falaz.

Para poder rebatir la primera de las dos objeciones bastaría con una mayor claridad y precisión al referirse a la jurisprudencia particular, ya sea como jurisprudencia territorial —local, nacional, regional, e internacional— de un lado, y como jurisprudencia teórica, del otro, pero sin olvidar que en todo caso el ideal de generalidad y uni-

³¹ *Idem.* “And it is only the systems of two or three nations which deserve attention: the writings of the Roman Jurists; the decisions of English Judges in modern times; the provisions of the French and Prussian Codes as to arrangement” (*idem*).

³² Hall, Jerome, “Legal Theory and Jurisprudence”, *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, Nueva York, Oceana, 1958, pp. 7 y 8.

versalidad debe mantenerse a toda costa. No obstante, para poder replicar a la segunda es imperioso no sólo replantear y tomar seriamente a la ‘jurisprudencia general’ como una verdadera ‘jurisprudencia comparada’ y no como la mera suma de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ e inclusive identificada con una ‘jurisprudencia particular’ o con una cuantas ‘jurisprudencias particulares’.

El problema con la ‘jurisprudencia general’, como ya adelantamos, es que en el proceso de comparar las diferentes ‘jurisprudencias particulares’ de distintas naciones y teorías entre sí, aunque obtenemos numerosas analogías, difícilmente éstas abarcan a todos los sistemas (y culturas), contentándose en analizar nada más a los sistemas jurídicos más amplios y perfectos, o bien los más complejos y maduros, de comunidades “civilizadas” o sociedades “modernas”, o peor aún a unos cuantos de los pertenecientes a la tradición jurídica occidental, con los cuales entre ellos ciertamente las semejanzas serán muchas y muy significativas, en cambio las diferencias pocas e insignificantes.

Por lo cual, lo que aparentemente es una ‘jurisprudencia general’ no es, como lo advertimos, sino la mera suma de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’, mismas que podemos agrupar al interior de una ‘jurisprudencia familiar’ que puede ser: 1) intrafamiliar, cuando se comparan miembros del mismo núcleo: padres e hijos, hermanos entre sí, y cualquier ascendiente o descendiente en línea directa; y 2) interfamiliar, cuando se comparan miembros de una misma parentela: tíos y primos hermanos. Sin embargo, en ambos casos la referencia ya no digamos que a algún pariente lejano o remoto sino a cualquier extraño es omitida por completo, con lo cual las posibilidades de una ‘jurisprudencia extrafamiliar’ o ‘parafamiliar’ son completamente nulas.

Como se puede percibir, hay una fuerte tendencia a dar un paso indebido, sin la debida y suficiente comparación, de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ o de una ‘jurisprudencia particular’ a la ‘jurisprudencia general’. Y lo que es todavía peor, hay además una fuerte tendencia a dar un salto también injustificado, sin la debida y suficiente comparación, de esta —una supuesta jurisprudencia general (a la cual creemos haber llegado a partir de una o de unas cuantas jurisprudencias particulares)— a otra u otras jurisprudencias particu-

lares, al presuponer que toda 'jurisprudencia particular' comparte o tiene que compartir los principios comunes a una 'jurisprudencia particular' o a unas cuantas 'jurisprudencias particulares' que hacemos o hemos hecho pasar como la 'jurisprudencia general', al mismo tiempo de negar las particularidades de cada 'jurisprudencia particular'. A este fenómeno de asumir que es posible transitar, sin la debida y suficiente comparación, de una 'jurisprudencia particular' o de unas cuantas 'jurisprudencias particulares' a una 'jurisprudencia general', lo podemos caracterizar como la *'falacia particularista'*, y al de suponer que también es posible trasladar caracteres de esta —la 'jurisprudencia general'— a cualquier 'jurisprudencia particular' o cualesquiera 'jurisprudencias particulares', lo podemos caracterizar como la *'falacia generalista'*.

Ambas falacias nos recuerdan la historia de Procrustes (castellanizado como Procrusto y ya deformado como Procusto), quien tenía que acortar o alargar, ensanchar o estrechar, adelgazar o engrosar su cama según fuera el caso para que el viajero en cuestión 'cupiera' en ella. De tal suerte, en lugar de tener que modificar la cama cada vez para que se acople a las necesidades del viajero o éste se ajuste a una cama que resulta insuficiente para sus necesidades, lo que requerimos es una cama universal, *i. e.* una verdadera jurisprudencia general y comparada que en realidad comprenda no sólo todas las jurisprudencias particulares sino también lo común a todos los sistemas, instituciones y culturas jurídicas, y no de viajeros uniformes ni de camas creadas a la medida de cada cual, y por lo mismo desechables.³³

IV. JURISPRUDENCIA COMPARADA E INTEGRADA

Por esta razón, si queremos reconstruir una verdadera 'jurisprudencia general' lo primero que debemos es tomar conciencia de la necesidad de una jurisprudencia comparada y en consecuencia de que no nada más comparamos o debemos comparar sistemas, institu-

³³ Le agradezco a Mark Howenstein la metáfora de la cama o el lecho de Procrustes para ilustrar el punto de los defectos y excesos en que se puede incurrir al construir o reconstruir arbitraria e indebidamente nuestras ciencias, filosofías y teorías, ya sea al acortar o al estirar el objeto de estudio para hacerlo corresponder con la disciplina que lo estudia, cuando esta es la que tiene que comprender y explicar a aquel.

ciones y culturas jurídicas sino también confrontar sistemas, instituciones y culturas: 1) complejos, maduros o modernos con simples, crudos y primitivos; 2) monistas con pluralistas; 3) familiares —ya sean intrafamiliares e interfamiliares— con extrafamiliares o parafamiliares; 4) occidentales con orientales; 5) laicos o no-religiosos con religiosos; 6) vigentes con no-vigentes o históricos; y 7) nacionales o locales con internacionales, regionales, transnacionales e incluso globales.

Por supuesto que cada uno de estos siete temas daría para una conferencia. Cabe señalar que no obstante lo dicho, la consecución de una verdadera ‘jurisprudencia general’ no se puede contentar con una ‘jurisprudencia comparada’, sino que es menester que después en segundo lugar lleguemos hasta una ‘jurisprudencia integrada’ o mejor dicho ‘reintegrada’. Así, en lo que resta de este apartado vamos a explorar la conveniencia de una ‘jurisprudencia comparada’ e ‘integrada’ que nos permita acceder a una verdadera ‘jurisprudencia general’ que en realidad comprenda todas las jurisprudencias particulares, tanto teóricas como territoriales, al analizar la posibilidad de una filosofía jurídica latinoamericana y la necesidad de una teoría integral del derecho.

1. *Filosofía jurídica latinoamericana*³⁴

A los peligros de pasar falazmente, sin la debida y suficiente comparación, de una ‘jurisprudencia particular’ o de unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ a la ‘jurisprudencia general’ y viceversa, se les puede agregar un problema más: el presuponer que toda ‘jurisprudencia particular’ comparte o tiene que compartir los principios comunes a unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ —y peor aún los de una ‘jurisprudencia particular’— que se ostentan —u ostenta—

³⁴ En este apartado sigo las reflexiones de un par de trabajos no publicados: Flores, Imer B., “An Integrative Jurisprudence: Latin American Legal Philosophy and Anglo American Legal Thought”, *The Fall 2000 Visiting Scholar and Visiting Researcher Colloquium Series*, Cambridge, Massachusetts, Harvard Law School, 8 de noviembre de 2000; e *id.*, “A Comparative and Integrative Jurisprudence: LatAls & LatCrits”, *LatCrit VI Conference “Encountering Latin America: Exploring the Parameters and Relevance of Lat-Crit Theory”*, Gainesville, Florida, Latino and Latina Critical Theory, Inc., 26 de abril de 2001.

como la ‘jurisprudencia general’, al mismo tiempo de que ésta niega las particularidades de cada ‘jurisprudencia particular’.

Si bien hay que defender la singularidad de cada ‘jurisprudencia particular’, también es cierto que hay que mantener el ideal de universalidad de una ‘jurisprudencia general’. Sin embargo, hay un riesgo doble: por un lado, examinar una ‘jurisprudencia particular’ o unas cuantas ‘jurisprudencias particulares’ como la ‘jurisprudencia general’ al negar las particularidades de las demás (*fundamentalismo*) e inclusive imponer sus particularidades a las demás (*imperialismo*); y, por el otro, exagerar las particularidades de una ‘jurisprudencia particular’ al rechazar la generalidad de todas (*excepcionalismo*) e incluso estimar que basta con su propia particularidad (*parroquianismo*).

Así, la cuestión es que si ante estos dos extremos viciosos —representados por el fundamentalismo e imperialismo, de un lado, y por el excepcionalismo y parroquianismo, del otro— es posible encontrar un término medio virtuoso en el cual la filosofía jurídica latinoamericana pueda al mismo tiempo mantener sus particularidades y participar de la generalidad. Lo anterior implica escapar, como dice López Medina, de “las trampas que interpone la creencia en una teoría universal del derecho”, pero también de las tretas de una teoría singular del derecho.³⁵

En este sentido, hay que resistir en primera instancia la tendencia a reducir la filosofía (jurídica) latinoamericana a una mera extensión de la filosofía (jurídica) europea u occidental. Es indudable que esta sobresimplificación ya es un lugar común. Como muestra basta citar la segunda edición de *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, en la cual la voz ‘Latin American Philosophy’, correspondiente a ‘Filosofía latinoamericana’, es precisada como: “La filosofía de América Latina, la cual es europea en su origen y constituye un capítulo en la historia de la filosofía occidental”.³⁶

De igual forma, tal y como lo señala López Medina:

³⁵ López Medina, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, nota 17, p. 440. Véase *id.*, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Santa Fé de Bogotá, Legis, 2004.

³⁶ Audi, Robert (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 483. “The philosophy of Latin America, which is European in origin and constitutes a chapter in the history of Western philosophy”.

La teoría jurídica latinoamericana es fácilmente descartada y clasificada como un subproducto de las iusteorías nacidas en otras tradiciones... América Latina parece ser uno de los sitios iusfilosóficos menos interesantes ya que es considerado como un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo... América Latina es una extensión clara del proyecto civilizatorio de Occidente.³⁷

De lo anterior se desprende que la filosofía jurídica latinoamericana en apariencia no es ni ha sido *propiamente* latinoamericana sino europea u Occidental. Claro está que este truismo ha sido aceptado y difundido no sólo por europeos u occidentales sino también por los propios latinoamericanos. Así, Joseph L. Kunz —el famoso internacionalista, perteneciente a la escuela jurídica vienesa y uno de los juristas más allegados a Kelsen— en la “Introducción” que prepara al volumen dedicado a la *Latin American Legal Philosophy* de la colección *20th Century Legal Philosophy Series*, primero cita a un comparatista latinoamericano Enrique Martínez Paz “en todas las naciones latinoamericanas, el pensamiento jurídico filosófico ha seguido en su evolución, aunque con cierta tardanza, el ritmo del pensamiento europeo continental” y luego procede a reforzar, a través de un recuento muy forzado, que la filosofía jurídica latinoamericana ha seguido siempre el ritmo del pensamiento europeo continental y occidental.³⁸

Es cierto que la filosofía del derecho es *prima facie* general o universal, y como tal califica, como dice Theodor Viehweg, dentro de las ciencias internacionales del derecho que pueden ser estudiadas en cualquier lugar por ser las mismas para todo tiempo y espacio, en contraposición de las ciencias nacionales del derecho que deben ser examinadas *in situ* por ser diferentes para cada aquí y ahora.³⁹

No obstante, además de la fuerte tendencia a internacionalizar la filosofía del derecho, al grado de hablar como dice López Medina de una ‘teoría transnacional del derecho’, también es deseable en la me-

³⁷ López Medina, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, nota 17, pp. 440-442.

³⁸ Enrique Martínez Paz citado por Kunz, Joseph L., “Introduction”, en *id.* (ed.), *Latin American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, p. XIX.

³⁹ *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 36 y 37.

dida de lo posible nacionalizar o regionalizar la filosofía jurídica. De tal suerte, la jurisprudencia comparada e integrada no tiene por qué presuponer la convergencia y homogeneidad de las jurisprudencias particulares, ya sean nacionales o regionales, y la unidad-uniformidad de la jurisprudencia general, sino por el contrario la divergencia y heterogeneidad de esta, y de la pluralidad-diversidad de aquellas. Ahora bien, una cosa es la contraposición entre *ambientes hermenéuticos ricos* de alto nivel que están estacionados o posicionados en el centro como contextos de producción y *ambientes hermenéuticos pobres* de bajo relieve que han quedado estancados o ubicados en la periferia como contextos de recepción, pero otra muy distinta es que los últimos estén subordinados o sean dependientes por completo de los primeros, al grado de ser meras continuaciones, repeticiones o reproducciones de los mismos.⁴⁰

En este sentido, una mayoría de las ideas originales han sido creadas o producidas en el centro para ser recreadas o recibidas en la periferia, pero esto no quiere ni debe querer decir que no hay originalidad en la periferia. Para probar este punto baste señalar que en la literatura sobre la exportación-importación de teorías e instituciones jurídicas, aunque se usa la palabra ‘recepción’ también se utiliza el concepto de ‘transplantes jurídicos’, donde queda claro que no es una recepción pasiva sino activa. De forma tal que las mutaciones obedecen no sólo a la lógica del exportador sino también, pero sobre todo, a la del importador y más precisamente a sus agendas, estructuras y usos locales.⁴¹

Así, por ejemplo, a nadie le debería sorprender que en América Latina el pensamiento de Kelsen aparezca deformado al grado de resultar ser un relativista axiológico a quien se le imputa haber fomentado o propiciado los excesos formalistas del nazismo, cuando en realidad estaba comprometido con la democracia y el constitucionalismo. O bien, que Hart, un positivista inglés, pueda ser usado —a falta de movimientos antiformalistas, críticos o realistas en la re-

⁴⁰ Véase López Medina, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, nota 17, pp. 430-440. Véase también *id.*, *Teoría impura del derecho...*, *cit.*, nota 35, pp. 15-21.

⁴¹ *Cfr.* Watson, Alan, “Aspects of Reception of Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIV, núm. 2, primavera de 1996, pp. 335-351.

gión— a partir de la noción de ‘textura abierta’ del lenguaje para criticar al formalismo.⁴²

De la misma manera es imposible nada más copiar e imitar y peor aún plagiar una teoría o institución de un lugar para adoptarla e implementarla en otro, porque forzosamente es necesario adaptarla e implementarla al contexto cultural de que se trata. Así, por ejemplo, la teoría de la argumentación jurídica reapareció en Europa después de la posguerra para contener, detener o enfrenar los argumentos y razones jurídicas válidas a las cuales se podía apelar; entre tanto, en América Latina la teoría de la argumentación ha servido exactamente para acelerar, animar o desenfrenar dichos argumentos y razones. En ese sentido, no se trata de lecturas erróneas o malas sino más bien de lecturas contextuales o personales. De hecho, estas tergiversaciones no son versiones incorrectas, subestándar, o anormales que requieran corrección, estandarización o normalización, sino verdaderas transformaciones o transmutaciones. Así, por ejemplo, nadie pensaría que al importar de Suecia a México la figura del *ombudsman* se pretendía que la situación de los derechos humanos era igual en los dos países, cuando a diferencia de los que pasa en el país escandinavo, en nuestra latitud la preocupación principal era todavía la protección de los derechos más básicos de la llamada primera generación.

En resumidas cuentas, aunque la tendencia todavía dominante es la de aceptar y afirmar la dependencia de América Latina como la extensión de las ideas europeas-occidentales producidas en el centro—Francia, Alemania e Inglaterra-Estados Unidos de América, así como, aunque en menor medida, en España e Italia— y recibidas en la periferia, es preciso rechazar y negar la supuesta dependencia para rescatar la particularidad de las aportaciones y contribuciones de América Latina para el mundo.

De este modo, para reinventar la filosofía jurídica latinoamericana —y la mexicana para el mismo efecto— hay que resistir el fundamentalismo e imperialismo que la reducen a una “mera extensión de la iusteoría europea o global” o una “devaluada práctica jurídica regional en la que, se supone, no existe ninguna teoría o reflexión va-

⁴² Cfr. López Medina, Diego Eduardo, “Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica...”, *cit.*, nota 17, pp. 415-430.

liosas”.⁴³ Ahora bien, sin caer en el otro extremo del excepcionalismo y parroquianismo, hay que proceder a identificar y resaltar aquellas particularidades que puedan ser de utilidad sin reducirlas a notas de derecho comparado, por ejemplo el juicio de amparo en México, ni a temas multiculturalistas que parecen más bien de antropología y sociología jurídica e historia del derecho, verbigracia los derechos humanos de los indígenas en México. Por el contrario, una verdadera jurisprudencia comparada e integrada implica tomar en serio no sólo las transmutaciones o transformaciones sino también la búsqueda de las aportaciones y contribuciones originales.

2. *Teoría integral del derecho*

El concepto de jurisprudencia integrada o *integrative jurisprudence*, como la llama Hall, ha estado ligado en primera instancia a la necesidad de superar las falacias de las tres jurisprudencias particularistas teóricas por excelencia y sus respectivas concepciones y/o construcciones del derecho: 1) iusnaturalismo, 2) iusformalismo y 3) iusrealismo. Al respecto, el propio Hall había sostenido desde finales de la década de los cuarenta del siglo pasado:⁴⁴

Si solamente hay un conocimiento de la ciencia del derecho, solamente hay un objeto de estudio que constituye el derecho. El problema jurisprudencial es el descubrir y describir esta materia, y también reducir las dificultades verbales relativas a ésta... Si solamente hay una ciencia del derecho, se sigue que los varios especialistas han dibujado sobre partes particulares de las cuales, por alguna buena razón, ellos han enfatizado o resaltado.

⁴³ *Ibidem*, p. 439.

⁴⁴ Hall, Jerome, “Integrative Jurisprudence”, *op. cit.*, nota 32, pp. 25-47. “If there is only one knowledge of science of law, there is only one subject matter, and also to reduce verbal difficulties regarding it... If there is only one science of law, it follows that the various specialists have drawn upon particular parts of which, for good reason, they have emphasized or supplemented” (la traducción es mía. Publicado originalmente en Sayre, P. (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947. En español: Hall, Jerome, “Teoría jurídica integralista”, trad. de Eduardo Ponssa, en Cairns, Huntington *et al.*, *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp. 53-89).

De hecho, esta idea estuvo en boca de varios autores a mediados del siglo veinte, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, entre ellos el mismo Kunz, quien afirma:⁴⁵

El positivismo jurídico podía solucionar el problema del derecho en un periodo de codificaciones, de seguridad y paz relativas, de optimismo filosófico y de fe en la ciencia, tal como el siglo decimonónico era. Sin embargo, el positivismo jurídico no puede solucionar los problemas del derecho como éste debería ser; y estos problemas dominan el siglo veinte —y lo que llevamos del veintiuno—. Por ello el retorno del derecho natural, por ende las filosofías modernas en general, enfatizan el elemento ético y no el lógico... En este sentido, ellas reexaminan los problemas fundamentales para poder llegar a soluciones satisfactorias que abarquen al derecho en su totalidad... Estamos en el camino hacia una concepción que nos permita integrar estos tres aspectos —lógico, sociológico y axiológico— en una unidad fundamental.

Es indudable que esta noción tuvo eco también en América Latina bajo la forma de las ‘teoría trialista’ y ‘teoría tridimensional’ del derecho, encabezadas por el argentino Werner Goldschmidt y el brasileño Miguel Reale, respectivamente; e incluso, en México, con la ‘teoría de los tres círculos’ de Eduardo García Máynez⁴⁶ y también

⁴⁵ Kunz, Joseph L., *Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, Nueva York, Law Institute, 1950, *passim*. “Legal positivism could solve the problem of the law in a period of codifications, of relative security and peace, of philosophical optimism and faith in science, as the nineteenth century was. But legal positivism cannot solve the problems of the law as it should be; and these problems dominate the twentieth century. Hence the revival of natural law, hence the modern philosophies in general, stressing the ethical not the logical element... In this spirit, they re-examine fundamental problems in order to arrive at satisfactory solutions which embrace the law in its totality... We are on the way toward a conception which will allow us to bring all the three aspects —logical, sociological and axiological— into one fundamental unity” (la traducción es mía. Versión en castellano: *id.*, *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, trad. de Luis Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1951).

⁴⁶ Véase Flores, Imer B., *Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 151-164.

con la ‘teoría integral’ del derecho, como la recharacterizó Luis Recaséns Siches.⁴⁷

En los últimos años, este pensamiento ha tenido cierta resonancia en varios autores, entre ellos baste mencionar al mismísimo Harold Berman, quien hace poco más de veinte años, en 1983, lo reintroduce en el “Prefacio” de su celeberrimo *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*.⁴⁸

Necesitamos superar la reducción del derecho a una serie de instrumentos técnicos para hacer las cosas; la separación del derecho de la historia; la identificación del derecho con el derecho nacional y de toda la historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica (“positivismo”), o una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral (“teoría del derecho natural”), o una jurisprudencia exclusivamente histórica y socioeconómica (“la escuela histórica”, “la teoría social del derecho”). Necesitamos una jurisprudencia que integre a las tres escuelas tradicionales y vaya más allá de ellas. Tal jurisprudencia integrada enfatizaría que debemos creer en el derecho o este no va a funcionar; que implica no solamente razón y voluntad sino también emoción, intuición y fe. Implica un compromiso social total.

⁴⁷ Véase Flores, Imer B., “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en Molina Piñero, Luis J. *et al.* (coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003, pp. 51-78.

⁴⁸ Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983, pp. VI-VII. “We need to overcome the reduction of law to a set of technical devices for getting things done; the separation of law from history; the identification of all law with national law and of all our legal history with national legal history; the fallacies of an exclusively political and analytical jurisprudence (“positivism”), or an exclusively philosophical and moral jurisprudence (“natural law theory”), or an exclusively historical and socio-economic jurisprudence (“the historical school”, “the social theory of law”). We need a jurisprudence that integrates the three traditional schools and goes beyond them). Such an integrative jurisprudence would emphasize that law has to be believed in or it will not work; it involves not only reason and will but also emotion, intuition, and faith. It involves a total social commitment” (la traducción es mía. Versión en castellano: *id.*, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla, México, FCE, 1996).

Ahora bien, este ‘compromiso social total’ implica no nada más integrar las tres concepciones y/o construcciones del derecho —iusnaturalismo, iusformalismo y iusrealismo— sino tomar muy en serio la conveniencia de una jurisprudencia comparada e integrada,⁴⁹ así como su enseñanza.⁵⁰ En pocas palabras, es indispensable establecer no sólo las condiciones para una verdadera deliberación o discusión dialéctica y dialógica entre las diferentes teorías, sino también los criterios para la ‘decibilidad’ o ‘derrotabilidad’ entre éstas, al superar lo que hasta ahora ha sido un monólogo o a lo mucho un diálogo de ciegos, mudos y sordos, que como los changuitos no dicen, ni oyen ni ven nada, ya sea bueno del otro o malo de sí mismo.

Cabe aclarar que no se trata de la idea ingenua o *naïve* de simplemente añadir o sumar los elementos destacados por cada una de las tres concepciones y/o construcciones teóricas del derecho —valor, norma y hecho, o justicia, vigencia y eficacia— para llegar a una teoría ecléctica o utópica porque hay que salvar y superar primero las contradicciones que son más que evidentes entre ellas. Por ejemplo, uno no puede ser al mismo tiempo iusnaturalista y iuspositivista (o iusformalista), porque una concepción se edifica sobre la correlación

⁴⁹ Véase Flores, Imer B., “La definición del derecho”, *cit.*, nota 3, pp. 69-123; *id.*, “La concepción del derecho...”, *cit.*, nota 3, pp. 1001-1036; *id.*, “El porvenir de la ciencia jurídica...”, *cit.*, nota 3, pp. 999-1027; e *id.*, “¿Ensueño, pesadilla o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, pp. 173-194.

⁵⁰ Véase Flores, Imer B., “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho. Enseñar a pensar y a repensar el derecho”, *Cauces. Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, año II, núm. 5-7, enero-septiembre de 2003, pp. 30-38; *id.*, “Langdell vs. Holmes. On Legal Education —and the Legal Profession”, *De Legibus. Review of the Harvard Law School Association of Mexico*, año III, núm. 3, 2004, pp. 13-42 (hay versión electrónica en *Mexican Law Review*, núm. 4, julio-diciembre de 2005: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/4/arc/arc2.htm>); *id.*, “Prometeo (des)encadenado. La enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Derecho y Cultura*, núm. 14-15, mayo-diciembre de 2004, pp. 93-123 (hay versión revisada: “Prometeo (des)encadenado: La enseñanza del derecho en México”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, México, año 4, núm. 7, 2006, pp. 51-81); e *id.*, “Protágoras vis-à-vis Sócrates. Los métodos de enseñanza-aprendizaje del derecho”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 125-151.

derecho-moral, en tanto que la otra construcción lo hace precisamente sobre la separación entre derecho y moral.

Para reforzar el punto de la falta de un verdadero coloquio entre las teorías, mismas que en su lugar se limitan cada una a dar un soliloquio, ofrecemos la siguiente ilustración: pareciera como si los teóricos se batieran en un duelo a muerte por largas horas, durante días y noches enteras, para que a final de cuentas cuando uno y otro creen que han vencido a su oponente al herirlo de muerte, resulte que no se han hecho ningún daño, ni el más mínimo, y que a lo mucho el encuentro fue un *round* de sombra.

Para tal efecto, es preciso que la deliberación o la discusión sea no sólo intermultitransdisciplinaria,⁵¹ sino también interteórica e intrateórica, y que contemos con mecanismos para garantizar la objetividad aunque sea por la vía de la intersubjetividad e intrasubjetividad, entendida ésta no como un mero acuerdo o consenso sino como la deliberación o discusión que permite confrontar las diferentes construcciones y reconstrucciones teóricas para decidir cuál de ellas derrota a las demás al ofrecer una mejor descripción del fenómeno.⁵²

⁵¹ Véase Flores, Imer B., “Derecho, comunicación e información. Derecho informático e informática jurídica”, en varios autores, *Memoria del Tercer Foro Internacional El derecho informático en el umbral del próximo milenio*, Guatemala, Coladac Guatemala y Universidad “Francisco Marroquín”, 1997, pp. 1-13; *id.*, “Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985). Estampas del derecho en broma y en serio”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2003, pp. 1-32; *id.*, “Derecho y literatura. Finas estampas procesales en la obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, en Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. I: *Obtención de información y de asunción probatoria, procesos sumarios y familiares*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 3-23; *id.*, “Derecho y salud. Algunas consideraciones sobre el proyecto del genoma humano”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 229-245 (hay una versión anterior: Flores, Imer B., “Derecho y genética: Algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre el proyecto del genoma humano”, en varios autores, *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética-Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998, pp. 278-290).

⁵² Véase Flores, Imer B., “¿Ensueño, pesadilla o realidad?...”, *cit.*, nota 49, pp. 173-194. Véase también *id.*, “Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar Morineau. A propósito de la disputa Savigny-Jhering acerca de la posesión”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios en homenaje a Marta Morineau*, t. I: *Derecho romano. Histo-*

Al respecto debemos formular algunos comentarios. La necesidad y conveniencia de una deliberación o discusión intrateórica son más que evidentes al interior del propio positivismo jurídico, donde es posible hablar de diferentes versiones del mismo y de distintas polémicas, tales como entre positivistas duros y suaves, excluyentes e incluyentes, negativos y positivos, etcétera.⁵³ Lo anterior, de pasada, ofrece algunas ventajas adicionales; de un lado, es imposible reducir el iuspositivismo a una sola versión, y, del otro, es posible identificar las diversas construcciones teóricas alternativas que se presentan y pueden llegar a presentarse al interior de una misma concepción del derecho, al confrontar las aportaciones y contribuciones de diferentes autores.

Así, por ejemplo, a la pregunta de dónde deriva la validez del derecho, Kelsen responde que de la *grund norm* o ‘norma fundante’, la cual aparece como el cimiento o punto de partida de toda su teoría, en tanto que para Hart sería de la *rule of recognition* o ‘regla de reconocimiento’, misma que ofrece como el remate o punto de llegada para la suya. Aunque Austin no formula expresamente una ‘norma fundante’ o ‘regla de reconocimiento’, ello no impide que sea posible encontrar —o reconstruir— al interior de su teoría alguna noción equivalente, como lo sería el *command of the sovereign* o ‘mandato del soberano’. De tal suerte, los tres presentan diferentes soluciones al mismo problema, pero todas parten —o al menos pretenden que lo hacen— de la misma tesis positivista de los hechos sociales para explicar de dónde deriva la validez del derecho.

Si bien el diálogo intrateórico puede ser fructífero, consideramos que el diálogo interteórico puede ser todavía más productivo, y para ello baste pensar en la polémica entre Dworkin-Hart, misma que podemos replantear ya no como un binomio o dicotomía sino como un

ria del derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 197-218.

⁵³ Véase Waluchow, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994 (versión en castellano: *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007). Véase también a Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; y Vega Gómez, Juan M., “En torno al debate Raz-Coleman. ¿Excluyente o incluyente?”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, pp. 893-915.

trinomio o tricotomía al incorporar a algún autor representativo de los movimientos antiformalistas, críticos o realistas como Kennedy, pero al integrar a los tres no en un *continuum* —Dworkin-Hart-Kennedy— sino en un triángulo.⁵⁴

En este orden de ideas, una vez esbozada la conveniencia, posibilidad y hasta necesidad de una jurisprudencia integrada, *i. e.* una teoría integral del derecho, pero antes de continuar, es imperativo considerar la coexistencia y convivencia de al menos dos paradigmas: uno dominante y otro crítico. Para tal efecto, en los párrafos siguientes analizaremos la dicotomía formalismo-positivismo y antiformalismo-antipositivismo, a partir de la polémica entre Christopher Columbus Langdell y Oliver Wendell Holmes Jr. De igual forma, estudiaremos la construcción teórica de Hart, quien al pretender seguir a Holmes se posiciona entre el formalismo de Langdell y la jurisprudencia analítica de Austin, de un lado, y la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound y el movimiento del realismo estadounidense de Jerome Frank y Kart N. Llewellyn, del otro; y después examinaremos cómo esta —la construcción teórica de Hart— en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum* —el ensueño o noble sueño de Pound-Dworkin y la pesadilla de Frank-Llewellyn-Kennedy— es uno de los tres vértices de la teoría contemporánea del derecho y de lo que sería una teoría integrada o integral.

De vez en cuando el formalismo-positivismo, el cual abarca desde las escuelas exegética e histórica hasta las jurisprudencias analítica y conceptual, es atacado por una especie de antiformalismo-antipositivismo, el que abraza desde las jurisprudencias finalista, de intereses y sociológica hasta los movimientos de la libre investigación científica en Francia, del derecho libre en Alemania y del realismo en los Estados Unidos de América.

La objeción se centra en la excesiva confianza depositada en el pensamiento deductivo, formal y abstracto, así como en el silogismo, *i. e.* premisa mayor, premisa menor y conclusión, o lo que es lo mismo en la mecánica subsunción de normas en hechos a partir de los cuales derivan necesariamente ciertas consecuencias jurídicas. De esta

⁵⁴ Véase Flores, Imer B., “¿Ensueño, pesadilla o realidad?...”, *cit.*, nota 49, p. 184.

forma, denuncian la reducción del papel de los jueces a la de aplicar de manera pasiva un derecho preexistente para todo caso por igual y en cambio sugieren que el rol es el de crear —descubrir e inventar— de modo activo el derecho aplicable a cada caso concreto.

En los Estados Unidos de América, John Dewey y Thorsten Veblen encabezaron en la filosofía y en la economía, respectivamente, la ‘rebelión contra el formalismo’, en tanto que en el derecho sería Oliver Wendell Holmes Jr. el primero en abrir fuego y su principal objetivo el creador del método de casos Christopher Columbus Langdell, quien había introducido este modelo en la enseñanza del derecho porque estaba convencido de que se debía acudir a las fuentes originales. En un país perteneciente al *common law*, éstas son las decisiones o resoluciones judiciales, pero con este mismo razonamiento, si Langdell hubiera sido natural de un país perteneciente al sistema romano-canónico-germánico, sus fuentes originales habrían sido el código o la ley. De tal suerte que el método de enseñanza por casos es independiente del sistema o tradición jurídica y de la concepción del derecho que le dé cabida.

Antes de proseguir es imperativo recordar un par de referencias que hace el mismísimo H. L. A. Hart acerca del pensamiento de Holmes y de la relación de éste con la ‘pesadilla’ (*nightmare*):⁵⁵

Holmes ciertamente nunca cayó en estos extremos —representados por Llewellyn y Frank—. A pesar de que proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del derecho legislado y muchas de las doctrinas del *common law* firmemente establecidas... estaban suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así para Holmes, la función creadora de derecho de los jueces era “intersticial”. La teoría de Holmes no era una filosofía de “a toda máquina y olvidemos los silogismos”.

⁵⁵ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Jose Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 332 (versión en inglés: *id.*, “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977; y reproducido posteriormente en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144).

Y un poco más adelante:⁵⁶

Tal vez la cita más erróneamente utilizada por cualquier jurista norteamericano sea la observación de Holmes de 1884 (*sic*) de que “La historia del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Esto, en su contexto, era una protesta contra la superstición racionalista (como Holmes la concebía) de que el desarrollo histórico del derecho por los tribunales podía ser explicado como la extracción de las consecuencias lógicamente contenidas en el derecho en sus fases primarias.

Si bien Hart trata de minimizar el ataque frontal en contra de la ‘lógica’, o al menos del ‘uso excesivo de la lógica’, lo cierto es que todo el mundo conoce que el antiformalismo-antipositivismo y el movimiento del realismo estadounidense tienen como antecedente esta celeberrima frase: “La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia”.⁵⁷ Sin embargo, no todos saben que el origen de la misma es anterior a la publicación de *The Common Law* en 1881, ya que aparece por vez primera publicada en enero de 1880, en una reseña bibliográfica a la segunda edición de *A Selection of Cases of the Law of Contracts with a Summary of the Topics covered by the Cases* de C. C. Langdell.⁵⁸

⁵⁶ *Ibidem*, p. 333.

⁵⁷ Holmes, Oliver Wendell, Jr., *The Common Law*, Nueva York, Dover, 1991, p. 1. “The life of the law has not been logic: it has been experience” (publicado originalmente en 1881. La traducción es mía).

⁵⁸ Holmes, Oliver Wendell, Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 14, enero de 1880, p. 234. “Mr. Langdell’s ideal in the law, the end of all his striving, is the *elegantia juris*, or *logical* integrity of the system as a system. He is perhaps the greatest living theologian. But as a theologian he is less concerned with his postulates than to show that the conclusions from them hang together... so entirely is he interested in the formal connection of things, or logic, as distinguished from the feelings which make the content of logic, and which actually shaped the substance of the law. The life of the law has not been logic: it has been experience... The form of continuity has been kept up by reasonings purporting to reduce every thing to a logical sequence; but that form is nothing but the evening dress which the new-comer puts on to make itself presentable according to conventional requirements. The important phenomenon is the man underneath it, not the coat; the justice and reasonableness of a decision, not is consistency with previously held views” (el énfasis es original y la traducción es nuestra).

El ideal de Langdell en el derecho, el objetivo de toda su determinación, es la *elegantia juris*, o la integridad *lógica* del sistema como un sistema. Él es posiblemente el más grande teólogo viviente. Pero como un teólogo, él está menos preocupado por sus postulados que por demostrar que las conclusiones se siguen necesariamente... tan enteramente está interesado en las conexiones formales de las cosas, o lógica, como algo diferente de los sentimientos que dan contenido a la lógica, los cuales en realidad dan forma a la sustancia del derecho. La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia... La forma de continuidad ha sido mantenida por razonamientos que pretenden reducir cada cosa a una secuencia lógica; pero esta forma no es nada excepto el traje de noche el cual el nuevo rico se pone para hacerse presentable de acuerdo con los requisitos convencionales. El fenómeno importante es el ser humano debajo, no el abrigo; la justicia y lo razonable de la decisión, no su consistencia con medidas tomadas previamente.

Ciertamente la crítica de Holmes se enfoca en el excesivo logicismo de Langdell pero abarca también al método de casos. De hecho, unos cuantos años antes, en la segunda parte de la reseña bibliográfica a la primera edición, aunque confirmaba los elogios al libro como texto de clase, el cual había recomendado en la primera parte “A todas luces aconsejamos a todo estudiante de derecho comprar y estudiar el libro”,⁵⁹ no dejaba de manifestar: “Sin embargo, no estamos de acuerdo con él, en su creencia aparentemente exclusiva en el estudio de casos”.⁶⁰

Es conveniente matizar los alcances de la multicitada frase, la cual si bien constituye un ataque frontal a la lógica, de ninguna manera pretende abolir su uso. Baste recordar que, por un lado, en las líneas que la preceden Holmes explica: “El objetivo de este libro es el presentar una visión general del *common law*. Para alcanzar este propósito, otras herramientas son necesarias además de la lógica. Una cosa

⁵⁹ Holmes, Oliver Wendell, Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 5, abril de 1871, p. 540. “At all events we advise every student of the law to buy and study the book” (la traducción es mía).

⁶⁰ Holmes, Oliver Wendell, Jr., “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 6, enero de 1872, p. 354. “We do not agree with him, however, in his seemingly exclusive belief in the study of cases” (la traducción es mía).

es demostrar que la consistencia del sistema requiere de un resultado particular, pero eso no es todo”.⁶¹ Así mismo, en las que le siguen:⁶²

Las necesidades de una época, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de política pública, declaradas no inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compatriotas tienen mucho más que ver que el silogismo a la hora de determinar las reglas bajo las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho personifica la historia del desarrollo de una nación a través de varios siglos, y no puede ser vista como si tuviera solamente los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas. Para saber que es, debemos saber que ha sido y a que tiende a convertirse.

Aunado a lo anterior, en su también clásico artículo “The Path of Law” de 1897, Holmes denuncia “La falacia... de que la única fuerza que trabaja en el desarrollo del derecho es la lógica”.⁶³ Así, aun cuando reconoce que la lógica tiene un papel central, cínicamente nos dice que no lo es todo:⁶⁴

⁶¹ Holmes, Oliver Wendell, Jr., *The Common...*, *cit.*, nota 57, p. 3. “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all” (la traducción es mía).

⁶² *Idem.* “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become” (la traducción es mía).

⁶³ Holmes, Oliver Wendell, Jr., “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 5, 1897, p. 997. “The fallacy... that the only force at work in the development of the law is logic” (la traducción es mía. Publicado originalmente en 1897. Versión en español: *id.*, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 998. “This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the

Esta forma de pensar es natural enteramente. La formación de los abogados es una formación en lógica. Los procesos de analogía, discriminación y deducción son aquellos con los que se siente como en su casa. El lenguaje de la decisión judicial es principalmente el lenguaje de la lógica. Y el método y la forma lógica aumentan el deseo de certeza y reposo que está en toda mente humana. Sin embargo, la certeza es generalmente una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica descansa un juicio acerca de la relativa valía e importancia de diferentes fundamentos legislativos, con frecuencia un juicio inarticulado e inconsciente es en verdad, y así la mera raíz y espíritu de todo el procedimiento. Uno puede dar a cualquier conclusión una forma lógica.

En este sentido, podemos caracterizar *prima facie* al formalismo-positivismo con una fe ciega en la lógica y al antiformalismo-antipositivismo con la duda o escepticismo ante ella. Así, el primero está caracterizado por una confianza excesiva en la lógica y en las reglas, en tanto que el segundo por la desconfianza extrema. Al grado tal que ambos extremos pueden ser caricaturizados como la ‘jurisprudencia mecánica’ que contiene una respuesta predeterminada para cada caso y la ‘jurisprudencia no-mecánica’ —o ‘gastronómica’— donde no hay una respuesta para cada caso ni mucho menos esta está predeterminada, sino donde hay una infinidad de posibles respuestas: tantas como jueces o estados de ánimo hay.

Antes de proceder a recharacterizar el *spectrum* que según Hart lo tiene a él en el centro y que va de un extremo vicioso a uno demasiado virtuoso para ser realidad, *i. e.* de la ‘pesadilla’ —personificada por Frank-Llewellyn, en la década de los treinta, y por Kennedy, en la de los ochenta— al ‘noble sueño’ —protagonizado por Pound, primero, y Dworkin, después—, cabría recordar algunas generalidades y genialidades de la postura del propio Hart, así como de las de Dworkin y Kennedy.

Aun cuando Hart pertenece a la jurisprudencia analítica comienza por criticar el modelo de los mandatos de Austin, y ante los embates tanto de la jurisprudencia sociológica como del movimiento del rea-

whole proceeding. You can give any conclusion a logical form” (la traducción es mía).

lismo estadounidense, se posiciona con gran habilidad del centro. De hecho, su estrategia es auto evidente como se desprende del título que lleva el capítulo VII. “Formalismo y escepticismo ante las reglas” de su libro *El concepto del derecho*.⁶⁵

Así, a partir de la introducción de la noción de la ‘textura abierta del derecho’ (*open texture of law*), así como de la distinción entre el centro, corazón o núcleo de significado (*core*) y la zona de duda o penumbra (*penumbra*), podemos afirmar que para Hart aquellos casos que caen dentro del centro, corazón o núcleo de significado, la respuesta es determinada para cada uno; en tanto que cuando entran en la zona de duda o penumbra, la respuesta será indeterminada, y por ello el juez deberá ejercer su discreción para optar de entre las posibles respuestas por una, pero de ninguna manera es posible que haya tantas respuestas como jueces ni tampoco que la indeterminación alcance a todos los casos.

Dworkin en “¿Es el derecho un sistema de reglas?” cuestiona ‘el modelo de las reglas’ de Hart y propone uno alternativo, a la sazón ‘el modelo de los principios’.⁶⁶ Al insistir que el derecho no se reduce a las reglas sino que abarca además a los derechos-principios, en su “Casos difíciles” critica las tesis tanto de la indeterminación como de la discrecionalidad judicial, al grado tal que para él es posible encontrar respuestas correctas e inclusive una respuesta correcta aún para los casos más difíciles.⁶⁷

Por su parte, para Kennedy la indeterminación no es solamente para unos cuantos casos difíciles sino que en cualquier caso, sea fácil o difícil, está esta o puede estar presente. Este tipo de indeterminación es descrita como ‘radical’ en contraposición a la de tipo hartiano —o kelseniano— que es detallada como ‘moderada’. Ahora bien, ha aclarado que la indeterminación que él tiene en mente no es ni puede ser tan radical: si bien es cierto que el juez tiene libertad para escoger entre una infinidad de posibilidades, la sentencia a la que él quiere llegar, al punto de “dar —como dice Holmes— a cualquier conclusión una forma lógica”, también está claro que ante la existencia de toda una gama de restricciones no es absolutamente libre. De

⁶⁵ Véase Hart, H. L. A., *The Concept...*, *cit.*, nota 25.

⁶⁶ Véase Dworkin, Ronald, “The Model of Rules I”, *op. cit.*, nota 19.

⁶⁷ Véase Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, *op. cit.*, nota 19.

hecho, en la medida en que se limita la libertad del juez es más o menos posible hablar de cierta determinación e incluso de respuestas correctas únicas para ciertos casos donde no hay margen de manobra para desestabilizar la interpretación dominante.⁶⁸

En resumidas cuentas, el espectro tiene en un extremo a Dworkin con la tesis de la determinación y en el otro a Kennedy con la tesis de la indeterminación, entre tanto Hart ocupa el centro con la tesis mixta: determinación en unos casos e indeterminación en otros (véase esquema 1 en la siguiente página).

Cabe señalar que a cada una de estas posturas le corresponde un tipo de juez:

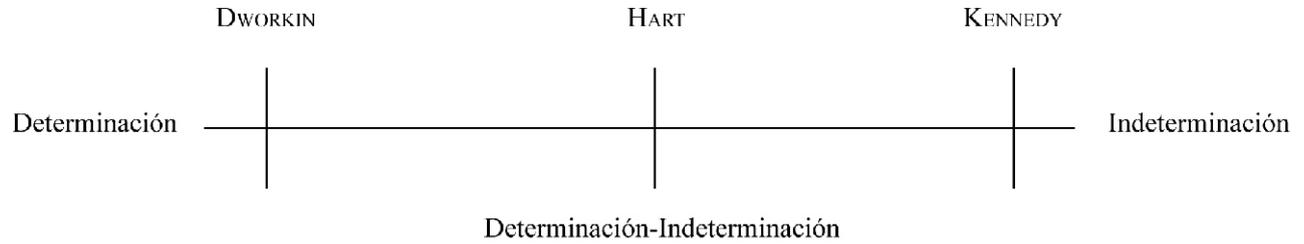
A) El de Hart se denomina —como él— ‘Herbert’, cuyo significado es ‘brillante, excelente guerrero o gobernante’ (*ruler*), *i. e.* gobierna conforme a las reglas, e implica que el juez de forma no-arbitraria u objetiva aplica la regla a los casos fáciles y es capaz de ejercer su discreción para elegir una de las posibles respuestas para los casos difíciles sin dejarse llevar necesariamente por sus propios prejuicios.

B) El de Dworkin se llama ‘Hércules’, en alusión al ‘semidiós romano, hombre fuerte y robusto que tuvo que completar doce tareas para convertirse en un Dios’ e indica que el juez tiene capacidades sobrehumanas que le permiten encontrar de manera no-arbitraria u objetiva, a partir de la correlación entre derecho y moral, una respuesta correcta en casos fáciles y difíciles por igual.

C) El de Kennedy, se podría llamar ‘Heráclito’, como el filósofo presocrático antidogmático y materialista que aboga por la doctrina del cambio y la unidad de los opuestos, pero que en todo caso, involucra la noción de un juez que de modo arbitrario o subjetivo puede

⁶⁸ Kennedy, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication. A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, núm. 36, 1986, pp. 518-562 (versión en español: *id.*, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogota, Siglo del Hombre Editores *et al.*, 1999); *id.*, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997; e *id.*, “A Left Phenomenological Critique of the Hart-Kelsen Theory of Legal Interpretation”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, pp. 371-383.

Esquema 1



escoger entre una infinidad de posibles respuestas la que a él más le gusta incluso en los casos más fáciles (véase esquema 2 en la siguiente página).⁶⁹

Como ya lo hemos adelantado, la construcción teórica de Hart en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum*, a saber el ensueño o noble sueño de Dworkin y la pesadilla de Kennedy, es uno de los tres vértices de un triángulo equilátero. Una vez que el espectro se convierte en un triángulo, es posible identificar tres controversias en lugar de nada más una:

A) El debate Dworkin *versus* Hart-Kennedy acerca de la determinación o indeterminación del derecho: es factible o no encontrar una respuesta correcta para todo caso, inclusive en los más difíciles.

B) La discusión Hart *versus* Dworkin-Kennedy relativa a la separación o conexión entre derecho y moralidad política: es posible establecer que hay o no una relación necesaria entre ambos.

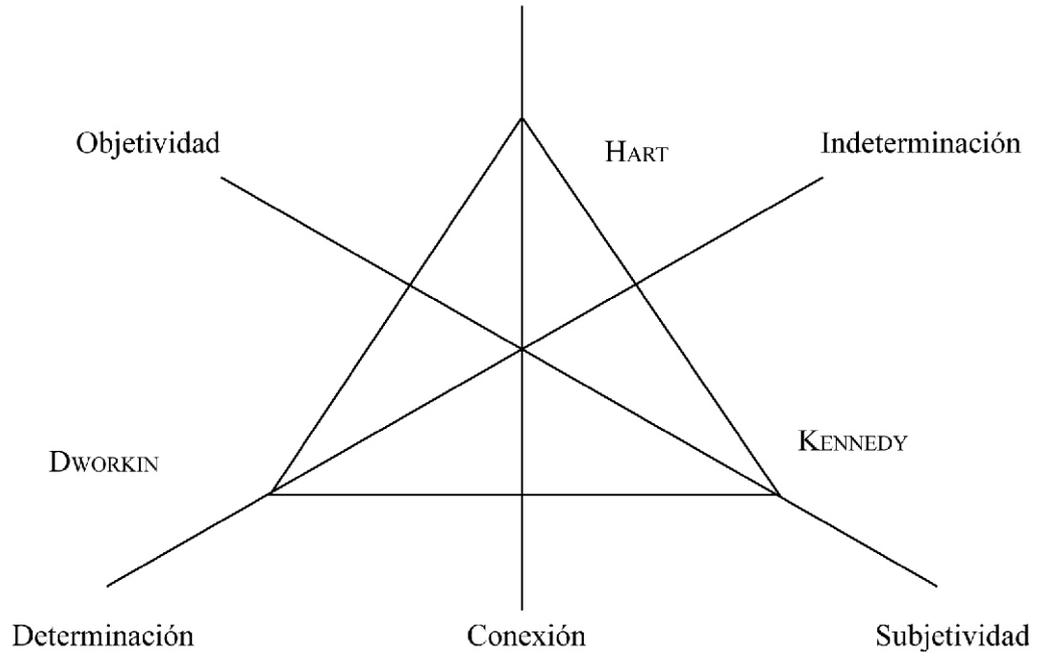
C) La disputa Kennedy *versus* Hart-Dworkin sobre la subjetividad u objetividad en el derecho: es viable o no erradicar los elementos arbitrarios en el derecho, en general, o en cualquier decisión judicial, en particular.

En este orden de ideas, claro está que para Hart no hay una relación necesaria entre derecho y moral, mientras que tanto para Dworkin como para Kennedy sí la hay. Sin embargo, la diferencia entre ambos es que para el primero a partir de la conexión con la morali-

⁶⁹ Como Kennedy ha sido renuente a ponerle un nombre a su juez, Diego E. López Medina ha sugerido que éste bien podría llamarse simplemente ‘Duncan’. Nosotros, en cambio, preferimos alguno que comience con el prefijo ‘Her’ para mantener cierto paralelismo con ‘Herbert’ y ‘Hércules’. Toda vez que Kennedy pertenece al movimiento de *Critical Legal Studies* cuyo eslogan es ‘todo es política’ (*it’s all politics*), así como a una tradición filosófica materialista que enfatiza el discurso y el arte de la persuasión, consideramos que ‘Heráclito’ es una excelente alternativa, y que tanto ‘Hermes’ como ‘Hermokrates’ son muy buenas opciones. Ahora bien, aunque en principio ‘Herder’ era una buena idea, tiene el problema de que su significado literal en inglés es el de ‘pastor’, *i. e.* la persona que cuida o guía a un rebaño, y por ello podría dar lugar al sentido negativo de que las ovejas lo siguen meramente por ser borregos; y, finalmente, ‘Heracles’ tendría la ventaja de evidenciar que se necesita de otro Hércules para poder hacerle frente, pero tiene la desventaja de que no sería posible diferenciar uno del otro, más allá de que uno sea griego y el otro romano. En conclusión, optamos por ‘Heráclito’, toda vez que representa mejor las tres tesis que caracterizan a Kennedy: indeterminación, conexión derecho y moralidad política, y subjetividad.

Esquema 2

Separación



dad política el derecho es determinado y objetivo, en tanto que para el segundo por esa misma vinculación el derecho resulta ser indeterminado y subjetivo.

El análisis de este nuevo dilema —determinación-objetividad e indeterminación-subjetividad— será objeto del próximo apartado. Cabe adelantar que es posible hablar de objetividad en el derecho y en su interpretación, porque independientemente de cierta indeterminación —en el mundo de lo posible puede haber una infinidad de respuestas— el derecho requiere de determinación —en el mundo de lo necesario debe haber solamente una respuesta correcta— para poder funcionar como tal. Así, aunque el derecho es en principio indeterminado, también es determinado —o mejor dicho determinable— dadas todas las limitaciones y restricciones a la libertad tanto del juzgador como del legislador.

Es más, para cerrar este apartado, solamente nos resta ofrecer otro ejemplo de lo ventajosa que es una jurisprudencia integrada o integral, contrastada con las tres jurisprudencias particularistas por excelencia y sus respectivas concepciones filosófico-jurídicas y/o construcciones teórico-jurídicas. Al referirnos a la racionalidad jurídica hemos identificado cinco modelos de racionalidad que son aplicables a la argumentación jurídica tanto en la adjudicación como en la legislación: *lingüística* (R1), *jurídico-formal* (R2), *teleológica* (R3), *pragmática (económica y sociológica)* (R4) y *ética (deontológica)* (R5). Como ninguno de estos modelos se excluye ni implica pueden ser integrados en lo que sería una *racionalidad integral*: donde R1 —como claridad y precisión lingüística— y R2 —como coherencia lógica-formal— son características del iusformalismo —o positivismo jurídico—; donde R3 —como eficacia fáctica o práctica— y R4 —como efectividad sociológica y eficiencia económica— son específicas del iusrealismo —o antiformalismo-antipositivismo jurídico—; y donde R5 —como justificación ética o moral— es típica del iusnaturalismo —o idealismo jurídico—. ⁷⁰

⁷⁰ Véase Flores, Imer B., “The Quest for Legisprudence...”, *cit.*, nota 2, p. 37.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir debemos no sólo explicitar que en estos sesenta años de vida del *Boletín* hemos elaborado una jurisprudencia general, en gran medida a partir de nuestra jurisprudencia particular, *i. e.* latinoamericana, sino también exhortar a mantener el rumbo para consolidar dicha jurisprudencia general, a partir de una jurisprudencia comparada e integrada.