

LÍMITES DEL MODELO DE CIENCIA JURÍDICA ACTUAL

EXPLORACIONES SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO

*Luis Manuel Sánchez**

1. La norma en el modelo epistemológico positivista jurídico

Para efectos del análisis ensayado en el presente escrito denominaremos *modelo epistemológico positivista jurídico* al conjunto de proposiciones básicas, dominantes en el discurso jurídico contemporáneo y subyacentes al modelo de “*ciencia jurídica*” más difundido, las cuales definen el objeto de estudio del derecho, la metodología de su estudio, y la estrategia de su función dentro de la sociedad, condicionando en consecuencia, la actitud tecno-ideológica de los operadores encargados de suministrar y administrar el orden jurídico. Esta perspectiva puede denominarse genéricamente como *positivista jurídica*, o *normativista*, en razón al hecho decisivo de que se concentra en la explicación de la norma, o del sistema de normas, considerados positivamente dentro de un orden jurídico dado.

Por cierto, se pueden encontrar diferencias significativas entre autores positivistas tan importantes como Austin, Kelsen, Ross o Hart. Sin embargo, el interés de este ensayo es referirse a esas posiciones en cuanto ellas tienen de fondo epistemológico común. Más exactamente, intentamos referirnos al discurso jurídico institucionalizado en la sociedad contemporánea, tal cual es asumido y se practica por la mayoría de académicos y operadores del derecho ubicados preferentemente en la tradición europea continental. Esta tradición parece haberse construido circunstancialmente sobre la base de dos corrientes decisivas de pensamiento iusfilosófico: los desarrollos del empirismo inglés en particular a través de Austin, y la influencia del pensamiento neokantiano especialmente de Kelsen. Adicionalmente, se puede decir que la jurisprudencia analítica desplegada desde mediados de siglo no ha escapado esencialmente a esa tradición y por el contrario ha obtenido sus mayores logros trabajando en su interior.

* Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, Perú.

El conjunto de proposiciones que a nuestro juicio caracterizan al modelo epistemológico positivista jurídico pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) El derecho se describe por la norma positiva, es decir, la norma que proviene de la voluntad humana, formalizada en el sistema normativo vigente, respaldada en el poder coactivo del Estado, y contenida principalmente en el derecho escrito. Las otras “fuentes del derecho” sólo son aceptadas subsidiariamente y en tanto la propia norma escrita lo determine;
- b) La norma existe desvinculada del entorno no jurídico, en consecuencia se expulsan de la teoría jurídica los problemas del origen de la norma y de los posibles efectos de su acción sobre el entorno, es decir, como diría Robles, se separan el ser del deber ser¹,
- c) La norma, aunque surge de una voluntad, existe con objetividad, independientemente de la voluntad que le dio origen, y de la voluntad de quién opera con ella. Esto hace posible que pueda abordarse de un modo puramente cognoscitivo o descriptivo, e incluso neutralmente valorativo²;
- d) En razón a todo lo anterior los conceptos y métodos de la “*ciencia del derecho*” han de servir primariamente para desentrañar los contenidos del lenguaje de la norma positiva. La “*ciencia jurídica*” aparece por ello corrientemente identificada con la dogmática³, y definida, en lo esencial, como una disciplina hermenéutica o de interpretación del “deber ser”⁴. Este parece ser el sentido desarrollado preferentemente por la jurisprudencia práctica, coincidente con el ideal de ciencia jurídica

¹ Cfr. Gregorio Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 90.

² Cfr. Manuel Atienza, quien describe la “*ciencia jurídica propugnada kelseniana*” por tres rasgos: ser normativa, objetiva o axiológicamente neutral, y autónoma en tanto separada de las ciencias naturales y de las ciencias causal-sociales. *Introducción al derecho*, editorial Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 237-238. Santiago Nino afirma igualmente que la “*tesis central del positivismo*” es que “*el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo*”, C.S. Nino, *La validez del derecho*, Editorial Astrea, Bs.As., 1985, p. 148.

³ Cfr. Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, edición citada, p. 196. También, Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 320.

⁴ El positivismo jurídico encontró un sólido respaldo en el neokantismo alemán con su distinción esencial entre ciencias del “ser” y ciencias del “deber ser”, esquema que le sirvió de partida al propio Kelsen. Las primeras serían disciplinas causalistas, en tanto que las segundas serían descriptivas. El derecho estaría incluida en este segundo grupo como ciencia “*normativa*” o “*ciencia de fines*”. Cfr. Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 106-107. También Atienza, *op. cit.*, p. 232.

kelseniano, una ciencia normativa “*en el doble sentido de que 1) describe normas y 2) lo hace normativamente, mediante juicios imputativos de ‘deber ser’*”⁵.

El sistema de conceptos que se derivan de estos supuestos pretende servir para describir el derecho dentro de un visión formal (es decir, el derecho considerado como forma, sin importar los contenidos que incorpora⁶), atemporal, e intrasistemática. Estrictamente no están pensados para entender la dinámica intersistémica o extrasistemática de la norma. No existe en el saber jurídico positivista acumulado ningún concepto apropiado que permita dar cuenta de la conexión de la norma con el entorno social, no formal jurídico. Corrientemente la norma es estudiada en su estructura lógico-normativa (supuesto, nexo y consecuencia), y en su validez, vigencia o eficacia, aunque la diferenciación de estos conceptos no sea siempre coincidente entre los diversos autores. Más allá de eso, ninguno de tales conceptos permite llevar la teoría jurídica por encima de los límites formales del sistema positivo.

El dinamismo de la norma expresado en la noción de validez es admitido sólo al interior del sistema; y el contacto con la realidad expresado en la noción de eficacia es únicamente formal en tanto lo que importa es si la norma se cumple o no, es decir si la gente la acata o no, al margen del efecto que ello pueda producir sobre el entorno. Esto puede explicar la inacabable inconformidad de las posiciones jusnaturalistas y sociológicas por cuanto los conceptos positivistas no brindan un espacio adecuado para tratar los problemas de “legitimidad” o “moralidad” de la norma, o los de sus relaciones con el medio social. Puede explicar también los esfuerzos de algunos autores por “estirar” el concepto de validez para poder dar cabida en él a los problemas de “justificabilidad” de la norma, en la medida que las explicaciones tradicionales del positivismo no sirven para dar un tratamiento apropiado al problema⁷.

Lo que acabamos de sostener se obtiene en particular, e inevitablemente, de la exposición positivista más difundida y más caracterizada, a saber, la de Kelsen, propugnador de su *Teoría pura del derecho* en la que están contenidos los conceptos fundamentales con los que trabaja la denominada “ciencia jurídica” actual⁸, conforme a lo que argumentamos a continuación.

⁵ Atienza M., *op. cit.*, p. 237

⁶ Cfr. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara S.A. México D.F., 1995, p. 23

⁷ Cfr. C. S. Nino, *La validez del derecho*, edición citada, p. 109, quién postula que los juicios de validez “*constituyen... una subclase de juicios morales...*”

⁸ Como diría Santiago Nino, Kelsen resulta el *racionalizador* de la dogmática jurídica moderna,

2. La validez de la norma

Kelsen afirma que la validez es la *existencia* de la norma positiva independiente del acto de voluntad que la constituye⁹. La norma vale por sí misma; en esto consiste su existencia objetiva. Esta validez no puede deducirse del *ser* puesto que de que algo sea no puede deducirse que algo *deba ser*¹⁰. En consecuencia, sostiene el profesor de Viena, la validez de una norma sólo puede deducirse de otro *deber ser*, esto es, de una norma superior¹¹.

Kelsen distingue sin embargo el fundamento de validez estático y el dinámico. El fundamento estático valida a la norma inferior porque el contenido de ésta se halla íntegra e inmediatamente evidente en la norma superior¹², aunque duda de que este tipo de normas—inmediatamente evidentes— existan en el orden jurídico.

El fundamento dinámico proviene del hecho de que la norma superior sólo “determina como deben producirse las normas generales e individuales” de nivel inferior, pero no determina su contenido¹³. Esto quiere decir que la validez dinámica reside en que la norma es producida “a la manera determinada por la norma fundante”, y no en que tenga uno u otro contenido sustantivo. Kelsen añade luego que un orden jurídico tiene esencialmente un carácter *dinámico*.

El concepto de validez dinámica pareciera constituir una puerta de salida del sistema formal kelseniano pero esto no surge consecuentemente. Al final, cuando menos en términos del modelo teórico, tanto la validez estática como la dinámica encuentran su “techo” epistemológico en la *norma fundante*. La validez permite evaluar la norma en su correspondiente ubicación jerárquica, ascendiendo de la norma inferior a la superior hasta llegar a la *norma fundante*, punto definitivo en donde tal concepto ya no presta ninguna utilidad pues la validez de la *norma fundante* es indemostrable. En su *Teoría pura*, Kelsen no plantea el problema de la validez de la *norma fundante* y postula a ésta como presupuesto lógico trascendental para la interpretación jurídica realiza-

o el gran teórico de la ciencia del derecho al decir de Carrió. Cfr. C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1989, p. 34. Por esa razón los conceptos kelsenianos sirven de referencia central para los análisis realizados en este trabajo. Véase también Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, edición citada, p. 232.

⁹ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México D.F., 1983, p. 24.

¹⁰ *Op.cit.* p., 201

¹¹ *Ibid*

¹² *Op.cit.* p., 203

¹³ *Op.cit.* p., 204

da por los juristas¹⁴. El concepto de validez sirve por tanto para explicar la validez de un norma en relación a otra, pero no sirve propiamente para explicar la “validez” de la norma básica, ni la “validez” del sistema de normas en referencia a la voluntad de la comunidad normante-normada. Los conceptos kelsenianos se muestran útiles para describir el funcionamiento interno del sistema formal, pero nada dicen respecto al modo en que la norma se engarza con la realidad no jurídica, trátase de las relaciones sociales o de los sistemas de valores.

Se debería tener en cuenta, sin embargo, que la pretensión positivista por ofrecer conceptos que den cuenta exclusivamente del aspecto formal universal de la norma puede parecer como un intento fallido. El concepto de validez, estrictamente hablando, no proporciona una criterio de valuación del orden jurídico menos difuso que el que se reprocha al concepto de justicia empleado por los jusnaturalistas. Parafraseando a Bobbio, si preguntamos “¿qué se entiende por validez?; ¿existe un criterio seguro para distinguir lo válido de lo no válido?”¹⁵, la única respuesta evidente será el criterio de la norma escrita. Si no fuese así habría que interrogarse sobre cuál validez, ¿la del mandato del gobernante?, ¿de la decisión jurisprudencial?, ¿la de la costumbre?, ¿la de cuál mandato, de hoy, de ayer, de mañana?, ¿cuál costumbre?, etc.

El problema se explicita aún más cuando se define la validez normativamente y se comprometen en ella los problemas de justificación de las normas. Con ello, según creemos, se lleva el debate al punto de partida jusnaturalista y tendríamos que preguntarnos cuál de las diversas justificaciones –políticas, morales, prácticas– deben ser tenidas en cuenta para la validez de la norma. Lo único que habría logrado el concepto de validez, en este caso, es trasladar las discusiones generales sobre la justicia al terreno de las posibles opciones de justicia contenidas en un derecho positivo específico. Por eso puede decirse que el positivismo jurídico consecuentemente desarrollado equivale a derecho escrito, es decir, en último término, a ley escrita.

Esto permite sostener que la validez de la norma, para que tenga éxito sobre la noción de justicia, podría entenderse también como su legalidad, su calidad de eslabonarse legalmente, lo que en referencia al sistema normativo

¹⁴ Santiago Nino encuentra que la validez kelseniana es de carácter normativo, y no reside en la pertenencia al sistema. Por ello se trataría de una justificación moral de la norma. *Cfr.* C.S. Nino, *op.cit.* p. 24. Aunque esta interpretación sea correcta, éste no parece ser el sentido usualmente admitido en la práctica institucional del derecho. Por esa razón no nos detendremos en esa disquisición por ahora.

¹⁵ *Cfr.* Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990, p. 121.

en su conjunto equivaldría finalmente a la *constitucionalidad* escrita de la norma. El método positivista permite indagar esta característica de *constitucionalidad* formalizada de la norma pero sus criterios se muestran insuficientes para completar el estudio fenomenológico de la génesis y destino integral de la norma.

3. La eficacia

Kelsen habla indistintamente de “eficacia” como de “efectividad”. El sentido en que usa ambas expresiones—siguiendo la traducción realizada por Vernengo—es básicamente el mismo. Se refiere con ellas al “hecho real que la norma sea aplicada”¹⁶; a la relación entre el *deber ser* de la norma y el *ser* de la realidad material¹⁷. Que una norma sea eficaz o efectiva quiere decir “que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, que se produzca fácticamente una conducta que corresponda a la norma”¹⁸.

Tenemos, entonces, que la eficacia de la norma sería la situación por la cual se verifican en la realidad, a través del comportamiento o la aceptación psicológica de las personas, los supuestos y las consecuencias que la norma contiene. No quiere decir, ciertamente, que la eficacia exista sólo en el momento de aplicar la sanción, sino, antes bien, se verifica de manera constante en la conducta cotidiana de voluntario cumplimiento de la normas.

Kelsen niega, por otro lado, que no haya conexión entre validez y eficacia tal como sostiene el idealismo, así como que ambos conceptos se refieran a lo mismo o sean idénticos, como afirma el realismo¹⁹. Sostiene que la eficacia es una condición si bien no una causa de la validez de la norma²⁰, así como “*el alimento es condición para que el recién nacido viva*”. Por ello, cuando la norma cae en desuso por la costumbre, pierde su validez.

La afirmación kelseniana se muestra, en principio, paradójica en cuanto admite, contrariamente a los supuestos metodológicos de los que parte, la posibilidad de que en el punto de llegada de la norma, el “ser” (la efectividad) tendría la posibilidad de actuar sobre el “deber ser” de la norma logrando invalidarla.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 204.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 220.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 24.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 220.

²⁰ *Op. cit.*, p. 224.

En segundo lugar, la posibilidad de una vía para acceder de la norma a la realidad es sólo aparente en la eficacia. Observemos que el objeto de la eficacia no es indagar por los efectos de la norma sobre la realidad, sino, con exclusividad, verificar si se cumplen en la realidad las consecuencias de la norma. Lo que interesa es averiguar si la realidad “se comporta” conforme al programa normativo formal, y ulteriormente, “formalizar” la realidad recurriendo a la sanción. La preocupación por la eficacia sólo significa, para el positivismo, búsqueda de la primacía de la legalidad pero no necesariamente búsqueda de lo justo ni de lo óptimo. La norma formalmente aislada sigue siendo el centro de contemplación del jurista en un intento por sujetar a todo trance el entorno al lenguaje formal contenido en aquélla. Al jurista no le preocupa la clase de efectos que el derecho positivo produce sobre la realidad, sino, si la realidad es funcional al derecho positivo. De esta manera, la ciencia jurídica “inmuniza” al sistema jurídico contra las perturbaciones del entorno y le provee un fundamento para defender su propia estabilidad interior. Esto puede ofrecer mejores garantías para la seguridad jurídica pero, por otro lado, puede constituir una manifestación latente de enajenación de lo jurídico.

En el mejor de los casos, la conexión—extraña a sus premisas metodológicas, según se dijo— que Kelsen establece entre validez y eficacia serviría para declarar como no válidas a las normas que no surten ningún efecto práctico, pero difícilmente permitiría usar la norma como instrumento innovador o modificante en respuesta a las nuevas demandas del entorno no jurídico. Es decir, no proporciona un fundamento claro para que, en el marco de un sistema jurídico dado, pueda incorporarse una norma nueva en respuesta a los cambios del “ser”, al margen de una decisión constituyente o legislativa.

Observemos además que en Kelsen el concepto de validez se duplica para admitir en su fundamentación el origen legal de la norma así como su efectividad²¹. Muestra una significación divalente y por ello, según creemos, metodológicamente imperfecta.

4. La vigencia

Ross decía que el derecho vigente es aquél que sirve como esquema de interpretación de las acciones que regula²². Esta vigencia se manifestaría en

²¹ Esto fue lo que llevó a Ross a sostener que al final en Kelsen la validez depende del hecho psicológico de la efectividad. *Cfr.* C.S. Nino, *Algunos modelos metodológicos en ciencia jurídica*, Ediciones Fontamara, México, D.F., p. 45. Por nuestra parte mantendremos que se trata más bien de dos fuentes de validez a las que Kelsen recurre.

²² *Cfr.* C.S. Nino, *Algunos modelos...* edición citada, p. 43.

dos hechos: la experiencia subjetiva de aceptación de las normas como obligatorias, y la realización de acciones externas que se adecúan a sus prescripciones²³. Kelsen no se detiene específicamente en este concepto aunque en un cierto sentido puede pensarse que se identifica con la noción de efectividad por él postulada. Algunos autores, sin embargo, tratan el concepto de vigencia de un modo distinto pero en el contexto del sistema jurídico formal kelseniano²⁴. La vigencia resulta descrita por Rubio como la condición por la cual una norma en principio válida resulta aplicable en un tiempo y en un espacio, sea por no haber sido derogada y porque para el caso concreto es la norma pertinente. Supongamos una norma federal, podría no ser vigente o no aplicable en determinado Estado, pero ello no quiere decir que no sea válida. De este modo la vigencia explicaría el tránsito espacio-temporal de la validez a la eficacia. Teniendo en cuenta esta noción se obtiene que el estudio de la norma en el esquema positivista transcurre por los siguientes conceptos:

validez vigencia eficacia

Obviamente hasta aquí seguimos incursos dentro del orden jurídico formal. El derecho se sostiene como un mundo aparte, sin ningún punto de contacto con el entorno social, o mejor dicho, simulando no ver que esos intercambios existen; desarmado conceptualmente para evaluar con criticidad los *inputs* que le vienen del entorno, aceptando sin reclamo ni argumento todos los encargos normativos que le vienen dados de los otros sistemas, sea de la economía o de la política, para su administración. Por otro lado los *outputs* que el sistema jurídico entrega sólo son medibles por su eficacia; el modelo epistemológico positivista jurídico no proporciona otros instrumentos conceptuales para evaluar la actuación del derecho en relación a la calidad de sus consecuencias sobre el entorno.

Por ello, aunque pueda considerarse como principal mérito del positivismo jurídico el haber colocado a la norma, o al sistema de normas, como el objeto central de estudio del derecho, evitando con ello toda confusión metodológica, y por ello epistemológica, con la filosofía, la sociología, la ética o la política²⁵, a

²³ *Ibid.*, p. 44

²⁴ *Cfr.* Marcial Rubio, *El sistema jurídico; introducción al derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1986.

²⁵ La crítica va dirigida a las teorías trial y tridimensionalistas, opinión que aparece compartida con el profesor Domingo García Belaúnde. Véase, *Tridimensionalismo, balance y perspectivas*, en el libro homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 259-260.

nuestro juicio *su mayor debilidad estriba en autolimitarse al estudio de la norma jurídica instituída e intemporalmente considerada*. Se concentra en la norma “dada”, estática y aislada en un orden positivo concreto, sin preocuparse de las condiciones de su producción, ni de las condiciones de la acción de la norma sobre la realidad.

Esta teoría podría denominarse por ello *teoría autárquica o teoría estática* de la norma, porque lo que hace es asumir el derecho como algo acabado, independiente de la voluntad humana, definido, completo y cerrado, con un dinamismo sólo interior y por ello, en principio, puramente tautológico. La norma se explica por la norma. No existe un verdadero dinamismo porque el sistema como tal no sufre alteraciones a menos que se admita la intromisión “no válida” de la política, o se la presuponga como una condición hipotética. El instrumental epistemológico positivista no está hecho para cubrir estos aspectos. Lo cuestionable en el positivismo normativista no residiría, por tanto, en su exigencia de concentrarse en el estudio de la norma coactiva, sino, en asumir la norma –y en consecuencia el Derecho– como una esfera desvinculada de la realidad no jurídica, de tal modo que el sistema de conceptos que ofrece desconectan al jurista del entorno aislándolo en un “paraíso conceptual” o de ilusiones formales.

Cuando menos esto es cierto, según se dijo, para el positivismo practicado preferentemente en nuestros países. Desde luego que Kelsen no tiene la responsabilidad –o cuando menos no tiene toda la responsabilidad– por ello. En su exposición teórica está planteada la posibilidad de derivar a un puro normativismo, susceptible de ser instrumentalizado para cualquier fin político, como a menudo se le reprocha. Pero anotemos en su descargo que el connotado autor –a contrapelo de su dualismo metódico– se inquieta por dejar cabida al diálogo con el entorno en su esquema, principalmente a través de tres mecanismos: a) el concepto de *norma fundante básica* (concepto mucho más amplio que el de Constitución escrita), en el cual tendría cabida incluso la costumbre popular; b) la efectividad como condición de validez de la norma; y c) en particular su defensa del rol productivo del juez en la interpretación normativa. Lo que ocurre, a nuestro entender, es que estos conceptos aparecen sorpresivamente en su construcción teórica, como introducidos por debajo de la manga, con poca coherencia con la metodología neokantiana y el eje troncal del razonamiento normativista kelseniano. Esto puede explicar que los exégetas posteriores hayan preferido abandonar estos aspectos o tratarlos descuidadamente en beneficio de una teorización normativista estricta, coherentemente desplegada al interior de los diversos órdenes jurídicos positivos.

5. La norma dentro de un modelo de “ciencia jurídica” no positivista

Los análisis precedentes permiten afirmar que el modelo positivista de “ciencia jurídica” plantea el estudio de la norma de un modo que podría llamarse “naturalista” o trascendental, como si ésta no tuviese ninguna conexión con la voluntad humana, o existiese como ente aislado del resto de los procesos sociales. El ideal descriptivista de “ciencia” se alcanza en este caso a costas de dejar de lado uno de los aspectos sustantivos que integran descriptivamente el fenómeno jurídico: su vinculación con la voluntad y con los procesos sociales. Sabemos fenomenológicamente –como el propio positivismo lo acepta en el punto de partida– que las normas no preexisten en el mundo, sino que son producidas por los grupos humanos. Por otro lado, sabemos también que las normas jurídicas proyectan determinados resultados sobre la realidad, razón por la cual las usamos. La “existencia” de la norma sólo puede entenderse entonces como producción, reproducción o modificación constantes a través de la actuación dirigida de los operadores legislativos y jurisprudenciales del derecho. ¿Por qué razones no evidentes el estudio del derecho debe restringirse sólo a su existencia en el momento estático o positivo, dejando de lado los momentos dinámicos, inicial y final, que lo conectan con la realidad o el entorno humano?²⁶.

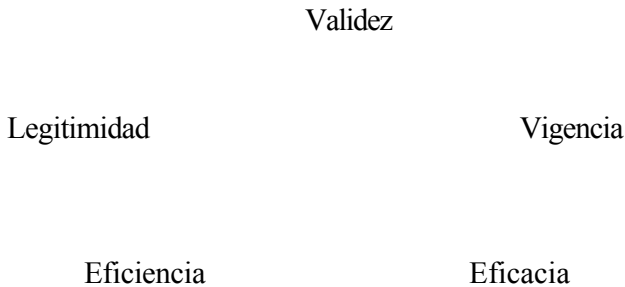
La separación absoluta entre mundo formal y mundo real de la que parte la epistemología jurídica positivista nos parece esencialmente convencional. Se trataría en realidad de un prejuicio ideológico que descansa en el error metodológico primario de subestimar la estructura interrelacionada del todo existencial. El derecho, como los subsistemas económicos, políticos o culturales, aun cuando distinto en su especificidad, es un fenómeno que sólo se explica en sociedad, en su intercomunicación necesaria con el resto de procesos del entorno. En consecuencia, teniendo en cuenta esta conexión insoslayable, nada hay que impida a la teoría jurídica abordar todos los momentos o modalidades de conexión norma-realidad. Por el contrario, este nos parece un requisito indispensable para una teoría *descriptiva* que pretenda dar una explicación lo más aproximada posible del funcionamiento del derecho en el sistema real de la sociedad.

²⁶ Para un enfoque del funcionamiento dinámico del sistema jurídico véase del autor, “Producir democráticamente el derecho”, en *Materiales de Lectura del II Seminario de Producción Democrática del Derecho*, UNSA, Arequipa, 1992.

En esta hipótesis, el estudio de la norma jurídica, o del sistema de normas, por la teoría general del derecho habría de comprender cuando menos los siguientes tres grandes campos:

- a) Las condiciones de su generación o producción .
- b) Las condiciones de su interpretación o aplicación.
- c) Las condiciones de su acción sobre la realidad no jurídica.

Denominaremos al primero, estudio de la *legitimidad* de la norma. Al segundo, estudio del *razonamiento jurídico*, y al tercero, estudio de la *eficiencia* de la norma²⁷. Desde esta perspectiva, el estudio de la norma por una ciencia jurídica no positivista, podría ser asumido en un ciclo dinámico de mayor completez, que transcurre desde la legitimidad a la eficiencia, pasando por la validez, la vigencia y la eficacia al modo del pentágono siguiente:



Observemos que el objeto de estudio del derecho sigue siendo la norma positivamente considerada, y no se ha producido la inconsecuencia epistemológica de saltarse al mundo de los valores, o al mundo de los hechos no juridizados; ni se incurre en la incongruencia metodológica estructural de llamar derecho a tres cosas distintas, al modo de la teorías trial o poli-dimensionalistas. Lo que se logra es extender el estudio de la norma a tres de sus momentos, o de sus relaciones comunicativas principales: en relación a

²⁷ Gregorio Robles propone orientar la teoría del derecho como “análisis del lenguaje de los juristas”, comprendiendo tres partes: teoría de la decisión jurídica, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la estructura formal del derecho. Véase. G. Robles, *op. cit.*, pp. 161 y ss. Esta propuesta nos parece en extremo sugerente y debería contrastarse con el enfoque que aquí venimos exponiendo.

las condiciones de su producción, en relación a otras normas, y en relación a los resultados que produce sobre la realidad.

Esto implicaría llegar a resultados adicionales contrastables con la orientación de la actual dogmática jurídica. El más importante es que, frente al supuesto de un requisito débil de juricidad exigido por la validez kelseniana, se tendría que postular una exigencia fuerte de juricidad de la norma que residiría en el logro de las tres condiciones señaladas: la legitimidad, la constitucionalidad y la eficiencia. De este modo, el estudio de las normas jurídicas se realizaría en el contexto del sistema social donde éste se origina y funciona. la teoría general del derecho se enriquece y se hace menos artificiosa sin abandonar su objeto de estudio específico.

6. Legitimidad y eficiencia

La teoría de la legitimidad se ha planteado tradicionalmente, como sabemos, en el campo de la política. Sin embargo, resulta poco convincente admitir que este sea un tema exclusivo de la teoría política²⁸. La teoría política tiene que ver con la legitimidad del poder, pero otro es el problema de la legitimidad de la norma, salvo que pensemos que alcanzada la legitimidad del poder, la legitimidad de la norma queda garantizada de por sí. A nuestro juicio, los problemas de legitimidad de lo jurídico tendrían que ver con el origen de la norma, con las condiciones institucionales no jurídicas y específicamente políticas en que ésta se produce, y por tanto, con la racionalidad comunicativa que le sirve de partida.

La epistemología positivista jurídica, según creemos, ha desarrollado frente a los problemas de legitimidad de la norma dos actitudes. O bien desentenderse explícita o implícitamente del tema, limitándose al estudio de la validez positiva de la norma, tal como ocurre con Kelsen cuando, de un modo “misterioso”²⁹ da por supuesto el fundamento de “validez” de la norma fundante, sin explicar en qué consiste éste. O bien, identificar desapercibidamente la legitimidad con la legalidad de la norma, posición que puede encontrarse de manera generalizada en lo que Bobbio llama “*positivismo ideológico*”³⁰.

²⁸ Bobbio, por ejemplo, parece aceptar este acostumbrado confinamiento del principio de legitimidad al terreno de la teoría del poder. *Cfr. Contribución a la teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 297.

²⁹ La expresión correspondería a Karl Olivecrona, al referirse a la oscuridad de la teoría kelseniana para explicar la manera en que los cambios del ser pueden introducir cambios en el deber ser. Véase John Finch, *Introducción a la teoría del derecho*, Labor Universitaria, 1977, p. 172.

³⁰ Véase N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, edición citada, p. 46 y ss. Desde otro

Obviamente, el resultado común al que conducen cualquiera de los dos razonamientos es a desentenderse de los problemas de legitimidad y a concentrarse en la legalidad a menudo so pretexto de la validez. Kelsen excluye expresamente del objeto de estudio del derecho la cuestión de la legitimidad, al sostener que “no corresponde a la ciencia jurídica legitimar el derecho, no tiene porqué justificar el orden normativo que sólo debe conocer y describir”³¹. Parece improbable que el distinguido autor no haya reparado en que limitar la labor de la ciencia jurídica a la sola descripción del derecho constituido equivale a “legitimar” subrepticamente el mismo, de la misma manera que despreocuparse de las cuestiones de eficiencia dará como resultado paradójico la justificación de un derecho ineficiente. La paradoja del modelo de ciencia jurídica kelseniano es que, preocupado en no dar justificación a ningún sistema de valores relativo, al final termina justificando a todos por el sólo requisito de estar contenidos en un sistema jurídico positivo.

La identificación de legitimidad con legalidad es en cierto sentido un servicio que la teoría del derecho presta al dogma liberal representativo de la división de poderes que otorga al legislativo la facultad exclusiva de dar las leyes y a la ley la cualidad de ser expresión suprema de la soberanía popular. Se podría decir que el positivismo asume con presunción *jure et de jure* que la legalidad, o más profundamente la constitucionalidad, es expresión de legitimidad, pese a que en la realidad no siempre es así. El encumbramiento de la Legalidad como rasero principal de legitimación puede considerarse como vinculado al periodo histórico de expansión del parlamentarismo representativo y de exacerbación doctrinaria del principio de legalidad³². Hoy ese esquema aparece seriamente cuestionado porque la legalidad se muestra incapaz en muchos casos de dar cabida o responder a las expectativas racionales de los conglomerados de votantes.

Por eso parece necesario insistir en que, si la legalidad y legitimidad a menudo coinciden, ello no debería impedir su distinción conceptual en el campo específico del derecho. Se podría decir, tentativamente, que la primera noción alude a la racionalidad formal o racionalidad interna de la norma, la segunda a

ángulo puede hallarse también en Kelsen, *a contrario sensu*, cuando afirma que la inefectividad de la norma conduce a su invalidez. Lo que creemos es que el *desuetudo* afecta a la legitimidad, aunque la norma mantenga su calidad de válida y continúe vigente.

³¹ Kelsen, *op.cit.*, p. 82.

³² Carl Schmitt explica que esta identificación de la legalidad con la legitimidad tiene su expresión en lo que llama “Estado legislativo” que, en el marco de la Constitución alemana de Weimar, sirvió paradójicamente de marco ideológico para “legitimar” el surgimiento del hitlerismo. Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, 1971, pp. IX-XI y XXVII.

su racionalidad comunicativa de origen en el sistema social. La noción de legalidad sirve para encontrar la concordancia de la norma con otra superior; la de legitimidad expresaría la concordancia de la norma con la voluntad en origen de la comunidad constituyente. La insuficiencia del instrumental epistemológico positivista para dar cuenta de esta segunda conexión fundante de la norma, se ha resuelto periódicamente en la discusión doctrinaria en un “eterno retorno” al derecho natural bajo diversas retóricas, en la medida en que la legalidad se revela a cada paso alejada de las manifestaciones de consenso real de la comunidad histórica. No intentamos decir por cierto que haya que retornar a la búsqueda de una justificación jusnaturalista de las normas, pero que existe un problema de legitimidad de la norma que corresponde abordar a la teoría del derecho, nos parece sumamente plausible.

Otro tanto ocurre con los problemas de eficiencia. El concepto de eficiencia puede diferenciarse notoriamente del de eficacia porque mientras este último se limita a describir si los supuestos y consecuencias de la norma se verifican en la realidad, la eficiencia se pregunta si esos resultados verificados son adecuados o no para los objetivos de la vida en sociedad; si aumentan o disminuyen los espacios de libertad humana, si favorecen o restringen los estándares de bienestar colectivo. La eficiencia averigua el “costo-beneficio” de la puesta en práctica de la norma, sólo que aquí el “costo-beneficio” no se mide sólo frente a objetivos económicos ni menos exclusivamente en términos económicos. Con ello el ciclo de indagación de la racionalidad normativa debería alcanzar su mayor completez y por tanto la norma puede ser tenida racionalmente como operativa.

La eficacia es todavía un concepto intrasistemático, centra su preocupación en el valor en sí de la norma. La eficiencia es extrasistemática; mide la actuación de la norma en la perspectiva del interés de la comunidad normante-normada.

El concepto de eficiencia podría pensarse de manera análoga al que usan los economistas, es decir, la relación más óptima entre resultados e insumos, de tal manera que los resultados no deberían ser alterados si es que afectan al bienestar de al menos uno de los beneficiarios. En este caso, la norma jurídica y el sistema jurídico en su conjunto son los insumos específicos a ser evaluados por el derecho. Y la medida de los resultados—como indica Knight—no se hace de un modo puramente cuantitativo, sino que supone la idea del valor y de alguna medida del valor³³. Esto implica que la eficiencia de la norma sólo po-

³³ Véase, Frank Knight, “La organización social económica”, en Breyt y Hochman, *Lecturas en microeconomía*, Interamericana, 1973, pp 4-5.

drá apreciarse en referencia a todo el conjunto de valores jerárquicos postulados legítimamente por la comunidad histórica. Con ello se descarta que pueda ser entendida, con exclusividad, como eficiencia para maximizar la utilidad monetaria o reducida a sus resultados tecnológico-productivos.

Sin embargo, los estudios actuales sobre la eficiencia de la norma provienen en particular del lado de los economistas, y de la corriente denominada del “análisis económico del derecho”. Estos análisis discurren exclusivamente alrededor de la eficiencia económica de la norma. Esta es una primera limitación de los trabajos más representativos sobre el tema. Puede observarse este sesgo en las investigaciones de Ronald Coase, aparentemente pionero, junto con Calabresi, en estos estudios, autor del ensayo titulado *El problema del costo social*³⁴, publicado en 1960. También en los estudios de Richard Posner³⁵ y en las diversas escuelas de la llamada “economía institucionalista”: la “escuela de los derechos de propiedad”, “economía de los costos de transacción”, “nueva historia económica”, “nueva organización industrial”, “*law and economics*”, y “*public choice*”³⁶. El “teorema” de Coase, dirigido a conseguir una negociación óptima entre las partes, propone que en presencia de costos de transacción cero es irrelevante la forma en que estén definidos los derechos de propiedad³⁷. En cambio, si los costos de transacción son altos, es importante la manera en que se definan los derechos de propiedad, y por tanto el Derecho entra a determinar la composición del producto.³⁸

Se supone que la observación del “teorema” de Coase debería llevar a una actuación favorable del derecho en la consecución del uso más eficiente de los recursos económicos. Sin embargo, los aspectos de eficiencia que permanecen desconocidos son los relativos al costo social y al costo ecológico de las decisiones normativas, porque lo que es económicamente eficiente no siempre lo es en estos dos últimos sentidos. La prueba visible de ello es que hasta hoy el logro de la eficiencia del mercado sigue produciendo simultáneamente una distribución más injusta de la riqueza seguida de una depredación todavía no controlada de los recursos del ecosistema terrestre.

Lo interesante del punto de vista del análisis económico del derecho, a nuestro entender, es el reconocimiento de la función activa y modificante de la norma

³⁴ Cfr. Breyt y Hochmann, *Lecturas de microeconomía*, Interamericana, 1973, pp. 392-417.

³⁵ Cfr. Richard Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Company, USA, 1977.

³⁶ Cfr. Jorge Fernández Baca, “Reformas políticas y eficiencia económica: hacia un análisis económico de la democracia”, en *Apuntes* N° 25, 1989, pp. 27-42.

³⁷ Cfr. Frank Stephen, *The economics of the law*, Harvester Wheatsheaf, U.K., 1988, p. 32.

³⁸ *Ibid.*

jurídica sobre la economía, y de la necesidad de estudiar este aspecto de la norma, a contrapelo del positivismo jurídico dominante que no proporciona ningún concepto adecuado para estudiar problemas normativos como éstos, o de las teorías que ven en el derecho sólo una superestructura reflejo, incapacitada para producir efectos sobre la realidad. Paradójicamente, esa autolimitación formalista ha inducido al resultado de un derecho atiborrante, reglamentarista en extremo, burocrático y por ello ineficiente, sumamente costoso en la mayoría de casos para el bienestar de la sociedad.

Estos problemas nos llevan a creer que la preocupación por la eficiencia de la norma no debería ser tomada como un escarceo teórico irrelevante, sino, antes bien, como una acuciante exigencia práctica. ¿Cómo medir la eficiencia social?; ¿cómo es posible determinar que una norma causará más o menos injusticia?; ¿cómo es posible compatibilizar los costos económico, social y ecológico?; ¿debe la norma incorporar estas variables en su determinación? Sobre estas cuestiones, sólo debemos por ahora interrogarnos, convencidos, sin embargo, de que éste es un campo en donde la investigación jurídica y la teoría del derecho tendrían inevitablemente que avanzar.

La argumentación ensayada hasta aquí nos permite suscribir provisionalmente las siguientes conclusiones:

- 1) En el modelos epistemológico positivista, la norma es asumida como si tuviera una existencia absolutamente desvinculada del entorno humano, a pesar de que, paradójicamente, el positivismo admite que el origen de la norma es la voluntad;
- 2) Esta delimitación epistemológica del objeto de estudio de la teoría del derecho no elude un elevado sesgo de convencionalidad condicionada por motivaciones ideológicas que se asocian filosóficamente al neokantismo y políticamente al liberalismo representativo;
- 3) La pretensión de excluir las cuestiones de la voluntad en los problemas de formación de lo jurídico se muestra inconsecuente con un ideal descriptivo de “ciencia”, si se considera que la voluntad está intrínsecamente contenida en el derecho. Por otro lado, puede considerarse como un intento fallido del positivismo en la medida que el concepto de validez no resuelve los problemas de indeterminación de la norma ni excluye el debate sobre los diversos criterios de justicia. En definitiva resulta difícil sostener que el concepto de validez sea menos difuso que el de justicia defendido por los jusnaturalistas. Esto lleva a sugerir la imposibilidad de una noción puramente descriptiva de lo jurídico sin una cierta intención normativa que más bien convendría hacer explícita.

- 4) Teniendo en cuenta que la norma jurídica es un constructor que sólo existe y se explica socialmente, su estudio debe abarcar las condiciones de su producción, así como los efectos posibles de su actuación sobre el entorno humano no jurídico. La teoría del derecho habría de completar los tradicionales estudios de la constitucionalidad y legalidad de la norma, con los estudios de su legitimidad y eficiencia.
- 5) El estudio de la legitimidad y de la eficiencia de la norma amplía la teoría general del derecho, sin salirse de su objeto.