

DIALÉCTICA DEL FORMALISMO Y EL ANTIFORMALISMO JURÍDICO: DE SAVIGNY A KELSEN

Dialectic of legal formalism and anti-formalism: from Savigny to Kelsen

*Jacqueline Ortiz Andrade
Arturo Berumen Campos*

Resumen

Tras un panorámico recorrido a través de los más importantes pensadores del derecho (Savigny, Hegel, Ihering, Erhlich, Kelsen), los autores ensayan una interpretación dialéctica de la oposición entre teorías jurídicas formalistas y anti-formalistas.

Palabras clave: Derecho, dialéctica, formalismo, anti-formalismo.

Abstract

After a panoramic journey through the most important legal thinkers (Savigny, Hegel, Ihering, Erhlich, Kelsen), the authors attempt a dialectical interpretation of the opposition between formalist and anti-formalist legal theories.

Key words: Law, dialectics, formalism, anti-formalism.

Sumario

Introducción. I. Savigny contra Hegel. II. Ihering contra sí mismo. III. Kelsen contra Ehrlich. Conclusión.

El peculiar encanto de la jurisprudencia romana consiste en que cualquier caso puede ser el punto de arranque de la ciencia jurídica

(Savigny)

INTRODUCCIÓN

■ **I**nspirándonos en Hegel,¹ nos proponemos exponer uno de los debates más importantes en la filosofía del derecho, como una lucha dialéctica entre el formalismo y el antiformalismo (que Hegel llama empirismo jurídico).

Esta lucha dialéctica significa que la Filosofía del Derecho se desarrolla a través de oposiciones y contradicciones entre diferentes tendencias, en especial las posturas formalistas (como la exégesis, la jurisprudencia de conceptos y el positivismo jurídico) y las posturas antiformalistas (como la escuela histórica, la jurisprudencia de intereses y la escuela del derecho libre).

Podemos observar esta dialéctica no sólo en el derecho sino en otras disciplinas como la sociología, desde la modernidad.² De hecho la Sociología e incluso la Sociología del Derecho nace de la lucha de las dos formas de organización social que Tönnies llama sociedad y Comunidad,³ a las que corresponderían, el formalismo y el antiformalismo jurídicos. Incluso, podría observarse que esta lucha continúa en la actualidad. Baste pensar en las formas de organización indígena y moderna.⁴

1 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1985, p. 49: “toda filosofía ha sido necesaria y lo sigue siendo (...) puede decirse que ninguna filosofía ha sido refutada. Lo refutado no es el principio de esa filosofía, sino solamente la pretensión de que este principio sea la determinación última y absoluta”

2 Nisbet Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, I, trad. Enrique Molina de Vedia, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, pp. 9, 11.

3 *Ibidem*. p. 19.

4 Correas Oscar, “Los sistemas normativos de las comunidades indígenas”, en *Derecho indígena mexicano*, coordinado por Oscar Correas, I, México, Coyoacan, 2007, pp. 67 y ss.

En nuestra exposición, nos circunscribiremos a los autores más reconocidos, protagonistas de esta pugna, sin dejar de mencionar la participación de otros autores de la época. Proponemos los siguientes autores principales:

- I. Savigny contra Hegel: aquí nos ocuparemos del conflicto de las concepciones de la Escuela Histórica del Derecho y la concepción del Estado como Eticidad.
- II. Ihering contra sí mismo.
El conflicto se expresa aquí en la evolución de este gran autor, de la jurisprudencia de conceptos a la de intereses.
- III. Concluiremos con este célebre debate entre la Escuela del Derecho Libre y la Teoría Pura del Derecho.

En lo posible, nos centraremos tanto en el concepto de derecho y el método jurídico de cada autor, puesto que, como dice también Hegel, el método es el concepto en acción.⁵

I. SAVIGNY CONTRA HEGEL

Es un tópico común entre los abogados distinguir y hasta oponer la letra y el espíritu de la ley.⁶ Los abogados legalistas (codigueros) se atienen al significado estricto de los términos legales. Podríamos decir, que exigen una semántica estricta.⁷ Esta actitud jurídica sería una actitud formalista.

En cambio, los que buscan su Espíritu, no se contentan con eso; indagan la pragmática de las normas: su finalidad, sus posibles consecuencias.⁸ Tienen una actitud antiformalista. Ambas posturas tienen sus ventajas y sus desventajas. El formalismo

5 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Buenos Aires, Solar, 1974, p.727.

6 Frosini Vitorio, *La letra y el espíritu de la ley*, trad. Carlos Alarcón Cabrera, Barcelona, Ariel. 1995, p. 3.

7 Berumen, Arturo, *El búho de Minerva. Apuntes de filosofía del derecho*, México, UAM-A, 2016, pp. 21 y ss.

8 *Idem.*

jurídico privilegia la Seguridad Jurídica, aún a costa de la Justicia y los antiformalistas prefieren la Justicia a la Seguridad Jurídica.⁹

Esta lucha del Espíritu contra la letra de la ley puede remontarse hasta los juristas romanos: entre los juristas tópicos y los sistemáticos.¹⁰ En los tiempos modernos podemos verla reaparecer en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu contra la sistematización del Código de Napoleón y los exégetas franceses.¹¹ Pero donde adquiere una gran relevancia dialéctica es en la lucha entre el derecho como Espíritu del Pueblo (*Volkgeist*) de Savigny contra la defensa de la codificación de Thibaut, reconciliados en el Espíritu Objetivo de Hegel.

1. ESPÍRITU DEL PUEBLO O EL LENGUAJE DEL DERECHO

La expresión “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*) no la inventó Savigny (1779-1861), sino que ya se encontraba en el “espíritu de los tiempos” (*Zeitgeist*) de su época. Era un patrimonio común del romanticismo alemán del siglo XIX. La encontramos, por ejemplo, en el historiador Herder (1744-1803), de quién Savigny la tomó para combinar la “teoría del derecho y la teoría del “Volkgeist”.¹²

No es que el derecho sea el espíritu del pueblo, sino que forma parte de él: “El derecho existe en el espíritu común del pueblo, o sea, en la voluntad común que por ello lo es de cada individuo”.¹³ Explicando esta idea nos dice Savigny: “El derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo y por ello habremos de llamarlo también Derecho del Pueblo. Pero no debemos imaginarnos que los diferentes miembros del pueblo produjesen el derecho mediante su arbitrariedad, puesto que tal arbitrariedad

9 Radbruch, G. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1978, p. 44.

10 Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964, pp. 67, 69.

11 Savigny, Friedrich Karl, von, “Los tres códigos modernos”, en *Textos clásicos*, trad. Werner Goldschmidt, México, UNAM, 1981, pp. 63 y ss.

12 Contreras Francisco J. “La idea del espíritu del pueblo” en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 35, 2001, 1667.

13 Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *Textos clásicos*, p. 30.

de los particulares pudiera tal vez escoger el mismo derecho por casualidad, pero con más probabilidad elegiría derecho muy diverso. Más bien se trata del espíritu del pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa y que produce el derecho positivo. El mismo es, por ende, para la conciencia de cada individuo no casual sino necesariamente un solo derecho.”¹⁴

Los formalistas no le han ahorrado críticas a Savigny y a la Escuela Histórica a la que pertenece, por creer que exista un alma común de los individuos independientemente de los individuos mismos.¹⁵ Sin embargo, esta idea de un “espíritu del pueblo” no parece tan absurda si paramos mientes que Savigny compara al derecho con el lenguaje que también forma parte de ese espíritu: “Otras particularidades de los pueblos que también poseen un nacimiento invisible y trascendente ... p. ej las usanzas de la vida social y sobre todo el lenguaje. Respecto al lenguaje se encuentra la misma independencia del azar y de la libre elección de los individuos; sólo que en él todo es más visible y claro que en el derecho gracias a la naturaleza sensible que el lenguaje. Es más, la naturaleza individual de los diferentes pueblos sólo se determina y conoce por aquellas direcciones y actividades comunes, entre las cuales el lenguaje como la más visible ocupa el primer lugar.”¹⁶

Esta comparación entre el derecho y el lenguaje me parece una intuición genial de Savigny, pues nos revela el parentesco (aire de familia diría Wittgenstein¹⁷) semántico entre lenguaje, derecho y espíritu (y el pueblo).

Ya Herder vinculaba estrechamente el lenguaje y el espíritu. Dice lo siguiente sobre la enseñanza escolar de la poesía y de la oratoria: “Las obras maestras de la poesía y de la oratoria humanas se han convertido en puerilidades, de las que niños, ancianos y jóvenes aprenden frases y extraen reglas. Corremos tras sus formalidades, pero hemos perdido su espíritu; aprendemos su lengua, pero no sentimos el mundo vivo

14 *Ibidem.* p. 25.

15 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genera R. Carrió, Buenos -Aires, Eudeba, 1970, p. 335.

16 Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *op. cit.* p. 26.

17 Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica, 2002, pp. 87, 89.

de sus pensamientos. Lo mismo ocurre con nuestros juicios sobre la obra maestra del espíritu humano, la creación del lenguaje.”¹⁸

El espíritu humano crea al lenguaje como su obra maestra. Pero también viceversa: el lenguaje crea al espíritu humano: “el lenguaje constituye para el hombre el sentido de su alma”.¹⁹ Por ello, Herder se interroga: “¿hasta qué punto puede pensarse sin lenguaje, qué hay que pensar con él? [...] Palabra y razón, concepto y término, lenguaje y causa, poseen un mismo nombre en algunas lenguas. [...] Según esto, la lengua es un órgano del entendimiento, un sentido del alma humana ... No puedo concebir el primer pensamiento humano ni ordenar el primer juicio del que tengo memoria sin dialogar en mi alma o sin intentar hacerlo. Así pues, el primer pensamiento nos prepara ya, por su propia esencia, para poder dialogar con otros. ¡La primera característica que capto es una palabra-signo para mí y una palabra-comunicación para otros!”²⁰

Primero dice que el espíritu crea al lenguaje, después que ambos son co-origenarios; tenían la misma raíz etimológica cuando menos en algunos idiomas, como en el griego: *logos* significaba tanto razón como palabra.²¹

Refiriéndose a las lenguas orientales, dice Herder: “Entre los orientales el habla era, por así decirlo, todo espíritu, aspiración continuada y espíritu vocal como suelen llamarla ellos en sus pictóricos poemas. Era aliento divino, aire que sopla al oído, y las letras muertas que la representaban no eran más que el cadáver que debía ser animado con el espíritu vital al ser leídas.”²²

Aquí ya se identifican el lenguaje y el espíritu, al menos el lenguaje hablado. De hecho, en griego *pneuma*, en el latín *spiritus*, en el hebreo *ruaj* y en alemán *Geist*, que además de espíritu, significan aliento, viento, fuerza móvil y esencia de la vida.²³

18 Herder, “Ensayo sobre el origen del lenguaje”, en *Obra selecta*, trad. Pedro Ribas, Barcelona, biblioteca de los grandes pensadores, 2002, p. 207.

19 *Ibidem*. p. 216.

20 *Ibidem*. p. 165.

21 *Ibidem*. p. 165.

22 *Ibidem*. p. 139.

23 Kaufmann Walter, *Hegel*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Alianza, 1972, p. 267.

Podemos decir, en un sentido sinecdótico,²⁴ que el espíritu es pues, el lenguaje, pero como dice el joven Hegel: “el lenguaje solamente existe como lenguaje de un pueblo, del mismo modo que el entendimiento y la razón ... Solamente como la obra de un pueblo es el lenguaje la existencia real del espíritu ... el lenguaje es en sí un universal reconocido, que resuena de la misma manera en la conciencia de todos ... solamente en un pueblo el lenguaje llega a ser un verdadero lenguaje.”²⁵

Es decir, el lenguaje de un pueblo es su espíritu porque en él, son reconocidos todos los individuos como miembros del pueblo.

Me parece que es, en este sentido, que Savigny dice que el derecho (el lenguaje jurídico) es (forma parte) del espíritu del pueblo (el lenguaje del pueblo); lo que se prueba “en el reconocimiento general y uniforme del derecho positivo y en el sentido de su necesidad interna, por el que la idea del mismo está acompañada”.²⁶

En esta interpretación del derecho como espíritu del pueblo de Savigny, hecha a partir de la reconstrucción del contexto teórico aportado por Herder y Hegel, podemos continuar diciendo que si el espíritu de un pueblo es su lenguaje, entonces, éste, el lenguaje del pueblo, es el espíritu de su derecho, es decir, que el significado del derecho (el espíritu) lo encontramos en el mismo pueblo, pues una parte del significado está en el texto del derecho (lenguaje del derecho) y otra parte está en el contexto (el lenguaje del pueblo).²⁷ El lenguaje del derecho forma parte del lenguaje del pueblo, el cual se integra, además, con los lenguajes de la cultura, de las costumbres, de la moral, de la religión, de los prejuicios, de los mitos, pero también del arte y de la ciencia.²⁸

Esta interpretación lingüística del espíritu nos permite resolver dos problemas de la teoría de Savigny sobre el derecho como espíritu del pueblo. La primera es que

24 Berumen, Arturo, *El búho de Minerva*, p. 39: “La sinécdoque es la figura retórica, por medio de la cual se toma la parte por el todo o el todo por la parte”.

25 Hegel, citado por Julio de Zan en “Reconocimiento, intersubjetividad y lenguaje en la primera Filosofía del Espíritu de Hegel”, en *Reconocimiento, libertad y justicia. Actualidad de la filosofía práctica de Hegel*, coordinadores Mario Rojas Hernández y Klaus Vieweg, México, Itaca, 2014, p. 198.

26 Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *op. cit.* p. 25.

27 Gadamer, *Verdad y método*, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 2000, p. 175 y ss.

28 Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *op. cit.* p. 26, 27.

nos permite entender al espíritu del pueblo no ya como una entidad metafísica, sino como una realidad tan “física” como el lenguaje. Sólo que en el doble sentido que, posteriormente le dará Saussure: como lengua y como habla. La lengua como idioma nacional, por ejemplo, el francés, el alemán, el español, el inglés, etc, y el habla como el uso que cada individuo hace de la lengua al hablar o escribir.²⁹

La lengua es estructural, es decir, es objetiva, no depende de los sujetos, sino que éstos dependen de ella; es sincrónica, existe simultáneamente en una comunidad lingüística.³⁰ Tiene un parentesco con la idea del “espíritu objetivo” de Hegel, es decir, las instituciones, sociales como la familia, la sociedad civil y el estado.³¹ En cambio, el habla es histórica, diacrónica, cambiante, depende de los sujetos.³² Es subjetiva, nos recuerda al “espíritu subjetivo” de Hegel: la conciencia y el concepto.³³

Algo parecido pasa con el derecho: podemos decir, cuando menos analógicamente, que el espíritu del pueblo es el derecho objetivo, el sistema jurídico, el conjunto de normas, o sea la lengua jurídica, el espíritu objetivo hegeliano. Savigny lo expresa del siguiente modo: “Dicha expresión (espíritu del pueblo) es más libre y fuerte en la época juvenil de los pueblos, en la cual la unión nacional aún es íntima y la conciencia de la misma generalmente divulgada, no empañada todavía por las diferencias de la formación individual. Pero en cuanto la cultura de los individuos se hace más heterogénea y preponderante y en cuanto se realiza una separación más rigurosa de las ocupaciones, conocimientos y por ello de las profesiones, llega a ser más difícil la producción del derecho que descansaba en la comunidad de la conciencia [...] Pueden producirse nuevas instituciones jurídicas o pueden transformarse las antiguas,

29 Saussure, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armiño, México, Fontamara, 1988, p. 46.

30 *Ibidem*. pp. 145, 195.

31 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. Ovejero y Maury, México, Porrúa, 1980, pp. 255 y ss.

32 Saussure, *Ibidem*. pp. 118 y ss.

33 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, pp. 205 y ss.

y estas últimas pueden incluso desaparecer si se hallan divorciadas del sentido y de las necesidades de la época.³⁴

El derecho como espíritu objetivo del pueblo, como estructura sincrónica del sistema jurídico, palidece, se debilita y muere si no se encuentra vivificado por el espíritu subjetivo de la práctica jurídica, por el espíritu diacrónico de la ciencia jurídica. Ciencia que, para Savigny, es el desarrollo del derecho romano. Y este es el segundo problema que nuestra interpretación lingüística del derecho como espíritu del pueblo, puede resolver. De acuerdo a Savigny: “Los juristas despliegan, por tanto, una doble actividad material por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad; y una actividad formal, puramente científica, para llevar a la conciencia y exponer científicamente el derecho, no importa el origen que haya tenido. Respecto a esta última función parece a primera vista la actividad de los juristas como dependiente que recibe su materia desde fuera. No obstante, produce la forma científica de la materia que tiende a revelar y rematar su unidad inherente, nueva vida orgánica que repercute a su vez sobre la materia, de suerte que la misma ciencia da lugar inconteniblemente a una nueva especie de producción jurídica.”³⁵

Y es en esta doble función de la ciencia jurídica que sistematiza, produce e interpreta el derecho como espíritu del pueblo, donde se plantea el segundo problema de la teoría de Savigny. Se le ha reprochado a éste cómo es posible que el derecho romano, que era su especialidad, pueda compaginarse con el derecho como espíritu del pueblo alemán. Cómo resolver esta inconsistencia del derecho nacional y el derecho romano, con la naturaleza histórica del derecho.³⁶

Podemos decir que el lenguaje de la ciencia jurídica puede interpretarse como el habla de los juristas –de la cual la jurisprudencia romana forma una parte esencial– que

34 Savigny, “*Los fundamentos de la ciencia jurídica*” en *op. cit.* p. 27.

35 *Ibidem.* p. 42.

36 Truyol y Serra Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 3. *Idealismo y positivismo*, Madrid, Alianza, 2004, p. 69; Contreras Francisco, “La idea del espíritu del pueblo en FCV Savigny”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 35 (2201), pp. 182, 183; Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *op. cit.* p. 32.

permite interpretar y concretizar la lengua del derecho del pueblo. La historicidad del derecho romano ha influido no sólo en la lengua jurídica (el derecho objetivo) sino también en el habla jurídica (el método jurídico) lo cual es notorio en la pervivencia hasta nuestros días de la tópica jurídica.³⁷

Diremos para concluir este inciso que la ciencia jurídica (romana) transforma el espíritu del pueblo (nacional) en la legislación escrita. Por ello, esta debe interpretarse con el espíritu de aquél. Por esto, el derecho escrito es sólo “el cadáver que debe ser animado con el espíritu vital al ser leído.”³⁸

De este modo, entramos de lleno al debate de Savigny y de Thibault sobre la codificación.

2. LA CODIFICACIÓN COMO CÁRCEL DE PALABRAS

De acuerdo con Thibaut, eminente civilista contemporáneo de Savigny, la necesidad de codificar el derecho civil de su época se justificaba porque: “Todo nuestro derecho nacional es un maremágnum de disposiciones desordenadas que se anulan y se contradicen recíprocamente hechas ¿a propósito? para dividir a los alemanes y para impedir a los jueces y a los abogados un conocimiento profundo del derecho. Pero incluso un conocimiento perfecto de este barullo no lleva muy lejos ya que todo nuestro derecho nacional es tan incompleto que de cien cuestiones jurídicas al menos noventa deben siempre resolverse mediante el recurso de códigos extranjeros de recepción al derecho canónico y al derecho romano.”³⁹

La codificación del derecho pretendía introducir la razón de la modernidad ilustrada en el caos normativo pre-revolucionario, para superar el “particularismo jurídico”.⁴⁰ Las finalidades de la codificación, según este autor, eran darle unidad, coherencia y

37 Viehweg, *op. cit.* p. 116, 117.

38 Herder, *op. cit.* p. 139.

39 Thibaut, citado por Becchi Paolo en “La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny”, publicado en *Anuario de derecho civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 197 y 198.

40 *Idem.*

simplificación a las leyes vigentes, así como prescindir del derecho romano y de los glosadores medievales.⁴¹

Savigny, por su parte, consideraba que los creadores del mismo Código de Napoleón se basaron en el derecho romano para hacer su obra. Cita, por ejemplo, la propiedad, la nulidad de los contratos, entre otras cuestiones.⁴² Lo cual nos indica que no es posible separar las leyes, la jurisprudencia ni la “común convicción del pueblo”⁴³

A primera vista, parece que Hegel está más de acuerdo con Thibaut que con Savigny, pues contradiciendo a éste, dice que el pueblo tiene derecho a tener codificaciones.⁴⁴ Sin embargo, como dice Becchi, trata de hacer complementarias ambas posturas.⁴⁵ Este espíritu sintético hegeliano puede ayudarnos a entender la enigmática comparación que hace Hegel entre el derecho natural y el derecho positivo, con las Institutas y las Pandectas romanas: “Porque el derecho natural o el derecho filosófico es distinto del derecho positivo sería un grave malentendido trastocar esto convirtiéndolos en opuestos y antagónicos entre sí; antes bien aquél se encuentra en relación a éste como las Instituciones con respecto a las Pandectas.”⁴⁶

En esta analogía, la semejanza de relación entre las Institutas y las Pandectas (o Digesto) por un lado, y entre el código y el espíritu del pueblo consiste precisamente en el formalismo y el antiformalismo, ya que las Institutas o textos de enseñanza del derecho romano eran formalistas y las Pandectas eran las soluciones de casos prácticos, eran tópicos no formalizados.⁴⁷

Savigny temía que el lenguaje formalista de los códigos y de las leyes aprisionara y limitara el lenguaje de la jurisprudencia para captar el lenguaje del pueblo. El mismo Thibaut presuponía esta finalidad, en aras de la seguridad jurídica: “En la base de la

41 *Idem.*

42 Savigny, *Los tres códigos modernos*, en *op. cit.* pp. 69, 70.

43 Becchi, *op. cit.* p. 203.

44 Hegel, *Filosofía del derecho*, trad Eduardo Vásquez, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, par. 211, p. 272.

45 Becchi, *op. cit.* p. 212.

46 Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 3, p. 82.

47 Viehweg, *op. cit.* p.69.

propuesta de Thibaut estaba la idea de que todo el derecho positivo estuviera contenido en el código y disciplinado de un modo completo y exhaustivo. La ideología que emerge de tal propuesta se caracteriza sobre todo por la creencia de que la disciplina jurídica es capaz de solucionar todo tipo de controversia, esta es la idea de la completitud del derecho positivo. Una consecuencia de esta idea es la doctrina según la cual se estima que es jurídicamente posible y deseable en la práctica que el juez sólo se atenga (o deba atenderse) a lo establecido en la ley. Si el código contiene todo el derecho, entonces es posible, que el juez se atenga tan sólo a lo querido por el legislador. La actividad del jurista se reduce esencialmente a una actividad técnica.”⁴⁸

El formalismo del código llevado al extremo se convierte en el automatismo de la ciencia jurídica, la que queda reducida a la descripción del código, mutilándose su función creadora que es la función más importante de la jurisprudencia según Savigny. Para este autor la jurisprudencia ha sido y debe ser siendo tópica, es decir, “una constante búsqueda de premisas”,⁴⁹ la cual “permite a los juristas entender al derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable.”⁵⁰

El formalismo jurídico, al distinguir con justa razón,⁵¹ los enunciados prescriptivos de los enunciados descriptivos, confunde empero, la diferencia con la indiferencia, entre ambos, en términos de Hegel.⁵² Aunque no lo quiera, la ciencia descriptiva del derecho influye en la creación prescriptiva del mismo.⁵³

Ciertamente, es necesario distinguir, claramente, el derecho y la ciencia del derecho, pero eso no nos puede llevar a negar que se influyen recíprocamente. La codificación

48 Becchi, *op. cit.* p. 199.

49 Viehweg, *op. cit.* p. 58.

50 *Ibidem.* p. 74.

51 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, EUDEBA, 1971, p. 45 y ss.

52 Hegel, *Ciencia de la Lógica*, T II, 1974, p. 368.

53 Viehweg, *op. cit.* p. 74.

no es un proceso acabado, sino que está siempre en perfeccionamiento, como sostiene Hegel,⁵⁴ y es la jurisprudencia la mejor forma de llevarlo a cabo.

Aunque los romanos desarrollaron a su derecho de esta manera, parece que lo olvidaron en la tardía administración de la justicia romana, pues el espíritu formalista se apoderó de la jurisprudencia. Mediante una espléndida ironía Hegel se burlaba de la decadencia de la creatividad del derecho romano. Decía que, mediante la ley de las citaciones, parecía que se “introducía una especie de institución colegiada entre los juristas muertos en el pasado con mayoría de votos y un presidente.”⁵⁵

La manera de resolver las controversias jurídicas, sumando las opiniones de los cinco mayores juristas de la época clásica (Gayo, Ulpiano, Paulo, Modestino y Papiniano) como si fueran votos, en lugar de analizar esas opiniones a la luz de los problemas concretos, como ellos mismo lo hicieron en su momento, le parece a Hegel una especie de hermandad de los juristas muertos, dentro de la que está excluida la imagen de la vida, la creatividad de la juventud y el espíritu del pueblo. Es el síntoma de la vejez y de la decadencia del derecho.⁵⁶

3. LÓGICA, TÓPICA Y DIALÉCTICA

El método del formalismo jurídico pretende ser la lógica jurídica y el del antiformalismo es la tópica mientras que la dialéctica jurídica es la unidad de ambas. Puede decirse que el origen de los tres métodos está en Aristóteles.⁵⁷ La lógica, la pensó “el filósofo” para las leyes naturales (*physis*), la tópica para las leyes normativas (*nomos*) y la dialéctica, para el pensamiento probable.

54 Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 216, p. 277.

55 *Ibidem.* par. 211, p. 272.

56 Herder, *op. cit.* p. 323: “El espíritu de la nueva filosofía: pienso que la mayor parte de sus creaciones muestra que no puede ser más que una especie de mecánica ... se disponen mecánicamente los pensamientos entro de tales disciplinas, jugando y haciendo prestidigitación con ellos”; Savigny, “Los fundamentos de la ciencia jurídica!, en *op. cit.* p. 27: “Dicha expresión es más libre y más fuerte en la época juvenil de los pueblos, en la que la unión nacional aún es íntima y la conciencia de la misma generalmente divulgada no empañada todavía por las diferencias de la formación individual. Pero en cuanto la cultura de los individuos se hace más heterogénea y preponderante ... llega a ser más difícil la producción del derecho que descansaba en la comunidad de la conciencia.”

57 Aristóteles, *Tratados de lógica (El organón)*, México, Porrúa, 1972, pp, 71, 223.

Los juristas romanos utilizaron la tónica para resolver los problemas jurídicos con lo cual desarrollaron el sistema desde las Doce Tablas hasta el Corpus Iuris Civilis, la lógica lo hubiera obstaculizado.⁵⁸ Lo mismo hicieron los glosadores y los posglosadores que, mediante la tónica prepararon el derecho moderno.⁵⁹

Con el advenimiento de la racionalidad científica moderna, la codificación necesitaba de un instrumento más formal que la tónica, y los juristas fueron abandonando la tónica, al menos implícitamente, utilizando cada vez más la lógica que respondía más al valor de la seguridad jurídica que al de la justicia que era la “aporía fundamental” que orientaba los procedimientos tónico jurídicos.⁶⁰

Ambos valores del derecho –justicia y seguridad jurídica– es común que se encuentren enfrentados en el derecho moderno, constituyendo un problema entre dos valores positivos, lo cual constituye, por su parte, la “aporía dialéctica” por excelencia. Si se encontraran enfrentados un bien y un mal no habría ningún problema en escoger el valor positivo. La dialéctica se inventó, según Hegel, para resolver el conflicto de valores positivos entre sí, o de valores negativos entre sí también.⁶¹ Lo cual constituye, la “dramaturgia del concepto”,⁶² lo mismo en la historia, en la política, pero sobre todo en el derecho, que es “litis”, lucha, pero también conciliación.⁶³ Por ello, me parece que la mejor definición de Hegel sobre la dialéctica es la siguiente: “la fuerza de la vida y la potencia del espíritu consiste, por cierto, en colocar, soportar y superar la contradicción misma.”⁶⁴

58 Viehweg, op. cit. p. 95.

59 *Idem.*

60 *Ibidem.* p. 132.

61 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 98.

62 Bourgeois, Bernard, *El pensamiento político de Hegel*, trad. Aníbal C. leal, Buenos aires, Amorrortu, 1972, p. 20.

63 Hegel, *Estética 2*, trad. Alfredo Llanos, Buenos aires, siglo xx, 1983, p.28.

64 *Ibidem.* pp. 60 y 61.

Para colocar (precisar) la contradicción es necesaria la lógica, para soportar la contradicción es necesaria la tópica, y para superar la contradicción, es necesaria la dialéctica en sentido estricto.

La lógica jurídica la encuentra Savigny en el método sistemático de algunos juristas romanos como Celso que, según Vernengo dice: “es inconveniente –contrario a derecho– juzgar o dictaminar sin examinar la totalidad de la ley, y proponiendo solamente una partecita de ella (*in civile, nisi tota lege perspecta una aliqua particularis proposita indicare vel respondere*).”⁶⁵

Según Savigny –según Vernengo– se trata de la interpretación sistemática por la *sedes materiae*: “La ubicación de la norma, la localización de la norma, en la ley, en la institución o en el derecho positivo de una nación permite al jurista extraer ciertos criterios interpretativos.”⁶⁶

Es decir, para seleccionar el referente más probable de los varios posibles de la expresión relevante de una norma oscura, hay que reconstruir contextos normativos cada vez más amplios, para buscar su coherencia con todo el cuerpo normativo.⁶⁷

Pero aquí ya nos urge movernos al nivel de la tópica, pues según Savigny, “el encanto peculiar de la jurisprudencia romana es como si un caso cualquiera fuera el punto de arranque de toda la ciencia jurídica”.⁶⁸

La tópica, desde Aristóteles, es la técnica del pensamiento problemático, es decir, parte de los problemas y no del sistema.⁶⁹ Y consiste en buscar tópicos o puntos de vista a favor y en contra de cada una de las posibles soluciones de un problema o “aporía”.⁷⁰ Son dos los tipos de técnicas tópicas fundamentales: uno, las técnicas para resolver contradicciones entre textos de igual autoridad y, otro, para correlacionar situaciones parecidas. Para resolver las primeras, se introducen divisiones o particiones en los

65 Vernengo, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 50.

66 *Ibidem.* p. 55.

67 Berumen Arturo, *El Búho de Minerva*, pp. 182 y ss.

68 Viehweg, *op. cit.* p. 73.

69 *Ibidem.* pp. 49, 50.

70 *Ibidem.* p. 96.

conceptos y para las segundas se buscan implicaciones o equiparaciones. A partir de ahí se induce la solución más probable y se prueba con objeciones hipotéticas.⁷¹

Es lo que Cicerón llamaba el *ars inveniendi*, es decir, el arte de inventar o de encontrar tópicos a partir de los cuales puedan inferirse alternativas probables para resolver problemas jurídicos. Ahora bien, ¿en dónde se buscan estos tópicos o premisas? Me parece que dentro del “espíritu del pueblo”, es decir, dentro de la cultura, en las costumbres, en la historia, en la ciencia jurídica, en el arte, en fin, en el lenguaje de un pueblo. Pero ya nos movemos en el terreno estrictamente dialéctico.

Siempre ha sido para mí un enigma por qué Hegel coloca la Administración de Justicia en la Sociedad Civil, junto con el sistema de Necesidades y las Corporaciones y no en el Estado, donde aparecen el Poder Gubernativo y el Poder Legislativo, donde debería aparecer como Poder Judicial, de acuerdo con la teoría de la división de poderes de Montesquieu.⁷²

Tal vez, esto se deba a que el contexto más inmediato del derecho lo constituyan las necesidades sociales y las corporaciones de los ciudadanos que, junto con la administración conforman, según Hegel, la sociedad civil, y ya en segundo lugar se encuentran el gobierno y el estado.

En este sentido, las necesidades, económicas sobre todo, de las distintas clases o estamentos particulares y de la clase burocrática universal concretizan, de una manera dinámica, el espíritu del pueblo, ya que se encuentran en lucha y conciliación, la cual se logra mediante el derecho, aunque la lucha social se exprese también en contradicciones jurídicas. Nos dice Hegel, en la filosofía del Derecho: “Que haya colisiones por la aplicación del derecho, en las que tiene su sitio el entendimiento del juez, es enteramente necesario, porque de lo contrario sería la introducción de algo completamente maquinal. Si se llegara a abolir las colisiones porque se quiere abandonar la discreción del juez, tal solución es sumamente mala, porque también

71 *Ibidem.* pp. 87 y ss.

72 Hegel, *Filosofía del derecho*, par. 209 -229, pp. 269 y ss.

la colisión pertenece al pensamiento, a la conciencia pensante y a su dialéctica, pero sería arbitrario la mera decisión del juez.”⁷³

Es decir, es necesario tanto la contradicción como la superación de la contradicción para el desarrollo dialéctico del derecho, desde la fundamentación de su validez como de su aproximación sucesiva a la justicia. Hegel lo dice de una manera impresionante en la *Ciencia de la Lógica*: “Sólo después de haber sido llevados al extremo de la contradicción los múltiples se vuelven activos y vivientes uno frente al otro, y consiguen en la contradicción la negatividad, que es la pulsación inmanente del movimiento y de la vitalidad. [...] Mantener firme lo positivo en su negativo, el contenido de la presuposición en el resultado, esto es lo más importante en el conocer racional ... toda la lógica consiste en esto. [...] la negación es una negación determinada, tiene un contenido. Es un nuevo concepto, pero un concepto superior, más rico que el precedente; porque se ha enriquecido con la negación de dicho concepto precedente o sea con su contrario; en consecuencia lo contiene, pero contiene algo más que él, y es la unidad de sí mismo y de su contrario.”⁷⁴

La unidad de los contrarios, Hegel la logra mediante la transformación de lo cuantitativo en lo cualitativo: “se introduce un punto (nodal) de esta variación de lo cuantitativo en que la cualidad cambia, y el cuanto se muestra como especificante, de modo que la relación cuantitativa variada se ha trastocado en una medida, y con esto en una nueva cualidad, en un nuevo algo (y se da el salto) desde la variación cuantitativa hacia la cualitativa.”⁷⁵

De este modo dialéctico, la positividad de un orden jurídico consiste en la unidad de los contrarios: imputación válida y eficacia causal. El principio de efectividad del derecho corresponde al punto nodal hegeliano en el que la validez del deber ser y la eficacia del ser, se unifican en la positividad jurídica.⁷⁶

73 *Ibidem.* adición al par. 211, p. 272.

74 Hegel, *Ciencia de la lógica*, T. II, 1974, pp. 733, 387, y T. I, 1982, p. 71.

75 *Ibidem.* T. I, pp. 471, 174.

76 Berumen Campos Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, México, Coyoacan, 2008, p. 53.

La unidad de los contrarios no significa que el juez haga una síntesis de las pretensiones de las partes, aunque no se excluye en la conciliación, sino que el juez construye su solución del caso a partir de los argumentos opuestos de las partes que le permiten reconstruir imparcialmente la verdad de los hechos y la interpretación del derecho, tomando en cuenta todos los tópicos relevantes a favor y en contra de cada postura, asumiendo una actitud hipotética, en términos de Habermas.

La dialéctica jurídica de Hegel podría compararse con la ponderación jurídica de Alexy diciendo que la lógica jurídica se corresponde con justificación interna, la tópica jurídica con la justificación externa y la superación dialéctica de la contradicción con la ponderación de cánones.⁷⁷

Ya para terminar, diremos que el “espíritu del pueblo” de Savigny, nos proporciona los tópicos o cánones opuestos que pueden servir para reinterpretar las opciones lógicas de las normas jurídicas de modo que se supere la contradicción entre ellas, para alcanzar a resolver la aporía de la justicia. En otras palabras, el espíritu del pueblo es el metalenguaje tópico que interpreta el lenguaje lógico de las normas para redeterminarlas como la solución a la aporía fundamental de la justicia.

II. IHERING CONTRA SÍ MISMO: ENTRE CONCEPTOS E INTERESES

La obra de Ihering está dividida en dos grandes períodos: la Jurisprudencia de Conceptos y la Jurisprudencia de Intereses. En el primer periodo escribió, entre otros, su texto titulado “*Espíritu del derecho romano*”. La jurisprudencia de conceptos representa una mirada formal de la ciencia jurídica, en la que por medio de la lógica se descomponen las normas jurídicas, para después recomponerlas como conceptos y principios generales del derecho, para colmar todas las lagunas del derecho.⁷⁸ Este método está enraizado en el derecho romano.

77 Berumen Campos Arturo, “La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México, 2003, pp. 45 y ss.

78 Larenz, Karl., *Metodología de la ciencia del derecho*, S/T., 2º ed., Barcelona, Ariel 2001., pp. 45 67 y 68.

Ihering, considera, que las fuentes del derecho romano son válidas para el derecho de su época y busca encuadrarlas en un sistema lógico conceptual, sin embargo los cambios en las relaciones económicas, sociales, culturales y políticas vinculados al liberalismo impulsan a Ihering a iniciar la actualización de la ciencia pandectística de entonces⁷⁹ dando lugar al segundo periodo de su pensamiento: la jurisprudencia de intereses, periodo en el que escribe textos como *El fin del derecho y la Lucha por el derecho*.

La jurisprudencia de intereses implica una jurisprudencia pragmática con base sociológica. Ihering ahora opina que “la vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente innecesario o imposible”.⁸⁰

La finalidad del derecho, dice Ihering, es la de “garantizar las condiciones de vida de la sociedad”. Las condiciones de vida de acuerdo con Ihering no son sólo materiales (alimentos, casa, vestimenta, etcétera) sino también morales (el amor, el honor, la educación, entre otras), estas condiciones de la vida no son absolutas, sino relativas, ya que implican una serie de intereses que actúan en distintas direcciones y que pueden entrar en contradicción y generar conflictos; conflictos que necesitan de normas jurídica para ser resueltos.⁸¹

Mientras que en la jurisprudencia de conceptos Ihering pone en el centro del universo jurídico al legislador (en tanto creador de las normas), en la jurisprudencia de intereses, pone a la sociedad. Considera que todas las normas jurídicas tienen una función social que les da existencia. En la sociedad existen diferentes fines e intereses

79 Ibidem, pp. 65 y 66.

80 Ibidem, pp. 45 y 67.

81 Ihering, Von, R., *El fin del derecho*, Trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, B. Rodríguez Serra, Editor, S/ año de publicación., pp. 274 y ss

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9431>

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2ª ed., México, Themis, 1998, p. 359.

que cambian junto con la misma sociedad, por ello no es posible establecer un orden jerárquico entre ellos.⁸²

La escuela de intereses si bien es iniciada e inspirada por Ihering, tiene en Phillip Heck a su principal representante. Esta escuela no sólo es una reacción contra la jurisprudencia de conceptos, sino que es una nueva manera de estudiar al derecho, a partir de la vida separada de la lógica.⁸³

La vida humana concreta está por encima de las normas, por lo que el juez, para resolver una controversia jurídica –que implica un conflicto de intereses vitales– debe reproducir los intereses que dieron lugar a la creación de la norma que va a interpretar y en su caso a aplicar, para esclarecer, específicamente, el equilibrio que la ley busca imponer. En tanto que el derecho es producto de diversas fuerzas e intereses, el juez debe ponderar esas fuerzas que le dieron origen a la norma para poder captar la finalidad social de la ley y así poder resolver los conflictos que se le plantean.⁸⁴

En tanto que la jurisprudencia de conceptos se centró en la lógica, en la formalidad y sistematización del derecho, la jurisprudencia de intereses se concentró en la práctica del derecho, en la búsqueda del derecho aplicable en razón de su función social.

1. LA SISTEMATIZACIÓN LÓGICA DEL DERECHO (JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS)

“La Ciencia sistemática del Derecho es la Química jurídica, que busca los cuerpos simples. Al volatilizar en conceptos la materia dada, la construcción jurídica proporciona el paso del Derecho desde el estado inferior de agregado al superior. La transformación, que con ello sobreviene, consiste en que la materia deja completamente la forma práctica e imperativa inmediata y adopta la forma de un cuerpo jurídico.”
Ihering⁸⁵

Con el auge de las ciencias empíricas, durante el siglo XIX, las disciplinas humanas como la jurisprudencia buscaron convertirse en ciencias en el estricto sentido de la

82 Larenz, Karl., *Metodología de la ciencia del derecho*, S/T., 2º ed., Barcelona, Ariel pp. 69 y 70.

83 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, *Op. cit.*, p. 358.

84 *Ibidem*, pp. 359 y 360.

85 Larenz, Karl., *Metodología de la ciencia del derecho*, S/T., 2º ed., Barcelona, Ariel p. 47.

palabra. La jurisprudencia comenzó a ocuparse del derecho positivo con el propósito de formar un sistema unitario y coherente y el medio que se utilizó para ello fue la lógica jurídica.⁸⁶

En un primer momento Ihering va a desarrollar un método que se conoce como la Jurisprudencia de conceptos, sostenido en la lógica jurídica para sistematizar al derecho, con lo que se convierte, en palabras de Tamayo y Salmorán, en uno de los más ilustres y geniales representantes de la jurisprudencia dogmática.

El objetivo de la ciencia jurídica, es investigar los materiales concretos contenidos en el derecho positivo para construir un sistema mediante procedimientos lógicos. La jurisprudencia de conceptos puede construir un sistema coherente a partir de cualquier derecho positivo.⁸⁷

El sistema jurídico se forma mediante la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior. En la jurisprudencia inferior se hace interpretación de normas, lo que se busca esencialmente es aclarar y simplificar el material jurídico: explicar los principios; superar contradicciones e imprecisiones; y derivar consecuencias lógicas de los enunciados jurídicos mediante conceptos ordenados.⁸⁸

La jurisprudencia superior consiste, de acuerdo con Tamayo y Salmorán, en la sistematización del ordenamiento jurídico, es decir, una vez que el material jurídico fue esclarecido, es preciso sistematizarlo para lo cual es necesario seguir tres reglas a saber: regla doctrinal; regla de consistencia y regla de la belleza o elegancia jurídica.⁸⁹

La regla doctrinal consiste en construir el sistema jurídico a partir del derecho positivo dado por el legislador. El sistema jurídico es una creación de la ciencia

86 Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, op. cit., 1998, p. 353.

87 *Ibidem*.

88 Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Trad., Manuel Atienza, México, Colofón, 1994., pp. 46 y 47.

Larenz, Karl., *Metodología de la ciencia del derecho*, Op. cit., p.47

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho.*, Op. cit., p. 354.

89 Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Op. cit., p. 47.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho.*, Op. cit., p. 355

jurídica que si bien respeta el contenido del derecho positivo lo ordena, clasifica y estructura libremente.

En tanto que el sistema jurídico es una creación doctrinal, una creación científica, no contienen contradicciones e inconsistencia, esto es lo que se conoce como la regla de consistencia.

La regla de la belleza o elegancia jurídica según Tamayo y Salmorán, no tiene la misma relevancia que las otras dos en cuanto a la construcción del sistema jurídico, sin embargo, para Ihering, es importante que la ciencia jurídica tenga un estilo artístico, sencillo, claro y transparente. Es muy probable que gracias a esta regla los escritos de Ihering estén llenos de analogías, metáforas y condimentados con citas literarias.

El resultado de la jurisprudencia inferior y la jurisprudencia superior es el sistema jurídico. Sistema que ofrece a los juristas una serie de reglas abstractas para solucionar todos los casos jurídicos que se presenten. Los juristas al interpretar las normas, seleccionan ciertas nociones particulares entre las que encuentran algunas características comunes a partir de las cuales deducen los conceptos jurídicos generales o bien derivan principios generales aplicables a toda una materia jurídica, que serán utilizados, para colmar las lagunas del derecho y resolver cualquier caso que no esté regulado, específicamente, por la ley, pero que pueda ser subsumido o explicado por los conceptos y principios generales del derecho creados por la ciencia jurídica.⁹⁰

Este método, dice Heck, puede denominarse como “método de inversión” ya que en la disolución de inconsistencias y complementación de lagunas se invierte la relación de lo particular a lo general mediante el proceso que Larenz denomina como proceso de descomposición y recomposición lógicas del material jurídico. Primero se descomponen en sus partes las normas jurídicas para, después, recomponerlas en forma de conceptos y principios generales que permiten constituir el sistema jurídico y que serán aplicados a casos concretos. Esta lógica de descomposición y composición del

90 Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, *Op. cit.*, p. 44.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho.*, *Op. cit.*, p. 355.

sistema jurídico, permite que la ciencia jurídica se constituya como fuente de nuevas reglas jurídicas encontradas mediante la interpretación de normas.⁹¹

En este primer periodo del pensamiento de Ihering, dice Larenz, es posible vislumbrar algunos rasgos de la jurisprudencia de intereses, ya que no adopta las categorías éticas de la filosofía idealista que tanto Savigny como Puchta abrazan fuertemente y que llevará a Ihering, —en su segundo periodo—, a calificarlos como teóricos románticos del derecho.

2. LA LUCHA COMO ESENCIA DEL DERECHO (JURISPRUDENCIA DE INTERESES)

“[Los] principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban”.

Ihering

El derecho, dice Ihering, contrariamente a lo que sostienen Savigny y Puchta es “una idea de fuerza”, surge de los penosos esfuerzos, innumerables trabajos e incluso de la sangre del pueblo; de la lucha y no de la fuerza de la verdad que poco a poco y en secreto, por medio de la persuasión, genera la luz en los corazones de los individuos y se manifiesta en la forma del derecho, como sostienen Savigny y Puchta, cuya teoría bien podría ser llamada “la escuela romántica del derecho”, que presenta el nacimiento de las normas jurídicas semejante al nacimiento de las normas gramaticales.⁹²

En el derecho se encuentran entrelazados, mezclados e incluso en disputa diversos intereses individuales y colectivos que luchan y oponen una gran resistencia al verse amenazados. En esa lucha nace y vive el derecho. Si bien es cierto que algunas modificaciones legales pueden ser puramente abstractas esa es una “reparación mecánica” de la maquinaria jurídica, como cuando se reemplaza un tornillo por otro. Presentar al derecho ajeno a la lucha, como si su desarrollo fuese orgánico, invita a

91 Heck Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Op. cit., p. 44.

Larenz, Karl., *Metodología de la ciencia del derecho*, Op. cit., p.46.

Cf. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho.*, Op. cit., p. 355.

92 Ihering, Von R., *La lucha por el derecho*, Trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1998, pp., 8, 9 y 15.

los ciudadanos a la espera, a la quietud, cuando en realidad son los pueblos los que establecen sus propias normas jurídicas a base de grandes esfuerzos.⁹³

El nacimiento del derecho, de acuerdo con Ihering, es como el nacimiento humano: doloroso.

Tanto el derecho de los individuos como el derecho colectivo es susceptible de sufrir cambios por lo que la lucha por el derecho se presenta tanto en el plano privado como el público e internacional, estos distintos cambios, son, dice Ihering, las escenas del drama jurídico, el drama de la lucha por el derecho.⁹⁴

3. EL SENTIMIENTO DEL DERECHO

“El derecho solo existe cuando se resiste a la injusticia”
Ihering

Cuando a un sujeto se le viola un derecho puede elegir entre sacrificar su tranquilidad y luchar por la reivindicación de su derecho o sacrificar su derecho por su tranquilidad. Es común escuchar que se reproche a los individuos cuando deciden luchar por su derecho, sobre todo cuando el interés económico en disputa es ínfimo, empero dice Ihering, lo que impulsa a una persona a luchar por su derecho no es el interés material, sino “el dolor moral que le causa la injusticia de la que ha sido víctima”, lo que lleva a un individuo a sacrificar su tranquilidad es que se le reconozca su derecho y el único medio que tiene para lograrlo es la lucha contra la injusticia.⁹⁵

La defensa de nuestros derechos es un deber para con nosotros mismos, dice Ihering, porque implica un acto de conservación personal. Cuando se nos viola un derecho, nuestra existencia moral se ve atacada, y no resistir a la injusticia es lo mismo que un “suicidio moral”.

El derecho se compone de un conjunto de intereses, que reflejan la condición particular de la existencia moral de los individuos. La pura protección abstracta de la

93 Ibidem, pp. 10-16.

94 Ibidem, pp. 19 y 20.

95 Ibidem, p. 26.

ley no basta, es indispensable que los individuos defendamos nuestros intereses, en especial cuando somos víctimas de una arbitrariedad.⁹⁶

Si bien resistir a la injusticia es un deber moral y social, esto no significa que debamos desarrollar una “manía por el litigio”, una resistencia sistemática. Es importante, dice Ihering, aprender a diferenciar, –como se hacía en el derecho romano–, entre la injusticia subjetiva o voluntaria –como la del ladrón o del deudor que se niega a pagar– y la injusticia involuntaria u objetiva, como la del heredero de un deudor que no conoce la deuda; aunque jurídicamente está obligado a pagar y se le puede exigir dicho pago, pues se tiene el derecho, es posible negociar con él e incluso desistir de la acción, más al deudor de mala fe o al ladrón se le debe hacer cumplir el derecho a toda costa, ya que de no hacerlo se afectaría, se desacreditaría todo el derecho, todo el sistema jurídico.⁹⁷

Frente a la injusticia objetiva o involuntaria el derecho es una cuestión de interés: se lesiona el derecho subjetivo y en tanto que éste es un interés protegido por la ley lo que se busca es la protección legal. La injusticia subjetiva o voluntaria lesiona el interés y la personalidad, especialmente, cuando se ha adquirido el derecho –la propiedad, por ejemplo– por medio del trabajo, del esfuerzo propio, pues al apropiarnos de una cosa por medio de nuestro propio esfuerzo y de nuestro trabajo le imprimimos nuestra personalidad.⁹⁸

El dolor moral que causa la injusticia voluntaria, dice Ihering, es equiparable al dolor físico que genera una enfermedad.⁹⁹

La injusticia voluntaria –podemos decir a partir de la analogía planteado por Ihering– es a la existencia moral lo que la enfermedad es al cuerpo, por ello aun cuando una persona no sabe nada sobre derecho, experimenta, frente a la arbitrariedad, un dolor que le impulsa a luchar por su derecho. La lucha por el derecho, entonces, es el tratamiento, la cura de la enfermedad llamada arbitrariedad o injusticia voluntaria.

96 Ibidem, pp. 30 y 31.

97 Ibidem, pp. 31-37

98 Ibidem, p. 52.

99 Ibidem, pp. 37 y 38.

De acuerdo con Ihering la exaltación del sentimiento del derecho se presenta de distintas maneras, toda vez que los individuos califican el carácter de la lesión a partir de sus intereses, según su clase o su profesión. Por ejemplo, un militar se sentirá más lastimado frente a una injuria a su honor que un campesino, quien luchará más fuertemente por su tierra o un comerciante cuyo interés principal es el crédito.¹⁰⁰

La clase a la que se pertenece o la profesión que se practica, el entorno en general, puede influir en el sentimiento legal ya sea para exacerbalo o para debilitarlo. Una persona que conviva con los campesinos, desarrollará, casi sin darse cuenta algo del sentimiento de propiedad semejante al de las personas del campo y de igual manera un individuo que viva en una sociedad mercantilista verá a la propiedad con fines de lucro y riqueza.¹⁰¹

Un ejemplo de dos maneras diferentes de sentir la propiedad nos lo ofrece Bruno Traven en su novela “La rosa blanca” en el diálogo que protagonizan el licenciado Pérez y don Jacinto:

Don Jacinto: Pero vea usted, señor licenciado, ¿cómo podría yo vender la hacienda? Me es imposible vender Rosa Blanca, porque en realidad no me pertenece.

Licenciado Pérez: ¿Oí bien? ¿Puedo dar crédito a mis oídos? ¿Ha dicho usted, realmente, que no es el propietario? ¿Es verdad eso, don Jacinto?

Lo que no...es decir yo he...Si yo mismo he revisado todos los registros, todos los documentos referentes a la propiedad. Y sólo puedo decir que no hallé ni el más leve error en la documentación. La documentación se remonta a épocas tan remotas que hubo necesidad de consultar con expertos traductores del castellano antiguo, para hacerlo legible en el moderno. Y no se descubrió ninguna falta, ningún error en parte alguna. Usted es el propietario legal, don Jacinto, sin el más remoto lugar a duda. Para hablar, francamente, le diré que bien me gustaría que no fuera así.

Don Jacinto: Claro está que soy el propietario legal. ¿Quién dice lo contrario?

100 Ibidem., pp. 38-42.

101 Ibidem., p. 51.

Lic. Pérez: ¿Pero no acaba usted de decir, sólo hace un momento, que Rosa Blanca no es suya?

Don Jacinto: Sí eso dije, pero tratando de significar algo distinto. El lugar es mío. Pero no me pertenece al grado de que me sea posible hacer con él lo que me plazca.

Lic. Pérez: ¡Pero en el nombre de Dios, don Jacinto! ¿Por qué no ha de poder usted hacerlo?

Don Jacinto: Trataré de explicarlo con claridad, señor licenciado. Naturalmente que yo puedo cultivar la tierra, plantar en ella todo lo que me parezca conveniente para todos nosotros. Y lo que quiero que comprenda es que yo no soy el único propietario. Mi padre poseía la tierra como yo la poseo ahora y como mi hijo mayor la poseerá algún día, cuando yo haya desaparecido. Así pues, ella no pertenecía realmente a mi padre, ya que él tenía que pasármela como habré yo de pasarla a mi hijo cuando sea requerido fuera de este mundo.

Lic. Pérez: Don Jacinto, déjese de tonterías

Don Jacinto: No veo por qué ha de ser una tontería que yo diga que Rosa Blanca no es de mi propiedad en grado ilimitado, y que carezco del derecho de hacer con ella lo mismo que usted puede hacer con su reloj de oro. Porque aquellos que vengan cuando yo me haya ido también habrán de vivir. Y exactamente como mi abuelo y mi padre supieron que yo seguiría viviendo cuando ellos se marcharan, y que por tanto debían seguir guardando Rosa Blanca, sin que jamás cruzara su mente la idea de venderla o de alquilarla, precisamente en la misma forma, debo obrar yo. Comprenda usted, licenciado, es mi sangre la que me hace sentir, pensar y obrar en la forma que lo hago. Yo soy responsable de la suerte de todos los que habitan Rosa Blanca. Yo no puedo abandonarla. No soy el propietario, soy únicamente una especie de administrador de la propiedad. Esa es la verdad. Así se han llevado las cosas desde que se fundó Rosa Blanca, sólo Dios Santo sabe quién lo haría, pero debe haber sido hace muchos, muchos cientos de años, de acuerdo con nuestras viejas sepulturas, las que tienen mayor significado para mí que cualquier documento.

Lic. Pérez: Pero hombre, esas son palabras solamente, sentimentalismo anticuado, mi querido señor Yáñez. En este mundo cruel que habitamos, cada quien ha de mirar por sus propios intereses. Deje que los otros cuiden de sí mismos. Y en lo que se refiere a sus propios hijos, podrá usted darles todo el dinero que necesiten para ser felices o, si lo prefiere, podrá heredarlos para que lo gocen después. ¿Cómo es posible que desee usted que sus hijos vivan aquí en las condiciones de todos esos indios? Ellos son jóvenes y desean gozar de la vida ¿Por qué han de ser pastores y campesinos si pueden ser mujeres y hombres cultos? Doctores, abogados como yo o ingenieros, capaces de vivir decentemente en una ciudad civilizada. Pero si no desean estudiar, pueden comprar todas esas cosas excelentes que el dinero paga, todas esas cosas hechas únicamente para la gente que tiene dinero.

Don Jacinto: Tal vez —dijo don Jacinto lacónicamente— Tal vez, señor licenciado, bien dicho, nada más que así carecerían de tierra. Son humanos y necesitan comer, y ¿cómo podrían hacerlo si no siembran maíz y frijol?¹⁰²

La propiedad y el honor dice Ihering, son semejantes en cuanto al nivel de estima que los individuos les tienen. El verdadero amor a la propiedad no deriva del lujo o el deseo de riqueza, sino de su relación con el trabajo. En el mundo indígena mexicano, además de la relación de la propiedad con el trabajo, el sentimiento de propiedad, el amor a la propiedad, se nutre de la relación moral, de respeto que se tiene con la tierra. Cuando la propiedad, nos sigue diciendo Ihering, tiene un origen fácil, se consigue sin esfuerzo, pierde su carácter y naturaleza propias y con ello se pierde el sentimiento moral que guía su defensa. El sentimiento moral de propiedad está directamente vinculado al trabajo que una persona realiza para conseguirla y/o conservarla.¹⁰³

La relación entre las personas y sus derechos, les imprimen a estos últimos un valor que es inconmensurable y distinto al valor que deriva del interés. El valor que deriva del interés es como la prosa, el valor que deriva del sentimiento y que impulsa la lucha por el derecho, es poesía. La fuerza del derecho, como la del amor descansa en el sentimiento. Lo mismo que el amor se puede develar en un instante, el sentimiento

102 Traven, Bruno, *La Rosa Blanca*, México, Selector, 2003, pp. 19-21

103 Ihering, Von R., *La lucha por el derecho*, Op., cit., pp. 43,44, 48 y 49.

del derecho se devela en el instante en que se experimenta el sufrimiento que genera la injusticia.¹⁰⁴

La intensidad del dolor y la tenacidad con la que se lucha contra la injusticia, dice Ihering, es la piedra de toque de la salud del sentimiento legal. La facultad de sentir el dolor que causa la arbitrariedad junto con el valor para luchar contra ella son el doble criterio para determinar la salud del sentimiento legal de un individuo y de una nación.¹⁰⁵

4. SOLIDARIDAD DE LA LEY Y EL DERECHO SUBJETIVO

“El sentimiento del derecho es lo que la raíz en el árbol; si la raíz se daña, si se alimenta en la árida arena ó se extiende por entre rocas, el árbol será raquítico, sus frutos ilusorios, bastará un pequeño huracán para hacerlo rodar por el suelo...”

Ihering

Generalmente se destaca el hecho de que el derecho subjetivo se sostiene en la ley. El derecho concreto depende del derecho abstracto se dice, pero se olvida que el derecho concreto da vida a la ley. El derecho concreto es el derecho realmente vigente, pues si un principio legal no se utiliza, dice Ihering, ni siquiera merece ese nombre, ya que no contribuye con la marcha del sistema jurídico.¹⁰⁶

La relación que existe entre derecho objetivo (ley) y derecho subjetivo es, dice Ihering, análoga a la relación que existe entre corazón y sangre. La sangre –derecho subjetivo– parte del corazón –ley– y regresa a él para mantenerlo vivo.¹⁰⁷

El derecho subjetivo es la sangre de la ley y la ley es el corazón del derecho subjetivo. Los derechos subjetivos le deben su existencia a la ley y la ley le debe su vitalidad a los derechos subjetivos.

En el caso del derecho privado la lucha por el derecho hace latir la ley, es decir que la ley vive gracias a que se lucha contra la injusticia. El derecho público, por su

104 Ibidem., pp. 53- 55.

105 Ibidem., pp. 56 y 57.

106 Ibidem., pp. 63 y 65.

107 Ibidem., p. 65

parte, estará vivo, siempre que las autoridades estatales cumplan sus deberes. Si las autoridades no ejercen sus facultades y no cumplen sus obligaciones y los ciudadanos no defienden sus derechos, la ley es letra muerta.¹⁰⁸

Si cientos de soldados abandonaran el campo de batalla, dejando la lucha en manos de unos cuantos, fortaleciendo al enemigo, sucedería lo mismo si quienes tienen el deber de cumplir y defender la ley no lo hicieran. La arbitrariedad, la injusticia, la ilegalidad (el enemigo) se fortalecen. Cada individuo debe luchar desde su trinchera contra la injusticia con fundamento en sus derechos subjetivos, que no son más que la autorización que el estado otorga a las personas para luchar por el derecho (siempre que tengan interés) y de entrar en la batalla contra la injusticia.¹⁰⁹

La defensa particular de un derecho, dice Ihering, implica una defensa del orden establecido en las relaciones sociales. Si una persona de forma aislada renuncia a la lucha de su derecho por su tranquilidad o comodidad, esto, en principio no tiene mayores consecuencias, pero cuando esta actitud se vuelve generalizada, es decir que la mayoría de los miembros de una comunidad rehúsan la lucha por sus derechos, el sentimiento legal se paraliza y enferma, el sentimiento legal nacional. Si la mayoría decidiera no luchar por su derecho pensando en las consecuencias particulares, la suerte de quienes decidan luchar se convertirá en una odisea. Abandonados por sus aliados “naturales” se enfrentarán solos a la arbitrariedad que el miedo y/o la pereza de los demás ha fortalecido y que se burla del que lucha.¹¹⁰

El dolor que causa la injusticia despierta el sentimiento legal y puede transformar a los individuos súbitamente, pero la pasión y la fuerza de un individuo puede verse aplastada por la autoridad que protege la injusticia. La injusticia protegida por la ley, dice Ihering, no se compara con ningún crimen cometido por cualquier individuo, es un “verdadero pecado mortal del derecho”.¹¹¹

108 Ibidem., pp. 64, 65, 76 y 77.

109 Ibidem., pp. 66 y 68.

110 Ibidem., p. 51, 67-69

111 Ibidem., p. 85.

La persona que es víctima de una injusticia por parte de la autoridad es arrojada abruptamente a la ilegalidad y puede perder toda su creencia en el derecho y sentimiento legal o peor aún declararse enemigo del derecho y convertirse en delincuente.¹¹²

Un ejemplo de cómo las instituciones pueden arrojar a la ilegalidad a los individuos puede ser lo que sucedió en el Estado Mexicano con la llamada reforma indígena. Gracias a que la SCJN dio la misma resolución de improcedencia a las diferentes controversias constitucionales interpuestas por varios municipios y no resolvió el problema de fondo,¹¹³ a los indígenas mexicanos los arrojaron a la ilegalidad. Les desecharon su controversia constitucional por un detalle técnico, una cuestión de puro procedimiento, como le sucede a Constantin en *Final del juego*: "...Como él mismo sabía bien, lo habían condenado por un detalle técnico ... una simple cuestión de procedimiento, como un mal giro en la trama de una historia, con el único propósito de cerrar la investigación."¹¹⁴

Algunas comunidades indígenas se sintieron arrojadas, fuera de la legalidad y tomaron la decisión de desconocer dicha reforma y constituir comunidades autónomas al margen del estado.

A partir de la reforma constitucional al artículo 2º y de la respuesta formalista de la SCJN, algunas comunidades indígenas decidieron construir municipios al margen del Estado. Desde 2001 hasta 2005 algunas comunidades y pueblos indígenas trabajaron en la construcción de los municipios autónomos rebeldes zapatistas (MAREZ).

Mediante estos municipios las comunidades y pueblos están ejerciendo y desarrollando una forma de organización municipal indígena.

Estos municipios funcionan bajo los principios normativos, culturales y organizativos de las comunidades, ya que han llevado a cabo un proceso de apropiación, en el que han tomado algunos aspectos, sobre todo con relación a la estructura del municipio,

112 Ibidem., pp. 74,75, 85 y 86.

113 Ortiz Andrade, Jacqueline, *Racionalidad comunicativa y argumentación jurídica indígena*, México, Porrúa, 2018, pp. 62-78.

114 Ballard J.G., "Final del juego" en *Cuentos Completos* (versión digital), Trad., Manuel Manzano Gómez y Rafael González del Solar, RBA, 2001, p. 452.

pero cambiando algunas cuestiones de contenido, conservando y al mismo tiempo superando la institución del municipio.¹¹⁵

Cuando las instituciones estatales niegan la justicia, la legalidad, la lucha por el derecho, dice Ihering, se transforma en lucha contra la ley y el sentimiento del derecho busca los medios necesarios para superar la injusticia de la que ha sido víctima, justo como hicieron algunos pueblos indígenas.

De acuerdo con Ihering frente a esta búsqueda de justicia popular el estado puede llegar a modificar sus acciones y reconocer esas prácticas populares.¹¹⁶ En el caso del Estado Mexicano, esto no ha sucedido aún.

Cualquier disposición o acto arbitrario del estado debilita el sentimiento legal de la nación y la fuerza del mismo y abre la puerta al despotismo y a los intrusos.

Destruir en el campesino la libertad personal acrecentando sus impuestos, colocar al habitante de las ciudades bajo la tutela de la policía, encadenar el pensamiento del escritor por medio de leyes injustas, repartir los impuestos según capricho y obedeciendo al favoritismo, son principios para matar en un pueblo todo sentimiento civil, toda fuerza y asegurar al despotismo una tranquila conquista.¹¹⁷

El despotismo comienza con el ataque a las libertades individuales que constituyen la savia del derecho, por lo que va secando poco a poco al sistema jurídico hasta dejarlo seco y estéril.

En los pequeños detalles de la vida, en las pequeñas luchas por el derecho se forja el capital moral que el estado necesita para lograr sus fines. El sentimiento legal nacional sólo es posible gracias a la lucha del derecho privado, pues toda nación está formada por individuos y como ellos y gracias a ellos piensa y siente.

La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el derecho público, sino el derecho privado, y si se quiere saber cómo una Nación defenderá en

115 Aguilar Ortiz, Hugo, “La comunidad como fundamento de la reconstrucción de los pueblos indígenas”, en *Revista México indígena*, Nueva época, Vol. 2, núm. 4, mayo de 2003, Instituto Nacional Indigenista, México p. 36.

116 Ihering, Von R., *La lucha por el derecho*, Op., cit., p. 87.

117 *Ibidem.*, p. 96

un caso dado sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende su derecho personal en la vida privada.¹¹⁸

El derecho, de acuerdo con Ihering,¹¹⁹ es el ideal del individuo que se reconoce como un fin en sí mismo y que por ello lucha con tenacidad frente a la injusticia y la arbitrariedad que lesiona su moralidad y su interés; lucha sin importar que el agresor sea otro individuo, el gobierno nacional o un gobierno extranjero, pues lo que impulsa la resistencia es la energía del sentimiento legal y la fuerza moral que conlleva la conservación de su persona, amén de que sabe que defender su derecho implica la defensa del derecho en su totalidad y viceversa, la lucha por el derecho en general conlleva la lucha por su derecho personal.

La jurisprudencia de intereses se concentra en la vida humana concreta que debe ser garantizada por el derecho, sustrayéndolo de la lógica en la que lo metió la jurisprudencia de conceptos. La jurisprudencia de intereses se olvida de la sistematización del derecho y de la formación de los conceptos para ocuparse de la vida, del sentimiento jurídico, de la lucha por el derecho que da sentido y existencia a las normas jurídicas, pues es la vida concreta y la lucha por el derecho —y no la lógica—, lo que determina nuestra existencia.

III. KELSEN CONTRA EHRLICH

Tal vez, sean estos dos autores, los representantes más característicos del formalismo y del antiformalismo. Lo más opuesto a la Teoría Pura del Derecho del primero parece ser la Escuela del Derecho Libre del segundo. A pesar de que el debate suscitado entre ellos fue más bien sobre la naturaleza del derecho y de la ciencia jurídica, sus posturas respectivas al respecto tienen consecuencias muy importantes en la aplicación del derecho.

118 Ibidem., p. 89

119 Ibidem., pp. 92 y 93.

Sobre la naturaleza del derecho expondremos primero la concepción de Ehrlich, vinculándola con la de Savigny que tuvo una gran influencia en él junto con la del segundo Ihering.¹²⁰

1. DERECHO VIVO

Empecemos por decir que hay un “parentesco de familia”¹²¹ entre el derecho como “espíritu del pueblo” de Savigny y el “derecho vivo” de Ehrlich que nos parece su concepto fundamental.¹²²

Que sólo sea derecho, el derecho vivo, significa que “Sólo lo que se produce en la vida se convierte en norma viva, lo otro es mera doctrina, norma de decisión, dogma o teoría”.¹²³ El “derecho libre”, como le llama Kantorowicz, o el “derecho de la sociedad” como le llama Ehrlich, es un derecho extra estatal, diferente (mas no indiferente) del estatal.¹²⁴ O sea que Ehrlich sostiene una especie de pluralismo jurídico en la sociedad. De hecho, ha sido considerado uno de los primeros en observar este fenómeno en la sociedad moderna.¹²⁵ Más adelante volveremos sobre este tema.

Aparte del “derecho vivo” y del derecho legal estatal, Ehrlich distingue el “derecho de los juristas”,¹²⁶ siguiendo a Savigny. La mejor manera de distinguir el derecho legal y el derecho vivo, nos parece que es citando el conocido ejemplo que pone el mismo Ehrlich sobre la Bucovina: “El derecho de familia del Código Civil austriaco es, como es sabido, rigurosamente individualista, acaso el más individualista entre

120 Gómez García Juan Antonio, “Derecho, vida y derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich”, Prefacio a *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, de Eugen Ehrlich, trad. Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena, Gregorio robles Morchón, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 21.

121 Ver nota 17.

122 Gómez García Juan Antonio, *op. cit.* p. 15

123 Villoro toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1984, p. 364.

124 Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, p. 260.

125 Carbonnier, Jean, *Sociología jurídica*, trad. Luis diez Picazo, Madrid, Tecno, 1982, p. 72.

126 Ehrlich Eugen, “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, trad. Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena, Gregorio robles Morchón, Madrid/ Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 66.

todos los hoy vigentes en Europa. La esposa con respecto al marido y los hijos con respecto a os padres se encuentran en una situación de dependencia general, casi como si fueran completamente ajenos unos a otros [...] Ahora bien, en la Bucovina, región perteneciente a Austria y donde, por tanto, el Código Civil tiene tanta vigencia como en cualquier otra parte del Estado, se toma considerablemente más en serio la autoridad paterna. El campesino rumano ... conoce una patria potestad que al experto en el Derecho romano antiguo le es muy familiar. Los hijos aún pertenecen al padre, sino durante toda la vida, sí hasta la mayoría de edad, al cumplir los veinticuatro años.¹²⁷

El individualismo moderno está sobrepuesto a la dependencia paternal antigua. Es un claro ejemplo de pluralismo jurídico, es decir, de dos o más órdenes jurídicos válidos en un mismo territorio:¹²⁸ el Código Civil austriaco y la organización familiar de los rumanos de Bucovina.

Sin embargo, se dirá que el único derecho válido es el austriaco y lo de Bucovina no son más que costumbres ancestrales. Pero esto sería desde el punto de vista del imperialismo jurídico austriaco.¹²⁹ En cambio, para los campesinos rumanos su organización familiar es su “derecho vivo” el que sienten como suyo e interno a su comunidad. En cambio, el derecho austriaco, dice Ehrlich, sólo tiene para ellos una validez externa.

En Bucovina rige, sin embargo, el Código Civil austriaco, una ley extraña, cuyo derecho de familia ha surgido de su organización familiar absolutamente distinta. Su validez es puramente externa; como mera norma de decisión se aplica en los casos muy poco frecuentes en los cuales la relación entre padres e hijos da pie a una intervención de la patria potestad. En los demás casos la familia aumenta y prospera conforme a su peculiar Derecho originario, indiferente a las normas de decisión.¹³⁰

127 Ehrlich, “Sociología y jurisprudencia”, en *op. cit.* pp. 92, 93.

128 Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, p.p. 37 – 54.

129 *Idem.*

130 Ehrlich, “Sociología y jurisprudencia”, en *op. cit.* p 94.

Al parecer, el derecho vivo está vinculado en Ehrlich al pluralismo jurídico en el que aquél convive con el derecho abstracto moderno e incluso puede estar en conflicto con éste.

Como lo veremos más abajo, Kelsen crítica a Ehrlich diciendo que confunde el derecho y la sociedad. Y desde el punto de vista formal, parece tener razón. Sin embargo, para Ehrlich, no todo derecho tiene origen estatal, sino también social: “El error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer como Derecho sólo lo que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes. [...] Ciertamente los límites existentes entre tales normas sólo socialmente sancionadoras no son precisos, se confunden con frecuencia unos con otros. [...] Hubo un tiempo, en que todo Derecho estaba en su mayoría socialmente establecido, y así acontece aún hoy, en amplias zonas de lo jurídico.”¹³¹

La distinción entre derecho y sociedad es, en realidad, producto de la modernidad, que irrumpió en la cultura tradicional de una manera decisiva a partir de la revolución industrial y de la revolución francesa. La modernidad escinde al mundo moderno en dos grandes formas de organización social: la sociedad y la comunidad.¹³² La comunidad es la forma tradicional de organización y la sociedad es una manera formal de organización. A cada una de ellas corresponde un tipo de derecho. El derecho comunitario y el derecho liberal. El derecho de Bucovina corresponde al derecho comunitario y el Código Civil austriaco al derecho liberal.¹³³

A partir de entonces podemos hablar de un pluralismo jurídico entre ambas formas de organización social. Es más, esta dualidad social de organización es la que dio origen a la sociología en general con Comte y Durkheim y a la sociología Jurídica en particular con Ehrlich. Nos atreveríamos a decir que toda la sociología está marcada por esta dualidad.

131 *Ibidem.* p. 93, 94.

132 Nisbet, Robert, *La formación del pensamiento sociológico*, trad. Enrique Medina de Vedia, Buenos aires, Amorrortu, pp. 71 y ss.

133 Ortiz Andrade Jacqueline, “El derecho indígena como sistema jurídico” en *Derecho Indígena Mexicano*, I, Coordinado por Oscar Correas, México, Coyoacan, 2007, pp. 304 y ss.

Por ejemplo, Comte les llama, respectivamente, comunidad moral y comunidad política; Durkheim: solidaridad mecánica y solidaridad orgánica; Tönnies: comunidad y sociedad, precisamente; Weber: tradicional y legal racional; Marx: sociedades precapitalistas y sociedades capitalistas; Simmel: molecular e impersonal, entre otros.¹³⁴

Lo mismo podríamos decir de la Sociología del Derecho, en cuanto al tipo de derecho correspondiente a aquella dualidad de organización social. Ehrlich distingue entre derecho vivo y derecho estatal; Gurvitch: derecho social y derecho individual; Duguit: derecho solidario y derecho competitivo, entre otros.¹³⁵

No siempre el derecho liberal es un “derecho muerto” sino sólo cuando se pretende imponer sobre el “derecho vivo” de las comunidades como las comunidades indígenas de América Latina, o cuando no toma en cuenta el derecho de los juristas.

2. EL DERECHO DE LOS JURISTAS Y EL DERECHO DE LA LEY

Si el derecho vivo está conformado por las normas de organización social, el derecho de los juristas es el que alimenta las normas de decisión.¹³⁶ Es decir, el derecho de los juristas es la doctrina que se aplica realmente en la jurisprudencia.

Kelsen no aceptaría de ningún modo que los resultados de la ciencia jurídica forman parte del derecho aunque él mismo les llame reglas jurídicas.¹³⁷ Pero lo que en realidad le importa a Ehrlich es la función creadora de la jurisprudencia, tanto en las decisiones concretas como en la creación de leyes y de códigos por parte del derecho de los juristas. Nos dice nuestro autor que el derecho de los juristas es la base científica del derecho legal: “La tradición jurídica, que sobrepasa con mucho en importancia al Derecho Legal, consiste esencialmente, en los principios que vienen expresados en la decisión de los casos realmente acontecidos y en la generalización científica de tales principios; decisiones y generalizaciones de decisiones son también

134 Nisbet, *op. cit.* pp. 71 y ss.

135 Ortiz Andrade Jacqueline, *op. cit.* p. 304 y ss.

136 Ehrlich, “Sociología y jurisprudencia”, en *op. cit.* p. 94.

137 Ver *supra* nota 51.

el contenido propio de los escritos de los juristas romanos; los *responsa prudentium*, el edicto del pretor y la gran mayoría de las constituciones imperiales romanas, así como los *Weistümer* de los alemanes y los *Reports* de los ingleses están en esa misma dirección.”¹³⁸

La doctrina no sólo estudia el derecho existente sino que contribuye a construirlo creativamente.¹³⁹ O, como dice Tamayo: la doctrina es la gramática con la que se escribe y se lee el derecho.¹⁴⁰

Mediante el derecho de los juristas se ha concretizado el derecho legal en las decisiones de los tribunales. Por eso, el verdadero derecho no está en la ley sino en la jurisprudencia de los tribunales. Ehrlich lo dice de una manera impresionante: “La práctica de la Corte de Casación parisina ha introducido en el derecho privado francés tal abundancia de ideas nuevas, ha conferido a la ley un giro tan discrepante con la intención del legislador, que es muy lógico afirmar que quien sólo conoce la legislación francesa no tiene ni idea del Derecho que se práctica realmente en Francia.”¹⁴¹

Podemos decir con Hegel que el derecho de la ley es un derecho abstracto, un derecho en sí; mientras que el derecho de los juristas es un derecho concreto, un derecho para sí.¹⁴² Ambos son momentos necesarios para la determinación del derecho.

Como el derecho de los juristas está vinculado con el derecho vivo,¹⁴³ también puede darse aquí un pluralismo jurídico, en forma de pluralismo judicial entre la aplicación del derecho vivo y el derecho legal. Ehrlich menciona el interesante caso del pluralismo entre la jurisprudencia holandesa y la austriaca, cuando Holanda pertenecía al Imperio Austriaco, sobre el procedimiento judicial oral en ambas jurisdicciones: “La Ordenanza General de Tribunales dispone que en el campo ... se procedería oralmente. En Austria el procedimiento oral consistía, por lo general,

138 Ehrlich, “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”, en *op. cit.* p. 59.

139 *Ibidem.* p. 60.

140 Tamayo, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1992, p. 350.

141 Ehrlich, “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”, en *op. cit.* pp. 77, 78.

142 Hegel, *Ciencia de la lógica* I, pp. 155, 202.

143 Ehrlich, “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre” en *op. cit.* p. 69.

en que los escritos no serían redactados sino en forma de protocolos presentados al juez ... Por el contrario, en la entonces Holanda austriaca, se tomó el procedimiento oral en serio. Se actuaba realmente ante el tribunal, recogándose al final un acta de las actuaciones, y el juez que había llevado éstas, decidía, si bien con la ayuda de las actas y, por tanto, bajo la impresión de la vista oral. De este modo, la misma ley conducía en Austria a un procedimiento protocolario e indirecto, y en Holanda a un proceso oral directo; la diferencia no se encontraba en la ley, sino en los pueblos.”¹⁴⁴

Como es de notarse, la distinta manera de llevar a cabo los juicios orales, se correspondía con la diferencia entre la sociedad y la comunidad. La sociedad austriaca era una organización nacional burocrática moderna, dicho en términos de Weber,¹⁴⁵ y, por lo tanto, la oralidad del procedimiento civil era puramente protocolar, mientras que la comunidad holandesa era una organización social más tradicional,¹⁴⁶ por lo que la oralidad de su procedimiento era más racional comunicativo, para expresarnos en términos de Habermas.

Ya para terminar este apartado, mencionaremos cual sería la relación entre estos tres tipos de derecho distinguidos por Ehrlich en el mundo moderno: el derecho vivo, el derecho de los juristas y el derecho legal.

Utilizando la metodología hegeliana, podríamos decir que el derecho de los juristas sería la mediación por medio de la cual el derecho vivo se transforma en el derecho legal y en las normas de decisión. De hecho, Ehrlich lo ha dicho en varias ocasiones, por ejemplo, cuando dice que “el Derecho de los juristas le proporciona (al juez) instrucción y adoctrinamiento”.¹⁴⁷

Esta visión pluralista del derecho de Ehrlich no podía dejar de generar la oposición de los formalistas, en Kelsen especialmente, el más formalista de ellos. Pasaremos a exponer brevemente la polémica entra ambos.

144 Ehrlich, “Sociología y jurisprudencia” en *op. cit.* pp. 101, 102.

145 Nisbet, *op. cit.* T.I pp. 189 y ss.

146 *Idem.*

147 Ehrlich, “Libre investigación y ciencia del derecho libre” en *op. cit.* p. 69.

3. POLÉMICA DE KELSEN Y EHRlich (DERECHO VÁLIDO Y DERECHO VIVO)

Tras la publicación en 1913 del libro de Ehrlich *Fundamentación de la sociología del derecho* en el que el autor sostiene que la auténtica ciencia del derecho es la sociología jurídica y cuyo objeto de estudio es el derecho vivo, Kelsen publica un artículo en la revista *Archiv für Socialwissenschaft und Sozialpolitik* en el que hace una crítica, irónica e incluso sarcástica del texto de Ehrlich dando origen a una polémica en torno a la ciencia del derecho.¹⁴⁸

Ehrlich parte de una concepción jurídico-sociológica centrada en el concepto de derecho vivo. Kelsen, por su parte, desarrolla una concepción teórico-jurídica centrada en el derecho válido.

Los distintos ataques que Kelsen hace a la concepción sociológica del derecho de Ehrlich tienen como eje central el sincretismo metodológico. La sociología, dice Kelsen, es una disciplina que bien puede existir junto a una ciencia normativa del derecho, pero su objeto y método son distintos de los de la ciencia normativa por ello es inaceptable pretender como lo hace Ehrlich identificarlas.¹⁴⁹

Frente a los diversos ataques que Kelsen hace al texto de Ehrlich, este responde, que amén de que es ofensivo que Kelsen considere que él no sabe la diferencia entre ser y deber ser, su crítica está insuficientemente fundada, ya que toma algunos pasajes de su texto sacándolos de contexto, eso por un lado.

Por otra parte, Ehrlich le reprocha a Kelsen que únicamente se ocupe del sincretismo metodológico o la supuesta confusión entre ser y deber ser y deje de lado el resto de

148 Kelsen Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, Trad. Adolfo Barberá, en *Doxa*, 12, 1992, versión electrónica en: <https://doxa.ua.es/article/view/1992-n12-una-fundamentacion-de-la-sociologia-del-derecho>

Pérez Báez María del Cristo, “Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugenio Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho”, en *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, N° 13, 1996, versión electrónica en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/18599>, p. 1 y 2.

149 Robles Morchón, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, ponencia leída el 20 de abril de 1977 en el Instituto de Estudios Jurídico, en el marco del Seminario de Filosofía del Derecho, dirigido por el profesor doctor Luis Legaz y Lacambra, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985431.pdf>, p. 184. Kelsen Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, op. cit., pp. 214 y 215.

los argumentos que él ofrece para sostener que la sociología es la auténtica ciencia del derecho.¹⁵⁰

4. SER Y DEBER SER

De acuerdo con Kelsen, Ehrlich confunde las reglas del ser con las del deber ser, pues afirmar que una regla conforme a la que se actúa es una regla según la cual se debe actuar como lo hace Ehrlich (dice Kelsen) es un error, pues una regla del ser obtenida a partir de la observación no es capaz de indicar nada con relación al deber ser. Así como el biólogo se ocupa exclusivamente del comportamiento regular de determinadas formas de vida y no de cómo deben comportarse, la sociología en tanto ciencia causal-explicativa se ocupa de la determinación de las reglas del ser del comportamiento humano que nada o muy poco pueden informar sobre las reglas del deber ser.¹⁵¹

Al afirmar que una regla de actuar es una regla según la cual se debe actuar, dice Ehrlich, lo que quiero decir es que las reglas del actuar determinan, generalmente, de hecho, nuestra voluntad y que también deben determinarla. Como puede verse –continúa Ehrlich–, no hay ninguna confusión entre reglas del ser y del deber ser como afirma Kelsen; en mi libro, hablo del derecho como un fenómeno del deber ser y nunca como ley natural.¹⁵²

En mi texto dice Ehrlich me ocupo de cómo el derecho surge de la sociedad, se condensa en proposiciones jurídicas en la legislación y en la jurisprudencia y cómo afecta a la sociedad.¹⁵³

Para Kelsen el derecho no puede ser en parte una regla del ser y en parte una regla del deber ser. El derecho sólo puede delimitarse desde una perspectiva normativa. Cuando Ehrlich sostiene que el derecho nace de la sociedad, o por ejemplo que

150 Ehrlich, Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, trad. de., Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena y Gregorio Robles Morchón, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 115-123.

151 Kelsen Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, *Op. cit.*, pp., 217 y 218

152 Ibidem., pp., 115 y 116.

153 Ibidem., p. 121.

los contratos son anteriores al enunciado jurídico relativo a los contratos incurre, (según Kelsen) en un error lógico. Si bien los enunciados jurídicos no son anteriores temporalmente a los hechos, si lo son lógicamente, es decir que para poder calificar de contrato un determinado hecho es preciso contar con una definición de contrato, lo mismo sucede con la definición de derecho; para calificar un determinado conjunto de normas como derecho es preciso contar con un concepto de derecho; concepto que la ciencia jurídica normativa proporciona.¹⁵⁴

Esto puede ser cierto siempre que hablemos de derecho válido, estilo Kelsen, pero no necesariamente es cierto, si entendemos el derecho como derecho vivo estilo Ehrlich.

5. DERECHO VALIDO VS. DERECHO VIVO

El derecho vivo –dice Ehrlich– son “las reglas del deber ser jurídicas, las cuales no se limitan a ser normas de decisión, sino que dominan de hecho la conducta humana”.¹⁵⁵ De acuerdo con Ehrlich el derecho nace en la vida social y por ello es preciso observarla para conocer el derecho.

Las posturas formalistas que consideran al derecho como un conjunto de normas relativas a la actuación de los tribunales y de las autoridades estatales, esencialmente coactivas desconocen que el derecho tiene su origen en la sociedad y que la mayoría de las veces no se necesita la coacción para su funcionamiento. Esta concepción de la jurisprudencia tiene una visión parcial y errónea del derecho al alejarlo de la vida social humana que es el ámbito al que corresponde.¹⁵⁶

La concepción del derecho planteada por Ehrlich, de acuerdo con Kelsen, es errónea ya que la sociología del derecho necesita de un concepto de derecho que le permita identificar lo que observa como derecho y distinguirlo de otros ordenamientos jurídicos. Este criterio no lo puede dar la sociología del derecho toda vez que es una

154 Pérez Báez María del Cristo, “Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugenio Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho”, *Op. cit.*, pp. 5 y 6.

Kelsen Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, *Op. cit.*, pp. 223 y ss.

155 Ehrlich, Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, *Op. cit.*, p. 122.

156 Robles Morchón, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Op. cit.*, pp. 187 y 188

ciencia de hechos, por lo que, en realidad, presupone el concepto proporcionado por la jurisprudencia normativa.¹⁵⁷

La jurisprudencia normativa (dice Kelsen) no desconoce que las situaciones sociales son anteriores temporalmente a las normas, pero dichos enunciados son lógicamente anteriores ya que sin ellos no sería posible calificar un hecho como matrimonio, testamento o contrato.

Los contratos (dice Ehrlich) en la vida social son cumplidos habitualmente y de este cumplimiento deriva la posibilidad de su exigencia por medio de la acción. Por otra parte, la realización de un testamento está motivada por diversos factores sociales como las protecciones a la familia o creencias religiosas, entre otras, que son los que dan validez a la última voluntad, al contrato y al derecho en general. Antes que la actuación de los órganos del estado es la realidad social la que da origen al derecho.¹⁵⁸

De acuerdo con Kelsen, Ehrlich confunde la validez (existencia jurídica) de las normas jurídicas con su eficacia que se refiere al comportamiento de los individuos en relación con las normas jurídicas, amén de que, desde esta perspectiva, es imposible distinguir al derecho de cualquier otro ordenamiento normativo. El motivo que lleva a los sujetos a cumplir con las normas jurídicas (continúa Kelsen) no es un problema de la ciencia jurídica normativa.

Si bien la afirmación de Ehrlich de que los individuos no cumplen sus deberes jurídicos únicamente por miedo a la sanción coactiva es correcta, analizar la conducta a partir de motivos religiosos, por ejemplo, es objeto de estudio de la religión, no de la ciencia jurídica, amén de que si el derecho establece un castigo para quien cometa un delito es porque el legislados supone que la creencia en dios o los lazos familiares, no son motivos suficientes para que un sujeto no delinca. Aunado a esto, que la motivación principal de un individuo para cumplir la norma jurídica, no sea la sanción coactiva, no entra en contradicción, como parece creer Ehrlich, con la

157 Kelsen Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, *Op. cit.*, pp. 222 y ss.

Robles Morchón, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Op. cit.*, pp. 188 y 189.

158 Robles Morchón, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Op. cit.*, p. 193.

doctrina que afirma que la coacción es el elemento esencial del derecho, toda vez que esta doctrina se refiere al contenido del derecho, a la técnica específica que utiliza el sistema jurídico para provocar un determinado comportamiento en los sujetos y no se ocupa de las motivaciones reales del comportamiento de los individuos.¹⁵⁹

Ehrlich, propone distinguir los diferentes tipos de normas a partir de la intensidad del sentimiento que surge por la violación de un derecho. Esta propuesta de Ehrlich le parece a Kelsen, que refleja el hecho de que la sociología jurídica no se ocupa de las normas jurídicas sino de los efectos de las normas jurídica.¹⁶⁰

Probablemente Ehrlich está pensando en la afirmación de Ihering de que el derecho sólo existe cuando se lucha contra la injusticia¹⁶¹ (violación de un derecho), por ello habla del sentimiento del derecho como un criterio para distinguir al derecho de otros ordenamientos sociales. Cuando el sentimiento es tal que impulsa la lucha por la reivindicación de un derecho estamos frente a normas jurídicas y no frente a morales o religiosas, por ejemplo.

Ehrlich asume una actitud antiformalista y antilegalista que opone a la ciencia jurídica normativa como la propuesta por Kelsen.

6. CIENCIA DEL DERECHO

Ehrlich quiere eliminar el elemento coactivo del derecho, empero (dice Kelsen) al proponer una definición de derecho sin coacción lo confunde con la sociedad. El derecho, dice Ehrlich, es una ordenación de la conducta humana que determina la posición y los deberes de todos y cada uno dentro de la comunidad. Si bien el derecho es un orden que establece los deberes de cada miembro de la sociedad y por tanto su posición dentro de ella, lo hace por medio de una técnica específica —la técnica de

159 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1995, pp. 29 y 30.

Robles Morchón, Gregorio, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Op., cit.*, p. 194-196.

160 Pérez Báez María del Cristo, “Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugenio Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho”, *Op. cit.*, p. 6

161 Ver inciso II, Ihering contra si mismo.

la sanción coactiva-; esta técnica es el elemento que permite diferenciar claramente al derecho de todos los demás órdenes sociales. Si se pierde de vista que el derecho se distingue de cualquier otro orden social por la coacción que utiliza para regular la conducta humana, la sociología del derecho se identifica con la sociología general y el derecho con la sociedad.¹⁶²

La concepción del derecho como un conjunto de normas coactivas relativas a la actuación de los tribunales y autoridades estatales identifica al derecho como un fenómeno estatal y deja de lado el origen social del mismo, por lo que presenta una visión incompleta y errónea del derecho. La vida social, que la ciencia del derecho normativa olvida (dice Ehrlich) es el elemento fundamental de la construcción cognoscitiva de la sociología del derecho, auténtica ciencia del derecho, cuyo propósito es investigar lo que es realmente el derecho.¹⁶³

De acuerdo con Ehrlich, dice Kelsen, el derecho no sólo se constituye de las normas utilizadas por las autoridades estatales, sino que también se compone de aquellas normas que los individuos efectivamente cumplen y no siempre existen coincidencias entre ellas, pues si bien las decisiones judiciales influyen en la conducta de los individuos, dicha influencia es mínima. Empero las normas jurídicas son sólo un tipo de normas con las cuales efectivamente se conducen las personas, pero no todas las normas que prescriben el comportamiento de los sujetos son jurídicas; para poder distinguir las normas jurídicas de cualquier otro tipo de normas es preciso contar un concepto previo, concepto proporcionado por la ciencia jurídica normativa.¹⁶⁴

El objeto de la sociología del derecho, auténtica ciencia del derecho es, dice Ehrlich, el derecho vivo, entendido como aquel que rige la vida cotidiana de los sujetos y se opone claramente al derecho válido, objeto de estudio de la jurisprudencia normativa. El derecho vivo no constituye según Kelsen una categoría jurídica, es el objeto de estudio

162 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1995, pp. 30-33.

163 Robles Morchón, Gregorio, "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica", *Op., cit.*, p. 187 y 188.

164 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1995, pp. 30-32.

de una ciencia que estudia la sociedad pero no el derecho, por ello es inaceptable que con esta categoría se intente explicar el fenómeno jurídico. El derecho, según Kelsen, es una forma en que se manifiesta la vida, por lo que la verdadera ciencia del derecho debe ocuparse del estudio de esa forma.¹⁶⁵

Para Ehrlich, el derecho no se determina ante las audiencias ni se describe y conoce con términos vacíos, formales, sino en las reglas que los individuos día a día utilizan en sus relaciones recíprocas, es decir, en la vida.

La polémica Kelsen-Ehrlich concluyó formalmente con un epílogo de Kelsen publicado en 1917.¹⁶⁶ Sin embargo, la disputa entre formalismo y antiformalismo sigue vigente hasta nuestros días.

Un formalismo tan extremado de Kelsen llevó a Ehrlich a decir que aquél no se ocupó en realidad del contenido de su libro sociología del Derecho.¹⁶⁷ Con ello nos privó de una polémica en torno al pluralismo jurídico que hubiera sido muy fructífera. Paradójicamente, muchos años después, Oscar Correas, con base en Kelsen, ha formulado un pluralismo jurídico que, sin estar consciente de ello arriba a conclusiones parecidas a las de Ehrlich. Nos parece una “astucia de la historia” de que tanto le gustaba apelar a Hegel. Pero ese es el tema de otro trabajo, por lo que se refiere a éste, es momento de concluir.

CONCLUSIÓN

A pesar de su oposición o tal vez debido a ella misma, el formalismo y el antiformalismo han sido dos momentos necesarios para el desarrollo del derecho y de su ciencia. El desarrollo del derecho en esta etapa, se ha llevado a cabo mediante esta dialéctica negativa que va de un extremo a otro:

165 Pérez Báez María del Cristo, “Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugenio Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho”, *Op. cit.*, p. 10.

166 *Ibidem*, pp. 2 y 3.

167 Ehrlich, “Respuesta a Kelsen”, en *op. cit.* p. 121.

Del espíritu (lenguaje) del pueblo de Savigny al lenguaje de los códigos de Thibaut; de los conceptos a los intereses de Ihering y del derecho vivo de Ehrlich al derecho abstracto de Kelsen.

O visto de una manera vertical: del derecho legal a la escuela de conceptos y de ésta al derecho puro, por un lado; y por otro, del espíritu (lenguaje) del pueblo, a la escuela de intereses y de ésta al derecho vivo.

Tal vez sea posible transformar esta dialéctica negativa en una dialéctica positiva transformando las fases históricas del desarrollo del derecho en elementos conceptuales del método jurídico.¹⁶⁸ Ante un problema jurídico, primero, se estudiaría el derecho en sí o el ser del derecho o sea el formalismo (ley, concepto, validez). Después se analizaría la esencia del derecho o el derecho fuera de sí, es decir, el antiformalismo (lenguaje del pueblo, lucha de intereses, derecho vivo). Y finalmente, el concepto de derecho o el derecho en y para sí, es decir, la redeterminación del derecho surgida de esta unidad de los contrarios del formalismo y del antiformalismo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ORTIZ, Hugo (2003), “La comunidad como fundamento de la reconstrucción de los pueblos indígenas”, en *Revista México indígena*, Nueva época, Vol. 2, núm. 4, Instituto Nacional Indigenista, México, mayo.
- ARISTÓTELES (1972), *Tratados de lógica (El organón)*, México, Porrúa.
- BALLARD, J.G. (2001), “Final del juego” en *Cuentos Completos* (versión digital), Trad., Manuel Manzano Gómez y Rafael González del Solar, RBA.
- CONTRERAS, Francisco J (2001). “La idea del espíritu del pueblo” en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 35.
- BECCHI, Paolo (1995), “La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny”, publicado en *Anuario de derecho civil*, Madrid, Ministerio de Justicia.

168 Hegel, *Lecciones de historia de la filosofía*, I, p. 34: “la sucesión de los sistemas de filosofía en la historia es la misma que la sucesión de las diversas fases en la derivación lógica de las determinaciones conceptuales de la idea.”

- BERUMEN CAMPOS, Arturo (2016), *El búho de Minerva*. Apuntes de filosofía del derecho, México, UAMA.
- (2003), “La argumentación jurídica como dialéctica comunicativa”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México.
 - (2008), *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, México, Coyoacan.
- BOURGEOIS, Bernard (1972), *El pensamiento político de Hegel*, trad. Aníbal C. leal, Buenos aires, Amorrortu.
- CARBONNIER, Jean (1982), *Sociología jurídica*, trad. Luis diez Picazo, Madrid, Tecno.
- CORREAS, Oscar (2007), “Los sistemas normativos de las comunidades indígenas”, en *Derecho indígena mexicano*, coordinado por Oscar Correas, I, México, Coyoacan.
- (2003), *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara.
- EHRlich, Eugen, (2005), “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre”, “Sociología y jurisprudencia”, “Respuesta a Kelsen”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, trad. de., Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena y Gregorio Robles Morchón, Barcelona, Marcial Pons.
- FROSINI, Vittorio (1995), *La letra y el espíritu de la ley*, trad. Carlos Alarcón Cabrera, Barcelona, Ariel.
- GADAMER, H. G. (2000), *Verdad y método*, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 2000.
- HECK, Philipp (1994), *El problema de la creación del derecho*, Trad., Manuel Atienza, México, Colofón.
- HEGEL, G. W. F. (1974), *Ciencia de la lógica*, II, trad. Augusta y Rodolfo Mondolfo, Buenos Aires, Solar.
- (1980), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. Ovejero y Maury, México, Porrúa.
 - (1983), *Estética 2*, trad. Alfredo Llanos, Buenos aires, siglo XX.
 - (2000), *Filosofía del derecho*, trad. Eduardo Vásquez, Madrid, Biblioteca Nueva.
 - (1985), *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, trad. Wenceslao Roces, México, FCE.

- HERDER, J. G. (2002), "Ensayo sobre el origen del lenguaje", en *Obra selecta*, trad. Pedro Ribas, Barcelona, Biblioteca de los grandes pensadores.
- IHERING, Von R. (1998), *La lucha por el derecho*, Trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa.
- *El fin del derecho*, Trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, B. Rodríguez Serra, Editor, S/año de publicación <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9431>
- KAUFMANN, Walter (1972), *Hegel*, trad. Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Alianza.
- KELSEN, Hans (1992), "Una fundamentación de la sociología del derecho", Trad. Adolfo Barberá, en *Doxa*, 12, versión electrónica en: <https://doxa.ua.es/article/view/1992-n12-una-fundamentacion-de-la-sociologia-del-derecho>
- (1995), *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México.
 - (1971), *Teoría pura del derecho*, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, EUDEBA.
- LARENZ, Karl. (2001), *Metodología de la ciencia del derecho*, S/T., 2º ed., Barcelona, Ariel.
- NISBET, Robert (2003), *La formación del pensamiento sociológico*, I, trad. Enrique Molina de Vedia, Buenos Aires, Amorrortu.
- ORTIZ ANDRADE, Jacqueline (2007), "El derecho indígena como sistema jurídico" en *Derecho Indígena Mexicano*, I, Coordinado por Oscar Correas, México, Coyoacan.
- (2018), *Racionalidad comunicativa y argumentación jurídica indígena*, México, Porrúa, 2018.
- PEREZ BAEZ, María del Cristo (1996), "Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugenio Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho", en *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de la Laguna*, N° 13, versión electrónica en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/18599>
- RADBRUCH, G. (1978), *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (1977), "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica", ponencia leída el 20 de abril de 1977 en el Instituto de Estudios Jurídico, en el marco del Seminario de Filosofía del Derecho,

dirigido por el profesor doctor Luis Legaz y Lacambra, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985431.pdf>

ROSS, Alf (1970), *Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genera R. Carrió, Buenos -Aires, Eudeba.

SAUSSURE, Ferdinand de (1988), *Curso de lingüística general*, trad. Mauro Armiño, México, Fontamara.

SAVIGNY, Friedrich Karl, von (1981), “Los fundamentos de le ciencia jurídica”, “Los tres códigos modernos”, en *Textos clásicos*, trad. Werner Goldschmidt, México, UNAM.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1998), *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*., 2º ed., México, Themis.

TRAVEN, Bruno (2003), *La Rosa Blanca*, México, Selector.

TRUYOL Y SERRA, Antonio (2004), *Historia de la filosofía del derecho y del estado, 3. Idealismo y positivismo*, Madrid, Alianza.

VERNENGO, Roberto (1977), *La interpretación jurídica*, México, UNAM.

VIEHEWEG, Theodor (1964), *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus.

VILLORO TORANZO, Miguel (1982), *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa.

- (1984), *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig (2002), *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Barcelona, Crítica.

ZAN, Julio de (2014), “Reconocimiento, intersubjetividad y lenguaje en la primera Filosofía del Espíritu de Hegel”, en *Reconocimiento, libertad y justicia. Actualidad de la filosofía práctica de Hegel*, coordinadores Mario Rojas Hernández y Klaus Vieweg, México, Itaca.