



Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

La Diferencia Entre la Idea de Eficacia del Análisis
Económico del Derecho Ortodoxo y la Idea de Validez del
Derecho

Tesis para la obtención de grado en la licenciatura de
Derecho

Presenta

Jorge Muñoz de Jesús

Matricula: 201332079

Director

José Luis León Salamanca

Puebla, Puebla Enero de 2021

Resumen

El paradigma del Análisis Económico del Derecho que parte de los supuestos epistemológicos y metodológicos del pensamiento económico neoclásico le aporta dos grandes contribuciones al Derecho: una visión sistemática del comportamiento humana y considerar a la ley como modificadora de la misma al incentivar o desincentivar a sus destinatarios. Lo anterior conlleva al AED, al menos en su versión dominante (escuela de Chicago u ortodoxo), a consolidar una idea de la eficacia de las leyes (funcionamiento real y efectivo de las leyes). Por otra parte, los juristas han mantenido una actitud reticente ante esa concepción reduccionista del Análisis Económico del Derecho. Debido a que, desde la Filosofía del Derecho, se han preocupado más por resolver cuestiones sobre la validez y la justicia de las leyes que por determinar su eficacia. Por lo anterior, la presente tesis se centra en contrastar la idea de eficacia como significación técnica y neutral que se desprende de los orígenes y fundamentos del Análisis Económico del Derecho con la idea de validez jurídica que está presente en las corrientes iusfilosóficas del Derecho (iusnaturalismo, positivismo jurídico y neoconstitucionalismo) con el propósito de advertir las diferencias epistemológicas y, por lo tanto, metodológicas de estos dos campos del conocimiento.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Filosofía del Derecho, idea de eficacia, idea de validez jurídica.

Abstract

The paradigm of the Economic Analysis of Law, based on the epistemological and methodological assumptions of neoclassical economic thought, provides two major contributions to the Law: a systematic view of human behavior and consider the legal rules as an incentive modifier. This leads the Economic Analysis of Law, at least in its dominant version (Chicago school), to consolidate an idea of the effectiveness of laws (real and effective functioning of laws). On the other hand, jurists have maintained a reticent attitude towards this reductionist conception of the Economic Analysis of Law, especially in Civil law. Because, from the Philosophy of law, they have been more concerned with resolving questions about the validity and justice of laws than with determining their effectiveness. Therefore, this thesis focuses on contrasting the idea of effectiveness as a technical and neutral meaning that follows from the origins and foundations of the Economic Analysis of Law with the idea of legal validity that is present in the iusphilosophical currents of Law (natural law, legal positivism and neo-constitutionalism) in order to note the epistemological and, therefore, methodological differences of these two fields of knowledge.

Keywords: Economic Analysis of Law, Philosophy of law, effectiveness of laws, legal validity

A Dios, a mis padres y a Diana, sin ustedes esto no sería posible

Gracias a todos mis amigos y maestros por apoyarme en esta noble y hermosa carrera:

En especial a Luis Ernesto y a Luis Alberto por ser mis primeros lectores y críticos

Índice General

Introducción	8
Capítulo 1. El Análisis Económico del Derecho. Supuestos Epistemológicos y Metodológicos.....	12
1.1. Aproximación al Concepto del AED	13
1.2. Orígenes del AED	16
1.2.1. Precursores.....	18
1.3. Conceptos Básicos Para Entender al AED.....	19
1.3.1. Economía.....	20
1.3.2. Mercado de la competencia perfecta.....	21
1.3.3. Externalidades.....	23
1.3.4. Teorema de Coase.....	25
1.3.5. Costos de transacción.....	27
1.4. Propiedades que caracterizan al AED	28
1.4.1. Principio de eficiencia del AED	28
1.4.2. Individualismo metodológico, escasez, racionalidad y universalización de preferencias.....	32
1.5. Escuelas del AED	34
1.5.1. Escuela de Chicago (escuela positiva del AED).....	36
1.5.2. Escuela de Yale (escuela normativa del AED).....	37

1.5.3. Distinción entre los enfoques positivo y normativo del AED	39
1.6. Premisas del AED Ortodoxo.....	41
1.7. La Idea de Eficacia del AED	42
Capítulo 2. Idea de Validez del Derecho	46
2.1. Concepto de Validez del Derecho.....	47
2.2. Concepto del Derecho en el Iusnaturalismo y en el Positivismo Jurídico.....	50
2.2.1. Concepto del Derecho en el iusnaturalismo.....	50
2.2.2. Concepto del Derecho en el positivísimo jurídico.....	51
2.3. Idea de Validez en el Iusnaturalismo	53
2.3.1. Pensamiento griego antiguo.....	54
2.3.2. Cristianismo.....	56
2.3.3. Pensamiento de la edad media	57
2.3.4. Pensamiento iusnaturalista renacentista y contemporáneo	60
2.4. Idea de Validez en el Positivismo Jurídico	63
2.4.1. Formalismo jurídico.....	66
2.4.2. Positivismo jurídico sociológico-antiformalista	69
2.4.2. Positivismo normativista kelseniano o positivismo metodológico.....	71
2.4.3. Positivismo metodológico de Hart.....	73
2.4.4. Perspectiva postpositivista.....	75
2.5. Neoconstitucionalismo.....	78

2.5.1. Neoconstitucionalismo positivista	81
2.5.2. Neoconstitucionalismo no positivista	82
2.6. Otras Implicaciones Sobre la Validez Jurídica	84
2.6.1. Racionalidad en la validez del Derecho	84
2.6.2. La razón de ser del Derecho y de la validez jurídica	88
Capítulo 3. Diferencias Entre la Idea de Eficacia del AED Ortodoxo y la Idea de Validez del Derecho	91
Conclusiones	97
Bibliografía	100

Introducción

La presente tesis tiene como objeto contrastar la idea de eficacia que se desprende del “paradigma interdisciplinario del Derecho, la Economía y la Filosofía, conocido como Análisis Económico del Derecho” (Martínez Cinca, 2010, p. 5) desde su versión ortodoxa con la idea de validez del Derecho.

De manera más específica, se centra, por un lado, en el énfasis que hace el Análisis Económico del Derecho a la cuestión de la eficacia real de las leyes, principalmente desde su visión dominante en la literatura (escuela de Chicago o escuela ortodoxa) que parte de los supuestos epistemológicos y metodológicos del pensamiento económico neoclásico. Por otro lado, en la forma de cómo las corrientes del iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo han justificado y defendido su fundamento de validez jurídica, es decir, cómo certifican la existencia y obligatoriedad del Derecho (de la ley, o mejor, de la norma jurídica) desde el campo de la Filosofía del Derecho.

Ya que, varios autores aseguran que, desde la Filosofía y Teoría del Derecho, los juristas se han preocupado más por resolver el problema validez jurídica y de justicia de las leyes que por resolver el problema de su eficacia (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002; Calsamiglia, 1988; Calsamiglia, 2003; Roemer, 1994).

El paradigma del Análisis Económico del Derecho (a partir de ahora sólo AED) es considerado un nuevo intento de interacción entre la Economía y el Derecho posterior a la brecha marginalista¹ (Fraga lo Curto, 2019). Se enmarca en lo que se conoce como “imperialismo de la

¹ Ya que, a pesar de que estas disciplinas mantuvieron una estrecha relación a lo largo de la historia, en el siglo XIX el Derecho y la Economía dejaron de trabajar epistemológicamente en conjunto por culpa del pensamiento económico neoclásico. Éste rompió toda relación entre la Economía y las demás disciplinas al transformar la Economía en una ciencia formal (revolución marginalista). Mientras que, por otro lado, el Derecho terminó de remarcar esa brecha en su intento de generar una Teoría General Pura del Derecho (Fraga lo Curto, 2019).

ciencia económica', expresión que muchos autores emplean hoy para denunciar el afán de querer imponer el método y los presupuestos *neoclásicos* a todas las ciencias sociales, empezando por el Derecho" (Martínez Cinca, 2010, p. 34).

Debido a que, partiendo de la Teoría Económica y en el ámbito de la teoría positiva (escuela de Chicago), el AED emplea "una teoría explícita y sistemática del comportamiento humano" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2019 [MJDHN], p. 5). La cual parte del supuesto de que todas las personas intentan maximizar sus beneficios y de cómo la ley, a sabiendas de esto, puede modificar su comportamiento. De ahí que, la forma en que el AED ortodoxo califica a una ley como buena o mala "es apelando a sus resultados, es decir, a qué tanto se modificó el comportamiento de los destinatarios de la ley" (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 130).

Mas, estas dos grandes aportaciones que ofrece el AED desde su versión ortodoxa al Derecho no fueron muy bien recibidos por los juristas. Pues, se piensa que esta visión del AED implica, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, "la reducción del Derecho (que es norma ética) a la condición de mera regla técnica" (Montoro Ballesteros, 1999, p. 441).

Asimismo, aunque existen diversos trabajos académicos que estudian al AED, coincidimos en que la mayoría de ellos se dedican a resaltar sus ventajas o desventajas dejando de lado las diferencias epistemológicas entre esta área del conocimiento y la Filosofía del Derecho. Lo cual sólo ha provocado que se remarque la brecha entre ambos, especialmente en el campo del derecho continental. Pues, parece que los cultores del AED y los juristas hablan lenguajes diferentes.

El llegar a entender el cómo se desprende la idea de eficacia del AED ortodoxo que presenta desde sus bases teóricas y el llegar entender el cómo las distintas corrientes filosóficas

del Derecho presentan y defienden su idea de validez jurídica, nos permitirá, además de delimitar ambos campos del conocimiento, obtener un panorama más completo acerca de sus diferencias y limitaciones metodológicas. Pensamos que dicho panorama, podría dar apertura a un nuevo dialogo entre los juristas y los cultores del AED.

Pues, tenemos la idea de que la poca aceptación del AED por parte de los juristas puede deberse más bien a problemas epistemológicos y metodológicos que a cualquier otra cuestión. También sostenemos que ambos campos tienen su propia justificación y riqueza teórica en cuanto a que tratan de dar respuestas a cuestiones acerca del fenómeno jurídico. Es decir, adoptan el mismo objeto de estudio desde sus distintos modelos interpretativos (Ruiz García , 2017).

Por ello, en el primer capítulo de la presente tesis comenzaremos por definir al AED y a estudiar sus orígenes y fundamentos del AED. Después pasaremos a estudiar algunos conceptos básicos de Economía como mercado de la competencia perfecta, externalidades, costos de transacción y conoceremos el Teorema de Coase (pilar importante del AED). Posteriormente, estudiaremos el principio de eficiencia que está presente en el núcleo del AED y sus propiedades que lo caracterizan (individualismo metodológico, escasez, racionalidad y preferencias). Para así diferenciar entre las perspectivas positiva y normativa del AED para finalizar con las premisas del AED ortodoxo, y del cómo eso se plasma en su idea de eficacia.

En el segundo capítulo estudiaremos el concepto de validez del Derecho y describiremos el concepto del Derecho que derivan de las tesis centrales de los enfoques filosóficos del iusnaturalismo y del positivismo jurídico. Para pasar posteriormente a hacer un recorrido rastreando el fundamento de validez jurídica en el devenir de las distintas corrientes filosóficas del Derecho.

En el iusnaturalismo, lo rastreamos en el pensamiento griego antiguo, el cristianismo, la edad media, el pensamiento renacentista, para llegar a la concepción contemporánea que aporta el pensamiento de John Finnis. En el positivismo jurídico y partiendo de la triple distinción de Norberto Bobbio, pasaremos revista al formalismo jurídico, al positivismo jurídico sociológico-antiformalista para llegar al positivismo normativista de Kelsen. Estudiaremos el positivismo metodológico de Hart y acabaremos por conocer la perspectiva postpositivista. Por último, describiremos el movimiento conocido como neoconstitucionalismo y estudiaremos el fundamento de validez jurídica que está presente en su concepción positivista y no positivista.

Después, hablaremos acerca de dos concepciones de validez. La primera en cuanto fuerza vinculante vista desde el tema de la razón práctica que se desprende del realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo, y una segunda en cuanto se observa a la validez como mecanismo coordinante entre los niveles del Derecho.

Por último, ya en el tercer capítulo, pasaremos a contrastar ambas ideas para resaltar sus diferencias.

Capítulo 1. El Análisis Económico del Derecho. Supuestos Epistemológicos y Metodológicos

El AED (o al menos el dominante) es “un campo interdisciplinar que vincula el Derecho con la Economía” (Martínez Cinca, 2010, p. 30). Proporcionó una nueva mirada al Derecho al partir del supuesto de que toda práctica jurídica contiene una lógica económica implícita (Ayala Rojas, 2015). Al gestarse en el núcleo duro de la Economía neoclásica, parte de los supuestos epistemológicos y, en consecuencia, metodológicos del pensamiento económico neoclásico, mismos que extrapola hacia el campo jurídico. Por ello, nos resulta necesario hablar primeramente acerca de la Economía neoclásica.

La Economía neoclásica “se consolida a partir de la llamada revolución marginalista y de las proposiciones analíticas de Alfred Marshall en torno a la curva de la demanda” (Martínez Cinca, 2010, p.30); y, como indica “el profesor de economía italiano Sergio Ricossa, ‘generalmente se considera que la escuela económica neoclásica nace hacia 1870, y que sus fundadores fueron Jevons, Menger y Walras’” (Crespo, 1998, p. 41).

Estos tres economistas neoclásicos, a palabras de Martínez Cinca (2010):

(...) recuperaron la olvidada tradición del valor subjetivo y estudiaron su incidencia en la utilidad y escasez de los bienes económicos. Su mayor contribución fue la incorporación del análisis marginal, que se caracteriza por el estudio del comportamiento de los agentes económicos en el tiempo, tomando en cuenta lo que sucede cuando a su consumo se le añaden unidades adicionales de un determinado bien. A partir de entonces, y con la ayuda de las matemáticas –a través de funciones derivadas y otras herramientas del análisis matemático– la economía corrigió el rumbo que había adoptado principalmente por obra de Adam

Smith y David Ricardo, quienes habían enfocado su análisis en el valor trabajo como determinante esencial del valor económico de una mercancía. (p. 31)

Las nociones teóricas del pensamiento económico neoclásico, distingue Crespo (1998), pueden encuadrarse en el paradigma epistemológico y metodológico vigente en la modernidad de “ciencia” que buscaba garantizar metodológicamente la objetividad. Por lo tanto, hay que tener esto en cuenta a la hora de estudiar al AED para poder acercarse de manera más precisa a esta corriente económico-jurídica. Sin más, pasemos a aproximarnos a definir el concepto del AED.

1.1. Aproximación al Concepto del AED

Se dice que el AED busca aprovechar la relación que existe entre el Derecho y la Economía. El primero busca regular la conducta humana² (el deber ser) y la segunda, como ciencia, trata de ayudar a comprender (describir) la realidad (el ser). Se presenta aquí la idea de que la Teoría Económica puede ser el puente entre la realidad (como ciencia descriptiva) y las categorías abstractas conocidas como instituciones jurídicas (entre las normas y los hechos) (FUSADES, 2012; MJDHN, 2019).

Como indicamos en la introducción, esta nueva interacción entre la Economía y el Derecho se dio gracias al imperialismo de la ciencia económica. Parte de los principios del utilitarismo y del pragmatismo filosófico americano. Aunado a los principios del neoliberalismo como: libertad económica, eficiencia económica y equidad de la distribución de recursos (Montoro Ballesteros, 1999).

Desde el imperialismo de la ciencia económica, se pensó que las ciencias sociales tenían un objeto similar en naturaleza y estructura al objeto propio de la ciencia económica (conducta humana). Por lo tanto, eran “susceptibles de ser estudiados desde el punto de vista de la Teoría

² Que en parte también implica conocer la realidad.

económica como método” (Montoro Ballesteros, 1999, p. 428). Señalan Cooter y Rubinfeld (1989) que “la aceptación de la teoría del análisis económico del derecho se ha facilitado mediante las similitudes estructurales entre la ciencia económica y la ciencia jurídica³” (como se citan en Roemer, 1994, pp. 11-12).

Ahora bien, argumenta Guinea Gonzalvo (2017) que la dificultad para definir al AED se debe a que, por un lado, existen numerosas escuelas, familias de economistas y enfoques muchas veces antagonistas y, por otro lado, a “que surge la cuestión de si debemos considerar el AED como una corriente o escuela de pensamiento concreta o bien como un conjunto de técnicas de análisis del Derecho” (p. 4). Para resolver esas dificultades, nosotros vamos a enfocarnos en el AED que exporta la escuela de Chicago, que tiene como su principal representante a Richard Posner. Escuela en la que puede enmarcarse el nacimiento del AED dominante.

Richard Posner (1998) define al AED como “la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto” (p. 55). No obstante, pensamos que la definición sugerida por Mercurio y Medema es más completa y coincide con el enfoque dominante. Desde su postura, el AED es “la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía⁴ y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 120).

Posner refiere que “la aplicación de la teoría microeconómica neoclásica (...) al análisis de las principales instituciones del sistema jurídico en su conjunto, permitirá predecir y explicar

³ Aun a pesar de que, la Economía positiva utiliza hipótesis que derivan de la deducción lógica para, posteriormente, ser probados empíricamente y el Derecho es generalmente inductivo al llegar de casos particulares a una premisa general.

⁴ Hay que aclarar que la Teoría Económica procede de la Ciencia Económica. Pues esta última a su vez se divide en dos conjuntos: el primero de ellos involucra lo que es conocido como Economía Política, que, en términos simples, es el área que se vincula con las ciencias sociales. El segundo conjunto implica la Teoría Económica, que ésta a su vez abarca dos áreas de estudio, la Microeconomía y la Macroeconomía.

el comportamiento de los individuos en relación con las normas jurídicas” (Montoro Ballesteros, 1999, p. 428). Con ello, se lograría una sistematización del comportamiento humano y se podría saber con antelación el efecto que producirían las leyes en los individuos, o en otras palabras, la eficacia de las leyes. Por otro lado:

La economía neoclásica normativa (la teoría del bienestar) sigue actualmente basando sus valoraciones y recomendaciones en el utilitarismo. El AED en su versión predominante, al ser aplicación de la teoría neoclásica al derecho, también basa sus valoraciones y recomendaciones en el utilitarismo. De esta manera, en el AED una ley se considera *buena* si tiene como resultado el máximo bienestar posible, donde ‘bienestar’ se define por lo general como minimización de costos sociales o a partir de otros criterios de eficiencia. (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 132)

En este tenor, Mercado Pacheco (1994), al tomar en cuenta todos estos aspectos del AED, explica que:

La ciencia económica pone a disposición del jurista su arsenal teórico para dotarle de los instrumentos aptos para enfrentarse a los problemas prácticos del Derecho. Prácticos y técnicos, porque el jurista descubre a través del Análisis Económico del Derecho que detrás de todo problema jurídico hay un problema de elección, de decisión de recursos escasos, una decisión que sólo puede ser tomada tras el análisis de los costes y beneficios de la situación. (p. 274)

Toda vez que, el AED ortodoxo pretende convertir el estudio del Derecho a la condición de una “verdadera ciencia, positiva y racional”. Misma que se desprende de un objetivo básico y

primordial, el “principio de eficiencia económica”, un valor seguro, calculable y objetivo (Montoro Ballesteros, 1999).

1.2. Orígenes del AED

El AED es denominado en el mundo anglosajón con los términos *Law & Economics* (L&E) y *Economic Analysis of Law* (EAL)⁵. El término L&E apareció desde la primera mitad del siglo XX y se usó corrientemente en los Estados Unidos para referirse a temas sobre Derecho Económico. No fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX que el L&E se convirtió más que en un *objeto*, en un *método* (MJDHN, 2019). Por lo mismo, Richard Posner (1998), uno de los mayores representantes del AED, refiere que hay que distinguir principalmente entre dos etapas o fases del AED: el “viejo AED” y el “nuevo AED”.

El viejo AED retomó los análisis de Adam Smith que comprendían “normas reguladoras de la actividad explícitamente económica (leyes *antitrust*, sistema impositivo, comercio internacional...) (...) (o sea, cuestiones) sobre las consecuencias económicas de la legislación mercantilista” (Witker, 2016, p.10). En otras palabras, tenía como objeto temas que se engloban dentro de lo que conocemos como Derecho Económico (MJDHN, 2019).

Esta etapa inicial se dio más específicamente en los años treinta como resultado de los estudios realizados en los Estados Unidos a partir de las interacciones generadas entre la Economía y las instituciones jurídicas⁶ (Ayala Rojas, 2015). Se puede decir que la actividad de la primera generación de académicos interesados en el AED “igualó los esfuerzos de otros economistas para intentar explicar el funcionamiento de mercados económicos explícitos y el

⁵ Algunos autores señalan L&E y EAL son los que distinguen las dos áreas en las que se ha desarrollado el AED: “(i) el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 120). El área (ii) se referiría, en este caso, al L&E y el área (i) al EAL.

⁶ A través de los trabajos de Henry Simon, Aaron Director, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock y otros.

impacto de las limitaciones legales alternativas —tales como los impuestos y la regulación económica— en el mercado” (Parisi, 2004, p. 17).

En contra posición al primer o viejo AED, el segundo se convertiría en algo muy distinto gracias a los trabajos de Ronald H. Coase (*The Problema Of Social Cost*) y Guido Calabresi (*Some Thoughts of Risk Distribution and the Law of Torts*) que aparecieron en la segunda mitad del siglo XX. Ambos “establecieron un marco analítico para estudiar la asignación de los derechos de propiedad y los problemas de responsabilidad civil.” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 122). Su principal interés era el de corregir las recomendaciones que dictaban los economistas a la política⁷ (Witker, 2016).

Además de que, esta segunda fase del AED propone un doble objetivo para el Derecho: “proveer las condiciones necesarias para que el mercado funcione e imitar al mercado cuando su libre desenvolvimiento no sea factible” (González Amuchástegui, 1994, p. 935).

Considera Gozáles Amuchástegui (1994) que gracias a ello fue posible extrapolar el análisis económico al estudio de las normas ajenas a comportamientos de mercado. Debido a que, en esta segunda etapa también se descubre el gran poder *explicatorio* que radica en el análisis microeconómico sobre diversos aspectos de la vida humana. Posner sugiere que esta tercera gran influencia del AED se da a partir de la obra “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” de Gary Becker. En la cual “el objeto central de estudio deja de ser la empresa y empieza a abarcar al individuo (...) (y de plantear) la minimización de los costos sociales del sistema penal” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 122).

Podemos decir entonces que el nuevo AED se caracterizó, en primer lugar, “por establecer estrechas relaciones entre la microeconomía y el derecho privado (...) (y, en segundo

⁷ Ya que creían que el Estado era un corrector del mercado libre de costos.

lugar) por aplicar la teoría económica y los métodos empíricos de la ciencia económica al estudio de situaciones jurídicas” (Piris, 2010, p. 123).

Esa es la causa por la que se dice que el primer o viejo AED se presentó como objeto (Derecho Económico) y el segundo o nuevo AED se convirtió más en un método. O en palabras de Torres López (1987) “mientras el viejo análisis se esfuerza por el mero ayuntamiento disciplinal, el nuevo análisis garantiza una unidad indisoluble en donde a veces resultará difícil distinguir lo meramente económico de lo jurídico y viceversa” (p.16).

Una vez explicado el origen del AED, es preciso mencionar los trabajos previos que nutrieron las bases teóricas de lo que se conoce como el nuevo AED para profundizar y tener un panorama más amplio del mismo. Cosa que pensamos, se conseguirá al conocer a sus precursores.

1.2.1. Precursores

Dentro de los precursores del AED que considera Mackaay en su obra *History of Law and Economics* incluye a pensadores como Maquiavelo, Hobbes, Smith, Hume y Rousseau (Martínez Cinca, 2010, p. 30). No obstante, la mayoría de los cultores del AED coinciden en que son dos los que, principalmente, dotaron las bases filosóficas de este movimiento: Adam Smith, padre de la Economía moderna, y el filósofo y economista inglés Jeremy Bentham. Empero, coincidimos en incluir también al Marqués de Beccaria Cesare Bonasera. Debido a que, sus aportes, nos parecen, nutrieron en gran medida al AED.

a) Adam Smith

Uno de los fundadores de la Economía clásica que habló en su momento sobre los efectos de la legislación y la teoría de la legislación (Parisi, 2004) que, principalmente, se enfocó en la creación y aplicación de leyes antimonopolio en los diversos sistemas jurídicos con la única

intención de regular el intercambio de bienes y servicios en una estructura de oferta y demanda (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002). Cosa que puede compararse con una eficientización del Derecho.

b) Jeremy Bentham

Este pensador fue “uno de los primeros autores en caracterizar a las personas como agentes maximizadores de su bienestar en cualquier tipo de actividad” (Ruiz García , 2017, p. 213). Considerado uno de los padres de la teoría o corriente filosófica llamada utilitarismo, Bentham preconiza que la humanidad es gobernada por dos aspectos o amos antagonistas: el dolor y el placer. Ambos producen en los seres humanos la motivación fundamental de sus acciones. Además, sugiere que los diseñadores de políticas deben de propiciar la mayor felicidad al mayor número de personas, aun si para ello se debe sacrificar a una minoría (Parisi, 2004).

c) Cesare Bonesara, *Marquese di Beccaria*

Autor de *Elementi di economia pubblica* (1804), estableció las primeras vinculaciones analíticas entre el Derecho y la Economía. En sus trabajos, Beccaria realizó un análisis de delitos y penas en el cual se observaba el daño y el beneficio que proporcionaban a la sociedad. Para él “el contrabandista se preguntaba, por ejemplo, cuál era la cantidad total de bienes que debía contrabandear para quedar sin pérdida ni ganancia, teniendo presente la proporción media de objetos de contrabando decomisados por las autoridades” (Martínez Cinca, 2010, p. 40).

1.3. Conceptos Básicos Para Entender al AED

Antes de entrar de lleno en las propiedades del AED, es menester comprender algunos conceptos básicos que aparecen en la Economía. Pues el AED, al ser una rama de la ciencia económica, los ocupa frecuentemente. Además de que, existe cierta contextualización con respecto a los debates de la intervención del Estado en asuntos de mercado entre Pigou y Coase.

Por lo tanto, resulta adecuado, primeramente, comenzar por definir lo que se entiende por Economía, para después pasar a definir lo que se entiende por competencia perfecta, externalidades, explicar el Teorema de Coase y los costos de transacción.

1.3.1. Economía

La palabra economía proviene del griego *oikonomos* que significa “el que administra una casa”. Ello hace alusión a la administración de los recursos, pero que por obvias razones, no se refiere sólo a los de una casa, sino de manera más general, a los recursos de una sociedad (Mankiw, 2012, p. 3). La Economía parte de la premisa de que todos los bienes del planeta en el que habitamos son escasos. Lo que lleva a conocer la mayor preocupación para esta ciencia: la escasez.

La escasez entendida como término económico significa que “la sociedad tiene recursos limitados y, por tanto, no puede producir todos los bienes y servicios que las personas desearían tener” (Mankiw, 2012, p. 4). Así entonces, se puede llegar a la definición de la Economía, que no es otra cosa que “el estudio de cómo la sociedad administra sus recursos que son escasos” (Mankiw, 2012, p. 4).

Por su parte, Samuelson y Nordhaus (2006) señalan que tras dicha definición “se esconden dos ideas clave de la economía: los bienes son escasos y la sociedad debe utilizar sus recursos con eficiencia. De hecho, la economía es una disciplina importante debido a la escasez y al deseo de ser eficientes” (p. 4).

A su vez, es importante recalcar que la Economía, o más específicamente la Ciencia Económica, tiene distintos enfoques (vr. g., el enfoque de la Economía clásica, que apareció con Adam Smith y sus aportes) y dentro de éstos se encuentra el enfoque de la Economía neoclásica que, como se estudió con anterioridad, fue la base en la que se gestó el AED.

Expresa Torres López (1987) que “la ruptura epistemológica que lleva consigo el pensamiento neoclásico, que se funda obviamente en una nueva definición del propio objeto de la Ciencia Económica, está en el origen de estas nuevas aplicaciones del Análisis Económico” (p. 19). Siendo una de estas nuevas aplicaciones la que tienen que ver con el enfoque económico dirigido hacia el análisis de la conducta humana.

Lo que en esencia puede verse reflejado en la famosa definición de Robbins (1998): “la Economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos (o sea, una ciencia) que se ocupa de las elecciones racionales de los seres humanos” (citado en Piris, 2012, p. 123). Por ello, “la Economía se convierte en la ciencia de la elección bajo condiciones de escasez y su objeto no será otro que estudiar lo que se denominará conducta maximizadora en cualquiera de sus sentidos” (Torres López, 1987, p. 19).

El gran desenvolvimiento que mostró la ciencia económica en este aspecto, hizo que se ganara el sobrenombre de “la ciencia de las ciencias sociales”. Este imperialismo económico, como adelantábamos en la introducción, es en donde se ubica la vinculación definitiva entre la Economía y el Derecho que se manifiesta en el AED.

1.3.2. Mercado de la competencia perfecta

Según Samuelson y Nordhaus (2006) un mercado tiene que ver con “mecanismos mediante los cuales compradores y vendedores se reúnen para comerciar y para determinar precios y cantidades de los bienes y servicios” (p. 40).

Adam Smith introdujo su idea de la “mano invisible” de los mercados, misma que “debía conducir al resultado económico óptimo a medida que los individuos persiguieran su propio

interés personal” (Samuelson y Nordhaus, 2006, p. 40). Sin embargo, los mercados están muy lejos de ser perfectos.

Martínez Cinca (2010) expresa que la construcción teórica sobre el mercado de competencia perfecta por parte de los economistas neoclásicos no pretende ser una generalización empírica. Por tanto, no tiene la pretensión de ser:

(...) una descripción de ningún mercado real ni de ninguna situación empíricamente comprobable. Se trata simplemente de un modelo teórico que se asume de manera axiomática como punto de partida de las investigaciones, de manera semejante a como proceden otras ciencias que definen sus propios axiomas sin que su supuesta irrealidad sea óbice para su constitución en cuanto ciencias. (p. 70)

A sabiendas de ese carácter axiomático, es posible decir que la competencia perfecta supone el cumplimiento de seis condiciones para que pueda llevarse a cabo, las cuales marcan que:

- a) Deben existir un número suficientemente importante de compradores y de vendedores, aunque alguno de ellos no pueda ejercer una influencia sensible sobre el precio de mercado⁸ (no deben producirse monopolios);
- b) Todos los participantes en el mercado (vendedores y compradores) deben tener acceso a toda la información necesarias para tomar sus decisiones de productos y de consumo;
- c) El producto debe ser homogéneo (OCDE, 1995);
- d) Los individuos actuarán siempre de manera racional (Martínez Cinca, 2010);

⁸ Lo que significa que la curva de demanda de cada empresa es perfectamente elástica. Lo que tiene que ver a grandes rasgos de la elasticidad de la demanda a las variaciones de precios.

e) Por último, los recursos deben ser libremente transferibles, es decir, debe existir absoluta libertad para negociar, y en virtud de ello los recursos gravitarán hacia su uso más valioso o, en otras palabras, acabarán en manos de quienes más los valoren. Este supuesto es asumido de manera particular por Richard Posner (...) bajo la denominación de maximización de la riqueza (Martínez Cinca, 2010, p. 63).

No obstante, el economista Pigou da a conocer que el mercado de competencia perfecta en el mundo real presenta fallas. Con ello justifica la intervención coercitiva del Estado sin otro afán que el de corregirlas en pos de la eficiencia (Martínez Cinca, 2010).

1.3.3. Externalidades

En la Economía se tiene la idea de que el mercado genera buenos resultados a la hora de generar el intercambio de bienes. Sin embargo, como ya se refirió más arriba, el mercado presenta fallas. Una de esas fallas es conocida bajo la categoría general de externalidades.

Para Mankiw (2012):

(...) una externalidad surge cuando una persona se dedica a una actividad que influye en el bienestar de un tercero al que no se le paga ni se le compensa por dicho efecto. Si el impacto sobre el tercero es negativo, se conoce como *externalidad negativa*. Si le beneficia, se llama *externalidad positiva*. (p. 196)

Por su parte parte, Nath (1976) menciona que una externalidad es:

(...) un cierto tipo de efecto favorable o desfavorable producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio o bienestar de otro agente económico, siendo un efecto tal que el carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas no permiten el pago o ingreso de un

precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto. (como es citado en Martínez Cinca, 2010, p. 62)

Por ejemplo: una persona que compra una casa a una constructora X en un lugar determinado y se beneficia dos años después por la cercana construcción de un centro comercial. Para entonces, la propiedad ha duplicado su valor al estar cerca de dicho centro. Lo que daría lugar a una externalidad positiva. Pues, a pesar de que el comprador y el vendedor acordaron su valor, éste fue duplicado dos años después por un centro comercial. También se entiende que la externalidad fue independiente de la compraventa y que el centro comercial no recibirá regalía alguna por el aumento de precio en la zona conurbada, aportando un beneficio social.

En cambio, una externalidad negativa puede ser la contaminación emanada de una industria al medio ambiente. Donde la industria no pagará ningún daño causado por la misma sino se le obliga. Es este caso existe un costo social y que, precisamente, son éstas las que generan mayor importancia en el ámbito jurídico (como podrá ser apreciado en el estudio del Teorema Coase). Eso es, precisamente, lo “que genera una diferencia entre el costo de la transacción para las partes y el costo social de la actividad” (FUSADES, 2012, p. 3).

A fin de cuentas, las externalidades son aquellos efectos sobre terceros no involucrados en la transacción, ya sea en beneficio o perjuicio, sin la necesidad de que ellos paguen o reciban alguna compensación por dicha actividad (Samuelson y Nordhaus , 2006). En ese tenor:

Calabresi llama a los individuos que se encuentran en tales circunstancias *free loaders* o *free riders*, (...) y que se podría traducir como “los que se benefician a expensas de otros en forma gratis” refiriéndose indudablemente a todos aquellos que se benefician con un determinado negocio, aunque no estén dispuestos a pagar para que éste se lleve a cabo. (Martínez Cinca, 2010, p. 63)

Dichas “externalidades estudiadas por Pigou constituían un ejemplo de las denominadas ‘fallas de mercado’, que exigían inexorablemente la intervención del Estado y del sistema jurídico para su corrección” (Martínez Cinca, 2010, p. 63).

1.3.4. Teorema de Coase

Este teorema es uno de los pilares del AED; expuesto por el economista y galardonado por el premio Nobel Ronald H. Coase. En él se proporciona una visión radicalmente distinta a la de Pigou, donde se expone al Estado:

(...) como estructura redundante del mercado, un Estado que cuando interviene en el mercado genera más ineficiencias y produce más distorsiones. Para Coase, en aquellos casos en que la eficiencia no pueda ser alcanzada por el propio mercado dejado al libre juego de la oferta y la demanda (...), el Estado debería limitarse a imitar las soluciones de mercado, es decir, a actuar como el mercado hubiese actuado de no haber existido los costos de transacción. (Martínez Cinca, 2010, pp.71-72)

Debido a que, Coase expone que los particulares “pueden negociar la asignación de recursos sin ningún costo, el mercado privado resolverá siempre el problema de las externalidades y asignará eficientemente los recursos” (Mankiw, 2012, p. 210). En otras palabras, los individuos entre sí pueden resolver el problema de las externalidades sin importar cuál sea la distribución inicial de derechos. Ellos siempre pueden llegar a un acuerdo con resultado eficiente.

La publicación de su trabajo fue de gran importancia, ya que anteriormente, el efecto de las distintas reglas de responsabilidad sobre la asignación de recursos era someramente discutido

en la ciencia económica. Se tenía la idea de que los responsables estaban obligados a compensar a los perjudicados (Castellano, 2014).

El enfoque anterior generaba asignaciones ineficientes de recursos y, precisamente, eso era lo que Coase pretendía mejorar. En el esquema de Pigou si el sujeto A genera un daño al individuo B, se debe decidir de qué manera deben reprimirse las acciones de A para que deje de producir daño a B; mientras que en el Teorema de Coase se piensa que, si A le genera un daño a B, evitar el daño de B implica perjudicar a A. En este caso, lo que se debe determinar es si debe permitirse a A perjudicar a B o, por el contrario, si debe permitirse a B perjudicar a A (Castellano, 2014).

Si los costos de transacción son iguales a cero⁹ no importa la solución legal que se adopte. Pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente (Coase, 1960).

Coase considera que, en caso de costos de transacción positivos, los tribunales deben comprender las consecuencias económicas de sus decisiones y tenerlas en cuenta al resolver. Pues éstos influyen directamente sobre la actividad económica. De ese modo, Coase dice que:

(...) el problema que se enfrenta al tratar sobre acciones con efectos perjudiciales no es simplemente el de delimitar a los responsables de los mismos. Debe decidirse si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se ocasiona en otra parte como resultado de impedir la acción que produce el daño. En un mundo en el cual existen costos de transacción los derechos establecidos por el sistema legal están, en efecto, tomando una decisión sobre el problema económico y determinan cómo serán empleados los recursos. (Coase, 1960)

⁹ La hipótesis de los costos de transacción nulos es irreal. Ya que en un litigio las partes gastan su tiempo y dinero para reunirse a tratar el asunto.

Por su parte, Martínez Cinca (2010) refiere que:

(...) lo verdaderamente significativo del análisis llevado a cabo por Coase en las primeras cinco secciones de su trabajo, es que las externalidades o fallas de mercado no deben acarrear necesariamente la intervención del Estado, puesto que tales fallas pueden ser internalizadas en la mayoría de los casos. *Internalizar* significa que el propio mercado sea capaz de proporcionar una segunda alternativa eficiente, al menos más eficiente si se la compara con la intervención del Estado¹⁰. (p. 83)

Por lo que, por un lado, premiaba la no intervención del Estado en cuanto a que los particulares podían llegar a soluciones más eficientes sin ser necesarios los mecanismos judiciales y, por otro lado, sentaba la idea de que los jueces tenían que promover la eficiencia. Tema al que le dedicaremos más tiempo cuando exponamos la tesis histórico-descriptiva que se desprende de la interpretación de Posner a la propuesta de Coase.

1.3.5. Costos de transacción

A pesar de que el Teorema de Coase podría sonar perfectamente lógico en la teoría, en la práctica es distinto; puesto que, las negociaciones no siempre funcionan. Así, los costos de transacción son aquellos “costos derivados de la suscripción *ex-ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex-post*, al contrario de los costos de producción que son los costos de la ejecución de un contrato” (Martínez Cinca, 2010, p. 82).

Para Mankiw (2012), y de una manera más simple, menciona que los costos de transacción son aquellos “en los que incurren las partes en el proceso de negociación para llegar a un acuerdo y cumplirlo” (p. 212). Ya que, muchas veces las partes no pueden llegar a resolver

¹⁰ Ya que, en este punto, se piensa que la intervención del Estado puede generar mayores costos sociales.

el problema de la externalidad por culpa de los costos de transacción. Por ejemplo, los gastos que se producen al contratar abogados para generar y hacer respetar los contratos.

En términos más generales, los costos de transacción son los “recursos invertidos en realizar un intercambio económico entre dos o más personas” (FUSADES, 2012, p. 3).

1.4. Propiedades que caracterizan al AED

El AED tiene entre sus propiedades distintos elementos o categorías que retoma de la Economía neoclásica. Por ello, en este apartado expondremos el principio de eficiencia, elemento común que se encuentra entre las diversas escuelas del AED y que creemos es el que le aporta cierta homogeneidad a esta corriente económica-jurídica, para después describir otras características que presenta, especialmente, el AED ortodoxo como lo son el individualismo metodológico, la escasez, la racionalidad y el problema de la universalización de las preferencias.

1.4.1. Principio de eficiencia del AED

Ya dijimos que la mayor preocupación de la ciencia económica es el saber administrar sus recursos escasos. Para los economistas neoclásicos esta problemática se debe analizar bajo la óptica del principio de eficiencia. De esta forma, el AED exportará el principio de eficiencia al Derecho.

Mankiw (2012) sostiene que “la eficiencia significa que la sociedad extrae el máximo beneficio de sus recursos escasos” (p. 5). No obstante, en este apartado se estudiarán los criterios que son referentes, tanto desde la perspectiva económica, como la desde la perspectiva del AED. Siguiendo a Jules L. Coleman (1980) son: “1) la eficiencia productiva; 2) la optimalidad de Pareto; 3) la superioridad de Pareto; 4) la eficiencia de Kaldor-Hicks, y 5) la maximización de la riqueza de Posner” (como se cita en García Martínez, 1997, p. 137).

1) Eficiencia productiva. Es la que alude al logro de un estado de cosas en el cual sea posible producir más de algún bien sin producir menos de ningún otro bien (Piris, 2012).

2) Optimalidad de Pareto. El Óptimo de Pareto significa que “una situación es eficiente u óptima, cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición sin que para ello al menos una persona vea empeorada la suya” (Pastor Prieto, 1989, p. 34).

3) Superioridad de Pareto. Significa que “una situación distributiva es superior a otra cuando la utilidad o beneficio de un agente económico aumenta sin que por ello disminuya la utilidad o beneficio de ningún otro agente” (Piris, 2012, p. 125). En otras palabras, que al menos alguien mejore sin que otro empeore.

Este criterio que fue establecido por el sociólogo y economista Wilfredo Pareto tiene una limitación; pues sólo contempla situaciones en las cuales no existen perdedores. Que al trasladarlo a un escenario en donde se considere una justicia distributiva puede reflejar que:

(...) un estado social determinado puede ser perfectamente óptimo con algunas personas en la más absoluta indigencia y otras en la opulencia, tanto es así que no sería posible mejorar la situación de los pobres a costa de reducir en algo los lujos de los más ricos porque estos pasarían a estar peor que antes (Piris, 2012, pp. 125-126).

Por lo tanto, este criterio se ve limitado cuando se quiere estudiar al Derecho. Debido a que, sus normas jurídicas siempre generan beneficiados y perjudicados (ganadores o perdedores). Entonces tendría sentido “realizar comparaciones interpersonales a efectos de determinar si existen más beneficiados que perjudicados, y la cuantía de ese beneficio” (Piris, 2012, p. 126).

4) La eficiencia de Kaldor-Hicks. La problemática del criterio paretiano fue eventualmente subsanada por un concepto más amplio y flexible gracias a los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks. Este criterio de eficiencia conocido como “eficiencia Kaldor-Hicks” utiliza el supuesto de “compensación potencial”. El cual “entiende por eficiencia potencial toda situación en la cual lo que puede mejorar alguien es más de lo que han de empeorar otras personas para ello; o, de otra manera, cuando los beneficios totales (sociales) netos son máximos” (Pastor Prieto, 1989, p. 34).

Es decir, una situación social es preferible a otra si se da el caso de que al menos un miembro de la sociedad resultara beneficiado y al menos un miembro resultara perjudicado. Siempre y cuando el beneficiado compere la aquiescencia del perdedor con lo que obtuvo del beneficio y, aun así, obtener una ventaja neta (Piris, 2012).

Bajo esta propuesta de Kaldor-Hicks “se abre la posibilidad de que los ganadores sean capaces de compensar de manera adecuada a los perdedores, en tal sentido, esto, puede considerarse como una mejora social” (García Martínez, 1997, p. 139). Sin embargo, existe un problema al momento de medir las utilidades de los sujetos a los efectos prácticos. Por ello, se recurre a la moneda como escala de referencia.

La moneda es aquella cosa mueble que el comercio utiliza como medida de valor para toda clase de bienes y se puede, por lo tanto, emplear como medio general de cambio. Así, el beneficio o utilidad se traduce en un parámetro más objetivo que en términos generales es denominado riqueza (Piris, 2012, p. 126).

Lo anterior llevó a algunos analistas económicos del Derecho, como a Richard Posner, a sostener abiertamente que eficiencia en el ámbito del AED debe entenderse como una maximización de la riqueza de la sociedad.

5) Maximización de la riqueza. Para entender la maximización de la riqueza que propone Richard Posner, hay que estudiar primeramente lo que este autor entiende por riqueza. A lo que asegura que no es otra cosa que:

(...) el valor en dólares o monedas equivalente (...) de todo en la sociedad. Se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría en dinero por separarse de ello. La única preferencia que cuenta en un sistema de maximización de la riqueza es, por tanto, aquella que se ve respaldada por el dinero, en otras palabras, aquella que se registra en el mercado. (Roemer, 1994, p. 32)

Para Posner (1977) el principio de maximización de la riqueza es un criterio de eficiencia alternativa, que:

(...) implica en primer lugar una distribución inicial de los derechos individuales (a la vida, libertad y trabajo) entre sus propietarios naturales; en segundo lugar, mercados libres para permitir que esos derechos sean reasignados periódicamente a otros casos; en tercer lugar, disposiciones legales que simulen las operaciones del mercado; en cuarto lugar, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos; y en quinto lugar, un sistema de moralidad personal (“las virtudes del protestantismo”) para reducir los costos de las transacciones en el mercado. (Roemer, 1994, p. 33)

En el caso de la eficiencia de Kaldor-Hicks, “a diferencia del criterio de superioridad de Pareto, permite que alguien empeore. Posner sólo requiere que el incremento en el valor sea bastante grande como para que los perdedores puedan cabalmente quedar compensados” (Roemer, 1994, p. 33). Por lo tanto, se puede concluir que para este criterio una determinada

situación es eficiente cuando se aumentan los beneficios totales y se disminuyen los costos totales.

Esa evolución del criterio de eficiencia impregnó al AED de tal modo que considera como “tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recurso y aumentan la eficiencia” (Schäfer y Ott, 1991, p. 21) “a partir del análisis metódico y global de la estructura y del funcionamiento del Derecho” (Montoro Ballesteros, 1999, p. 429).

1.4.2. Individualismo metodológico, escasez, racionalidad y universalización de preferencias

Llegó la hora de hablar sobre las demás propiedades del AED. Para ello es importante que, llegado a este punto, se tome en cuenta lo anteriormente estudiado. Ya que, los siguientes conceptos que se describirán parten de los supuestos de la Economía neoclásica. Pues coincidimos con lo que afirma Mercado Pacheco (1994) al proponer que:

(...) el AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y, en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad (p. 34).

Para lograr entender este modelo de racionalidad hay que estudiar, primeramente, el principal componente del modelo de la economía neoclásica: el “individualismo metodológico” (Torres López, 1987). Este componente va de la mano con la visión general de que tanto el hombre como la sociedad entrañan una defensa del egoísmo (Martínez Cinca, 2010).

Lo que hace al modelo neoclásico es “considerar al individuo como unidad básica del análisis y de caracterizarlo como un individuo que trata de alcanzar su propio interés y la maximización de su utilidad efectuando elecciones racionales” (Torres López, 1987, p. 21). Además, este modelo preconiza que los individuos llevan a cabo esa actividad “sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber” (Schäfer y Ott, 1991, p. 60).

Por otro lado, habremos de recordar que una de las ideas clave de la Economía en general es que los bienes son escasos, a lo que para Schäfer y Ott (1991) esta idea representa, junto a la idea del individualismo metodológico, “las dos hipótesis legales más importantes de la teoría económica y de más aplicación práctica en la predicción científico-económica” (p. 60).

La hipótesis de la escasez de bienes supone que el hombre tiene necesidades ilimitadas y que, a su vez, posee medios limitados para satisfacerlos. Por lo tanto, “cada individuo debe escoger alternativas y una decisión coherente será aquella que permita maximizar su bienestar y no reducirlo. En esto consiste la racionalidad” (Piris, 2012, p. 128).

De esta manera, el método económico utilizado en el AED es una suerte de combinación entre individualismo metodológico, lógica deductiva y empirismo. Pues, a partir de unas hipótesis (supuestos o postulados) y por medio de modelos “se llega a unas conclusiones que, en lo posible, se contrastan con la realidad; esa contrastación puede determinar el grado de validez de los supuestos, de las teorías o de las proposiciones finales” (Pastor Prieto, 1989, p 32).

Por otra parte, cabe agregar que para resolver la problemática de las preferencias, si alguna conducta no se ajusta a este patrón no puede ser considerada como racional. De modo que, “estos parámetros permiten extender los análisis más allá del estricto ámbito subjetivo universalizando las preferencias de las personas” (Piris, 2012, p. 128).

Torres López (1987) menciona que: “los economistas no tienen una teoría para explicar los cambios en los gustos (...). Por esta razón, (dicen los economistas) suponemos que los gustos son constantes y buscamos otras características que puedan afectar el comportamiento del consumidor” (p. 32). Ya que:

(...) cada persona es la única jueza de su propio bienestar. Es decir: si alguien (informado y en plena capacidad) considera prioritario para sí comprar un gadget tecnológico en vez de comida, nadie tendría legitimidad para contradecirlo y establecer como necesidad prioritaria la segunda sobre el primero; aunque aquella persona estuviera al borde de la inanición. (MJDHN, 2019, p. 14)

Por lo mismo, la Economía en general se caracteriza por construir modelos de los fenómenos sociales de los cuales se basará posteriormente. Un modelo es “una representación simplificada de la realidad. (...) El poder de un modelo se deriva de la supresión de los detalles irrelevantes, que permite al economista fiarse en los rasgos esenciales de la realidad económica que intenta comprender” (Varian, 1998 como se cita en Piris, 2012, p. 128).

1.5. Escuelas del AED

El AED no es un movimiento homogéneo; puesto que, como hemos venido diciendo, existe un AED ortodoxo. Por ende, se entiende que existen otros enfoques que salen de esta perspectiva. Sin embargo, independientemente de cuál sea el enfoque del que se desprenda, dependiendo de tal o cual escuela, el AED conserva un elemento que parece ser su núcleo: el principio de eficiencia como meta central del Derecho (Martínez Cinca, 2010, p. 56).

Dentro de las principales escuelas del AED se encuentran las escuelas de Chicago y Yale, las cuales son encabezadas por Richard Posner y Guido Calabresi respectivamente. Por otro lado,

se encuentran las escuelas de George Mason y la escuela de Harvard, pero que no serán objeto de estudio para esta investigación.

La escuela de Chicago también es conocida como la escuela positiva del AED a diferencia de la escuela de Yale que es conocida como la escuela normativa del AED. Hay que aclarar que, desde su génesis, el AED ha mantenido una tensión entre ambos enfoques, mismos que heredó de su ciencia madre la Economía.

Desde J. M. Keynes en su obra *El ámbito y el método de la Economía Política* (1891) ya se hacía la diferencia entre la Economía normativa y la Economía positiva, entendiéndose la primera:

(...) como cuerpo sistematizado de conocimientos que discute los criterios sobre lo que debe ser, como conjunto de reglas para la consecución de un fin dado (...) (y a la segunda como un) como cuerpo de conocimientos sistematizado concerniente a lo que es y que pretender analizar y describir la realidad económica para poder elaborar un cuerpo conceptual que permite predecir las consecuencias de un cambio cualquiera en las condiciones dadas. (Torres López, 1987, pp. 37-38)

De tal manera, coincidimos con lo que piensa Roemer (1994) acerca de que “la distinción entre análisis económico positivo y normativo del derecho, entre explicar el mundo tal cual es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para la comprensión del movimiento del derecho y la economía” (p. 12). Mientras uno hace énfasis en la predicción y descripción (el ser), el otro intenta proporcionar proposiciones normativas (el deber ser).

1.5.1. Escuela de Chicago (escuela positiva del AED)

El AED dominante puede enmarcar su nacimiento en la escuela de Chicago encabezada por George Stigler y Milton Friedman (Guinea Gonzalvo, 2017). Su líder, Richard Posner, generó una particular interpretación del Teorema de Coase la cual sostiene que el *Common Law* respondía a una lógica de la eficiencia. El salto que hizo Richard Posner al partir de esto consistió en tomar “un *deber ser* para lograr configurar un nuevo orden del *ser*, o lo que es igual, lograr que el imperativo deóntico formulado por Coase se transformase en un principio ontológico subyacente al *Common Law*” (Martínez Cinca, 2010, p. 91).

Según Martínez Cinca (2010) esa interpretación posneriana del Teorema de Coase se aleja mucho de lo que realmente quiso decir Ronald Coase, pues:

(...) una cosa es afirmar que los jueces deberían tomar en serio la idea de que el *Common Law*, por su misma flexibilidad, ausencia de codificación y rigidez normativa, pueda evolucionar hacia adelante en dirección a la maximización de la riqueza social, es decir, en dirección al reconocimiento o asignación de derechos a quienes están en mejores condiciones de hacer de ellos un uso más valioso, y otra cosa es afirmar que el *Common Law* se explica mejor si se lo comprende en esa dirección. (p. 91)

Mientras que, Coase hablaba de algo que concierne a jueces, legisladores, políticos y profesionales del Derecho de observar al derecho subjetivo como un factor de producción de riqueza tan importante como la tierra, el capital y el trabajo, Posner interpretó la tesis normativa “los jueces deberían maximizar la riqueza” a “que el *Commun Law* se explicaría mejor si se le entendiese como un sistema de maximización de la riqueza” (Martínez Cinca, 2010, p. 114). Es decir, le dio origen a su tesis histórico-descriptiva.

La tesis histórico-descriptiva de la que habla Posner, en donde el *Commun Law* obedece *per se* a una lógica eficientista, es la misma que funda la perspectiva del AED de corte descriptivo. La cual toma a los Jueces como maximizadores de riqueza, simples autómatas que dictan sentencias eficientes, sin tomar otro criterio de fondo (Martínez Cinca, 2010).

Así, la escuela de Chicago defenderá esta tesis y pregonará que el *Common Law* es el resultado de esfuerzos para inducir resultados eficientes. Esto se conoce como “la hipótesis de la eficiencia del Common Law” y su objeto es el de intentar asignar recursos de manera eficiente. Por lo mismo, tiene la convicción de que las reglas del *Common Law* van evolucionando al descartar aquellas resoluciones que impiden la eficiencia. De tal modo, se crea una selección evolutiva a través de las decisiones judiciales (Parisi, 2004).

Otro punto importante para considerar de esta escuela es que, a causa de su hipótesis primaria, considera a la eficiencia como el factor principal que da forma a las reglas, procedimientos, e instituciones del *Common Law*. Puesto que, Posner piensa que la justicia sólo introduce a una ambigüedad inaceptable para el proceso judicial. De esa manera, vindica al criterio de eficiencia como motivo primordial en la resolución judicial (Parisi, 2004).

Ruiz García (2017) establece que la hipótesis de la eficiencia entra dentro de lo que se conoce como “modelo interpretativo del comportamiento regulatorio”, a diferencia del “modelo interpretativo de comportamiento regulado” de la que se desprende la idea de eficacia del AED y “que representa al derecho como un sistema de reglas jurídicas que establece restricciones y beneficios dirigidos a sus destinatarios” (p. 230).

1.5.2. Escuela de Yale (escuela normativa del AED)

La escuela de Yale es encabezada por Guido Calabresi que, a diferencia de la escuela positiva del AED, centra sus esfuerzos en buscar la justicia y la imparcialidad en la distribución

por medio del sistema jurídico. Además, preconiza que la eficiencia jamás podrá ser el fin último de todo el sistema jurídico (Parisi, 2004, p. 23).

Esta escuela intenta corregir las fallas de mercado con una mayor intervención del Estado. Debido a que, tiene entre sus objetos la necesidad de intervención legal sobre los problemas de distribución. De esta forma, muestra una postura permeada de otros valores (y no sólo el de eficiencia) inclinada a la intervención de políticas, a diferencia de la escuela de Chicago (Parisi, 2004, p. 23).

Calabresi está convencido de que la innación del gobierno no es mejor que otra acción a la hora de dejar que el mercado se autorregule al adoptar una política de *laissez faire*. Pues piensa que:

(...) la eficiencia no puede ser el único objetivo perseguido por el Derecho (Derecho en sentido amplio, comprensivo de las leyes, normas, reglamentos y políticas de uno y otro Poder del Estado). Si no existen datos ni evidencias que demuestren que la eficiencia se alcanzará dejando al mercado librado a sus fuerzas, y con la intervención del Estado se promueven en cambio otros valores además de la eficiencia (la justicia distributiva, por ejemplo), entonces se torna necesaria la discusión en torno a qué otros valores perseguir, a través de qué medios, y según qué jerarquía de fines. (Martínez Cinca, 2010, p. 106)

En este orden de ideas, se puede hablar de dos perspectivas o enfoques del AED: la perspectiva positiva y perspectiva la normativa. Expone Doménech Pascual (2012) que en la perspectiva positiva del AED:

(...) se estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; cómo asignan, de hecho, sus limitados recursos (...) (mientras que la perspectiva

normativa del AED) (...) trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines. (p. 102)

1.5.3. Distinción entre los enfoques positivo y normativo del AED

Kaplow y Shavel (1999) aseguran que el AED busca resolver dos puntos básicos de la dimensión jurídica, desde una dimensión positiva el AED se cuestionaría *¿cuáles son los efectos de las reglas legales en el comportamiento de los individuos a los que van destinadas?* De tal modo que, para poder responder a esa interrogante, se tendrá que tomar en cuenta de qué manera “ciertas instituciones jurídicas y normas condicionan e incentivan la conducta humana. Describir el sistema jurídico desde el punto de vista económico y predecir los efectos de las leyes sería el objeto científico del AED desde este punto de vista” (Guinea Gonzalvo, 2017, p. 7).

En segundo lugar, desde su dimensión normativa, la cuestión que trataría de resolver el AED se refiere a *si dichos efectos son socialmente deseables*, “es decir, la prescripción de posibles soluciones y modificaciones legales para producir determinados efectos entre los agentes que experimentan la modificación jurídica o la instauración de determinada institución de Derecho o regulación al respecto” (Guinea Gonzalvo, 2017, p. 8).

Por consiguiente, la escuela de Chicago, desde su enfoque positivo o teórico, se puede ver como una “ciencia positiva o descriptiva” desde las posturas de R. Posner y M. Friedman. Puesto que, la misma:

Tiene por objeto el estudio y la explicación, desde el punto de vista de la racionalidad económica, del funcionamiento real, efectivo del Derecho en la sociedad, estudiando especialmente los efectos económicos de las normas jurídicas (Teoría del impacto legal) en la realidad social, con el fin de posibilitar

pronósticos válidos acerca de determinados fenómenos. (Montoro Ballesteros, 1999, p. 431)

De esta forma, las tareas del AED desde su enfoque positivo son las de:

1. Explicar los conceptos y categorías de significación económica contenidos en el Derecho
2. Verificar el grado de “eficiencia económica” (relación costes-beneficios) del funcionamiento efectivo del sistema jurídico
3. Evaluar cuantitativamente (econometría, estadística y jurimetría) y, en su caso, predecir los costes y efectos económicos del funcionamiento del Derecho (Teoría del impacto legal) (Montoro Ballesteros, 1999, pp. 431-432).

Por otro lado, desde el enfoque normativo o práctico, las tareas del AED se configuran como una “ciencia normativa o preceptiva”. A diferencia de la perspectiva positiva del AED, que le interesa analizar y explicar cómo es y cómo funciona el Derecho, la dimensión normativa se ocupa de diseñar “cómo debería ser y funcionar” el Derecho en función del principio de eficiencia económica. Sin olvidar que los trabajos de Guido Calabresi son los referentes de esta perspectiva (Montoro Ballesteros, 1999).

Así, Montoro Ballesteros (1999) numera cuales son las tareas del AED normativo en conexión con la política jurídica:

1. Aconsejar los medios más adecuados y eficientes para alcanzar los fines propuestos por el Derecho;
2. Elaborar el estudio y diseño de las reformas que sea necesario introducir en el sistema jurídico con el fin de potenciar el grado de eficiencia de las instituciones;
3. La elaboración “racional del Derecho” (de nuevas instituciones y sistemas normativos) de acuerdo con el principio de eficiencia económica (pp. 432-433)

Por último, podemos decir que la confrontación directa que existe entre la escuela de Yale y la escuela de Chicago (desde la contribución de Calabresi) “consiste en desafiar la idea de que la eficiencia sea el principal y único valor para adjudicar pérdidas por daños, y en insistir en la necesidad de distinguir las nociones de distribución y de justicia de la eficiencia” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 125).

1.6. Premisas del AED Ortodoxo

Como ya estudiamos, la perspectiva positiva del AED es aquella que eleva el principio de eficiencia como el único valor a obtener y hace énfasis en tratar de describir y predecir el comportamiento humano desde los supuestos de la Economía neoclásica. Al ya haber estudiado sus propiedades o categorías de las que parte, podemos establecer las premisas que derivan del AED ortodoxo al plantearse problemas jurídicos como si fueran económicos (Doménech Pascual, 2012).

Desde sus características (la aplicación directa de la microeconomía y, en especial, la teoría de precios neoclásica¹¹) este enfoque incorpora básicamente tres premisas como lo indican Arjona Trujillo y Rubio Pardo (2002):

Uno, los individuos son racionales, en el sentido que maximizan su utilidad tanto en situaciones de mercado como en situaciones de no mercado. Dos, los individuos responden a los incentivos de precios en los mercados, y a los incentivos legales, que se pueden asimilar a los precios, en las situaciones de no mercado. Tres, el sistema jurídico, y el impacto del derecho, pueden y deben analizarse con base en el criterio de eficiencia. Además, se prescribe que el sistema jurídico debe promover (ante todo) la eficiencia. (p. 123)

¹¹ Esta teoría sostiene que si se elevan los precios de un bien éste será menos consumido.

Los mismos autores agregan que:

La idea de racionalidad es concomitante con la noción del comportamiento como un mecanismo de respuesta a los incentivos, y en particular al sistema de precios. Las leyes y las normas, por su parte, establecen sanciones que, en últimas, constituyen incentivos para el individuo y que el AED asimila a los precios. De acuerdo con Posner, bajo un sistema económico de maximización de riqueza, la función básica de la ley es la de alterar los incentivos. En este contexto, se puede en principio ajustar el nivel agregado de las actividades simplemente ajustando los precios implícitos en las normas y leyes. Si se quiere reducir la incidencia de ciertas conductas, se aumenta su precio legal en el monto necesario para inducir cambios en el comportamiento. (p. 123)

Desde este punto, es como el AED logra reconocer a la ley como modificadora de incentivos, y su capacidad de analizar *ex-ante* el impacto de ésta en los destinatarios.

1.7. La Idea de Eficacia del AED

Albert Calsamiglia (2003) sugiere que las aportaciones más importantes que le ha hecho la Economía (más específicamente la teoría económica) al Derecho son, en primer lugar, la de considerar al hombre como individuo racional y egoísta que intenta satisfacer sus intereses con el mínimo esfuerzo o costo posible (racionalidad individual) y, en segundo lugar, el que las leyes deben ser efectivas y eficaces. Pues, según este autor, la función de éstas no sólo es la de declarar principios morales o de justicia.

El AED ortodoxo (enfoque positivo), como ya vimos, presenta la característica de preocuparse por *los efectos de las reglas legales en el comportamiento de los individuos a los que van destinadas* (Teoría del impacto legal). Le interesa saber de qué manera determinadas

instituciones jurídicas condicionan o incentivan la conducta de los individuos. Entonces, el AED como ciencia positiva describe y predice los efectos de las mismas. Por lo tanto, se puede decir que el AED le da una gran importancia a la eficacia real del Derecho al observar a la ley como modificadora de incentivos en agentes racionales (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002).

Albert Calsamiglia (2003) muestra que la racionalidad que explica de qué manera los destinatarios de las normas reaccionarán frente a ellas se conoce como “racionalidad estratégica”. A diferencia de la racionalidad jurídica que supone una “racionalidad paramétrica” en la cual lo importante es que la ley concuerde con un principio fundamental de justicia.

La perspectiva de la racionalidad paramétrica daba como resultado la creencia de que por el simple hecho de cambiar el Derecho se iba a cambiar también a la sociedad. Por ello, el catedrático de Filosofía del Derecho refiere que:

Hoy sabemos que los cambios sociales no se producen a golpe de decreto. La racionalidad jurídica no es una racionalidad paramétrica, sino estratégica. Los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a las normas. La obediencia no está garantizada por el mero hecho de la formulación de la ley. Las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento. (Calsamiglia, 2003, pp. 61-62)

Por otro lado, Calsamiglia (2003) menciona que una ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina “justicia” como consecuencia de que la doctrina jurídica dominante está impregnada por la raíz dogmático-normativista:

Bobbio, por ejemplo, fundamenta la distinción entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho en este criterio. La filosofía del derecho es un esquema de valoración del derecho positivo. Una ley es justa si corresponde con un ideal de

justicia determinado. Obsérvese que la comparación se hace desde el texto a un principio normativo de justicia. No se incide directamente si esa norma se obedece o se aplica o cumple en realidad sus objetivos que pretende. Sólo se piensa a la eficacia de la norma como característica general del ordenamiento jurídico. La declaración del objetivo y la concordancia de ambos —el del derecho y el de la justicia— es lo relevante. No se plantea el problema si el medio es adecuado, compatible o incompatible con el objetivo. Lo único que se plantea es la concordancia o la discordancia entre el texto y el valor. Y eso tiene su fundamento en el proyecto epistemológico dogmático. (p. 63)

Sin embargo, para otros autores, el AED, dadas sus características, reduce el sistema jurídico a un mero “instrumento técnico”, “a una ‘ingeniería social’, cuya función es la transformación de todo problema o conflicto jurídico en un problema económico de cálculo y ajuste de costes y beneficios, y asignación eficiente de recursos escasos” (Montoro Ballesteros, 1999, p. 441).

Lo que resulta de reducir al Derecho (norma ética) a la condición de mera regla técnica implica, entre otras consecuencias, *el desplazamiento o sustitución de la idea de validez jurídica por la idea de eficacia* desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho (Montoro Ballesteros, 1999).

De este modo, nuestra intención no es resaltar las críticas que pueden adjudicársele al AED, sino la de seguir observando las diferencias epistemológicas y metodológicas entre la concepción de la idea de eficacia del AED y la concepción de la idea de validez jurídica.

El interés del segundo capítulo es el de observar cómo las distintas corrientes iusfilosóficas han intentado justificar su propia idea o noción de validez junto con su concepto

del Derecho (tarea permanente del saber jurídico). E intentar observar él por qué se dice que los juristas no se han preocupado por el funcionamiento real de las leyes. Para después poder contrastar la idea de eficacia que se desprende del AED ortodoxo con la idea de validez jurídica.

Capítulo 2. Idea de Validez del Derecho

Ya adelantábamos que los juristas se preocupan más por otros aspectos o problemas del Derecho que por el de su eficacia. Tal es el caso del concepto del Derecho, la idea de validez, y la idea de justicia. Estos conceptos se han estudiado a lo largo de la historia de la Filosofía y Teoría del Derecho por los juristas basándose en distintos principios de la Filosofía que, a su vez, se desprenden de las distintas corrientes iusfilosóficas del Derecho.

Por ejemplo: por un lado, tenemos al positivismo jurídico que se basa en principios de una filosofía empirista y anti-metafísica, lo que representa un tipo de enfoque a los problemas de la Filosofía y Teoría del Derecho. Y, por otro lado, tenemos al derecho natural que puede verse como el enfoque de los problemas de la Filosofía y Teoría del Derecho basado en la firme creencia de que el Derecho no puede describirse y comprenderse en términos empiristas¹² (Ross, 2008).

Hay que decir que la Filosofía del Derecho es una rama de la Filosofía aplicada que estudia cuestiones ajenas a la Filosofía pura para especializarse en un saber específico, en este caso, del saber jurídico. A partir del esquema bobbiano, Rodolfo Vázquez (2010) refiere que la Filosofía del Derecho es aquella rama del conocimiento que incluye entre sus quehaceres:

- a) de la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión de normas y el ordenamiento jurídico (teoría del derecho); b) de la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas tales ordenamientos, y del mismo estatuto científico del derecho (teoría de la ciencia jurídica); y c) de las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en

¹² Pues, los iusnaturalistas dicen que se requiere de una interpretación metafísica: una interpretación consagrada de los principios e ideas que provienen de la naturaleza racional o divina del hombre, tales que trascienden el mundo sensible.

general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad y bienestar, por ejemplo (teoría de la justicia o ética jurídica).
(p. 11)

Para entender así que, el concepto del Derecho y la idea de validez son temas que caben en el estudio de esta rama. Puesto que, los juristas intentan determinar el concepto de Derecho a partir de las relaciones entre éste con principios de justicia (valores) derivada de una metodología propia. De tal forma que, cada corriente iusfilosófica ha respondido las cuestiones sobre lo que es o no es Derecho y, por ende, de su validez.

No obstante, antes de entrar de lleno en las distintas concepciones iusfilosóficas de lo que es o no Derecho, creemos oportuno definir lo que se entiende por validez del Derecho para tener una idea más o menos general de la misma.

2.1. Concepto de Validez del Derecho

El concepto de validez del Derecho o validez jurídica está presente en la clasificación de Norberto Bobbio (1992) que distingue tres problemas con respecto a una norma jurídica: 1) El problema de justicia (problema deontológico) respecto al hecho de que si la norma es consistente o no con el sistema de valores que fundamentan determinado ordenamiento jurídico; 2) el problema de eficacia (problema fenomenológico) donde se determina si la norma es o no cumplida por los destinatarios (e implica medios coercitivos); y 3) el problema de validez (problema ontológico) que se cuestiona sobre la existencia de la norma jurídica.

Para Bobbio (2012), el problema de validez es independiente a su justicia o eficacia. Puesto que, la existencia de una norma se puede determinar por el simple hecho de que la autoridad que la expidió contaba con la competencia y legitimidad con base en la norma

fundamental¹³ o, en su defecto, que no haya sido derogada o incompatible con una norma superior.

Para Alf Ross (1993) el concepto de validez:

(...) puede usarse como sinónimo de “eficacia jurídica” como cuando se usa en el campo de la dogmática jurídica, como “eficacia sociológica” que se identificaría con la existencia efectiva y real de una norma o de un sistema jurídico, por oposición a los meros proyectos de normas o a las reglas o pautas imaginadas, como sinónimo de “fuerza obligatoria moral” como se entiende por la teoría del derecho natural. Para Ross, es el segundo uso el que revela el verdadero sentido de “validez”. (como es citado en Carrillo de la Rosa, 2012, p. 21)

Ya que, Ross (2004) sostiene que el Derecho visto desde el punto de vista del positivismo jurídico no requiere tomar ideas o principios derivados del derecho natural o la moral y añade que:

Esto aplica en particular a la idea de validez. En la medida en que este término es tomado como que significa que el derecho posee fuerza moral intrínseca (la “fuerza obligatoria”) que constriñe a los súbditos, no sólo mediante la amenaza de sanciones sino también moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho. La validez, en esta interpretación, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables. (Ross, 2004, pp. 201-202)

Desde la posición de Robert Alexy (1992), la idea de validez refiere a “los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el

¹³ Presupuesto trascendental del Kelsen.

ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico” (como es citado en Vigo, 2016, p. 100).

Actualmente, expone Carrillo de la Rosa (2012), se distinguen cuatro tipos de validez:

1) La validez formal: que se refiere al asunto de existencia, vigencia o pertenencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico; 2) la validez normativa: que se considera sinónimo de fuerza obligatoria o fuerza vinculante; 3) la validez sociológica: que tiene que ver con el problema de eficacia que señala Bobbio; y, 4) la validez axiológica que alude al problema de valores en el Derecho, en especial al problema de la justicia.

Por su parte, Vigo (2016) argumenta que, a pesar de que el concepto de validez es ambiguo desde el campo de la teoría jurídica, en general, este concepto “destaca su conexión con el positivismo jurídico y la relevancia que adquirió en relación a la propuesta de un concepto de derecho” (p. 100). No obstante, refiere que la cuestión sobre la validez o invalidez jurídica “coincide en responder si la norma existe y obliga”, cosa en la que estamos de acuerdo.

Por lo tanto, cabe señalar que:

(...) el concepto de validez jurídica se encuentra interrelacionado con la idea o el concepto de derecho que se defiende; por ello, cada corriente teórica defiende un modelo de validez jurídica que, a su vez, se corresponde o se deriva del concepto de derecho que propone determinado enfoque filosófico. (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 22)

O como postula Marmor (2011):

El debate entre el positivismo jurídico y sus oponentes es principalmente acerca de las condiciones de la validez jurídica; es fundamentalmente acerca de la

cuestión de qué es el derecho, y qué es lo que hace que ciertas normas sean jurídicamente válidas y otras no. (como se cita en Vigo, 2016, p. 100)

Por lo mismo, estudiaremos a continuación el concepto del Derecho desde el iusnaturalismo y el positivismo jurídico a la par de marcar las diferencias entre estas dos corrientes iusfilosóficas para, posteriormente, saber de qué manera tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico proponen y defienden su propio modelo de validez jurídica.

Debido a que, en la opinión de Delgado Pinto (1990) la “temática relativa a la vigencia y validez de las normas ocupa una posición crucial dentro de cualquier filosofía del derecho, ya que al abordarla e intentar solucionarla entran en juego necesariamente los presupuestos ontológicos y epistemológicos de la misma” (p. 107).

2.2. Concepto del Derecho en el Iusnaturalismo y en el Positivismo Jurídico

Tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico definen el concepto del Derecho desde sus tesis centrales. A pesar de que ninguna de estas corrientes iusfilosóficas es homogénea, estas tesis hacen las veces de un mínimo común denominador que las distinguen la una de la otra.

2.2.1. Concepto del Derecho en el iusnaturalismo

El iusnaturalismo sostiene en su primera tesis la existencia de un “Derecho superior”, un “Derecho Natural” que está conformado por un conjunto de normas, pero, sobre todo, de principios (morales). En cambio, su segunda tesis sostiene que el Derecho, aunque positivo, necesita ser moralmente justo; es decir, que el derecho positivo sólo es verdadero si es conforme con el derecho natural (Pérez Lledó y González Lagier, 2012).

Mientras que, la primera tesis del iusnaturalismo hace referencia a las características de sus normas y principios en cuanto “naturales”, la segunda:

(...) es una tesis acerca del concepto de Derecho: no versa sobre qué es lo justo o injusto, sino sobre qué es o no Derecho. Lo importante es que vinculan lo segundo con lo primero: lo que sea Derecho se determina (entre otras cosas) en función de propiedades valorativas (en función de la justificación moral de sus normas, o sea, de su adecuación a ciertos principios de justicia llamados “Derecho Natural”).

(Pérez LLedó y González Lagier, 2012, p. 5)

Explica Alf Ross (2008) que el derecho natural es una parte de la ética. Pues ésta:

(...) es usualmente dividida en dos partes por los partidarios de las teorías cognoscitivas: moral en sentido estricto y derecho natural. La moral, se sostiene comúnmente, se refiere al destino y fin ético último del hombre, mientras que el derecho natural trata de los principios y normas que deben regir la vida del hombre en la sociedad civil (el Estado) para que pueda realizar su destino moral. Los principios éticos son, entonces, principios de la moral o del derecho natural.
(p. 201)

2.2.2. Concepto del Derecho en el positivismo jurídico

La primera de sus tesis del positivismo jurídico se conoce como la “tesis de las fuentes sociales del Derecho” y plantea que:

(...) sólo es Derecho el Derecho positivo, es decir, los diversos ordenamientos jurídicos positivos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. Esta tesis insiste en que el Derecho es una creación humana e histórica (contingente, relativa en el espacio y en el tiempo), y no un producto de instancias trascendentes o metafísicas. La existencia de Derecho en una sociedad

sólo depende de determinados hechos sociales observables. (Pérez LLedó y González Lagier, 2012, p. 6)

La segunda de sus tesis se conoce como “tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral” y sostiene que:

(...) el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta únicamente propiedades descriptivas; es decir: la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia. No existe una conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral. (Pérez LLedó y González Lagier, 2012, p. 6)

Obsérvese aquí que ambas tesis versan acerca del concepto de Derecho, es decir, acerca de lo que es y de lo que no es Derecho. Por consiguiente, podemos decir que el iusnaturalismo es:

(...) una corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. (Mientras que el iuspositivismo o positivismo jurídico es) (...) aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. (Bobbio, 2007)

Ahora pasaremos a estudiar el devenir de ambas corrientes y el devenir de sus mayores representantes con el objetivo de advertir sus características, su manera de definir y defender su propia idea de validez desde el concepto de derecho que presentan. También para advertir si a partir de ello, los juristas se han interesado o no por la eficacia de las leyes.

2.3. Idea de Validez en el Iusnaturalismo

Como ya estudiamos, la corriente del iusnaturalismo parte del derecho natural. De tal forma que, por muchos siglos se tuvo la idea de que el Derecho se podía determinar a partir de la naturaleza. Sin embargo, “lo que fue cambiando con el tiempo fue la forma en que se concebía la naturaleza y, por lo tanto, la manera en que de ella se derivaba el derecho” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 133).

Alf Ross (2008) comenta que existe una idea común entre los iusnaturalistas, que es:

(...) la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios verdaderos, que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia. (pp. 204-205)

Los principios naturales que están señalados dentro de la primera tesis del iusnaturalismo, al no proceder del legislador sino de la naturaleza, según los iusnaturalistas, cuentan con las siguientes características: son verdaderos (al reflejar fidedignamente esa naturaleza), son cognoscibles (al hacer referencia de que los seres humanos podemos llegar a conocerlos), son universales (en cuanto al espacio) y son inmutables (al tratarse de principios y normas válidas sin importar el tiempo ni el lugar) (Pérez Lledó y González Lagier, 2012).

Por lo tanto, la validez de estas leyes no tiene nada que ver con aceptación o reconocimiento, ni con sentimientos de obligación o alguna otra experiencia. No pueden ser establecidas por métodos de la ciencia empírica, sino más bien se obtienen a través de la interpretación metafísica de la naturaleza del hombre. Lo que Rousseau llamaba la “voz celestial” (Ross, 2008).

Por lo tanto, haremos un recorrido para observar la evolución que ha presentado esta corriente iusfilosófica. Empezaremos por los antiguos griegos, pasaremos por el cristianismo, la edad media y el renacimiento, hasta llegar a lo que se conoce como el pensamiento iusnaturalista contemporáneo. Sin olvidar que en todos ellos están presentes las tesis centrales y características del iusnaturalismo que ya estudiamos.

2.3.1. Pensamiento griego antiguo

En la antigua Grecia, gracias al pensamiento sofístico, se distinguían las reglas o normas que provenían de la naturaleza (*physis*) de las reglas o normas que habían sido creadas por los hombres (*nomos*). Las primeras se distinguían de las segundas por la razón de que éstas se mantenían permanentes e invariables. A diferencia de las segundas que, surgían por medio de la convención o acuerdo, o bien por la voluntad del poder que se hacía manifiesta en la costumbre o ley (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

Cosa que podemos observar en la tragedia “Antígona” donde Sófocles, griego del siglo V a.C., diferencia las leyes que surgen del Estado de las leyes eternas de la naturaleza. Un arquetipo que nace de la unión de las normas de obligación y normas que imponen deberes, éstas últimas inmanentes al ser (Ojeda Velázquez, 2010).

–Antígona. - *Porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia (diké) que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía pensar que tus normas fuesen de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer... son leyes eternas y nadie sabe cuándo empezaron a regir. ¿Iba yo a pisotear estas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que*

fuera? ¿Qué iba yo a morir... bien lo sabía, quién puede ignorarlo? Eso aun sin tu mandato. Que muero antes de tiempo... una dicha me será la muerte. Ganancia es morir para quien vive en medio de infortunios. Tormento hubiera sido dejar el cuerpo de mi hermano, un hijo de mí misma madre, allí, tendido al aire, sin sepulcro. Eso si fuera mi tortura: nada de los demás me importa.

¡Loca, loca es –dirás tú– pues así obra! (Ojeda Velázquez, 2010, p. 153)

Con Platón aparece la idea de arquetipos trascendentales que asumen la existencia de ideas en un mundo suprasensible que va más allá del tiempo y el espacio (donde se puede encontrar la justicia) (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

Eduardo García Máñez (1999) explica que Platón en uno de sus diálogos (el Eutifron):

(...) pone en los labios de uno de los interlocutores la siguiente pregunta: ¿Lo justo es justo porque Dios lo quiere, o Dios quiere lo justo porque es justo? (Eutifron 10 A). La respuesta es: “Lo justo place a Dios porque es justo, pero no es lo justo porque place a Dios (...)”. Aplicando al ámbito jurídico su doctrina de las ideas, el filósofo de la Academia hizo del derecho natural el arquetipo de los ordenamientos históricos. Las nociones de ejemplaridad, presencia y participación, que utiliza cuando explica los vínculos entre mundo inteligible y mundo del génesis, son después referidos por él a los derechos natural y positivo. El segundo es verdadero derecho: a) en cuanto participa del orden natural; b) en cuanto copia o remedo suyo; c) en cuanto la idea de justicia se halla presente en él. (pp. 134-135)

Por otro lado, el pensamiento de Aristóteles distingue con total claridad entre la “justicia convencional” (creada por los hombres) y la “justicia natural” (de la naturaleza). En otras palabras, distingue entre la ley universal o natural y la ley especial o positiva.

Positiva es “la que regula la vida de una comunidad determinada”; por ley natural entiende un conjunto de principios objetivamente válidos, que reciben aplicación en todos los países. El derecho natural es comparable al fuego, “que quema en cualquier sitio, lo mismo en la Hélade que en Persia”. El positivo, en cambio, difiere en cada Estado y sólo vale para él. “Los principios de la equidad son permanentes e inmutables, el derecho universal tampoco cambia, pues es la ley de la naturaleza; las leyes escritas, por el contrario, a menudo varían”. (García Máynez, 1999, p. 136)

Lo que resulta interesante observar en el pensamiento griego antiguo es que, no se le adjudicaba al derecho natural un estatus superior al derecho positivo. Ya que, si llegaba a darse una contradicción entre ambos, prevalecía este último. Lo que daba plena validez y obediencia a la justicia convencional frente a la justicia natural. Ejemplo de ello, fue la actitud de Sócrates al cumplir su sentencia de beber cicuta a pesar de lo injusta que era ésta (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

2.3.2. Cristianismo

El cristianismo también muestra una inclinación hacia el derecho natural. La fuente de esta doctrina se encuentra en las enseñanzas de Cristo relatadas en los cuatro evangelios que no anulan la ley del Antiguo Testamento, más bien le atribuyen:

(...) un sentido más humano al establecer conceptos tales como el de redención, perdón, salvación y vida eterna. En lugar de “Jehová” o “Dios”, utiliza la palabra

“Padre”, manifestando, como lo hace el Antiguo Testamento, que el Padre es el creador y dador de todo don que el ser humano pueda tener. Enseña el concepto de Dios creador, sustentador y dispuesto a perdonar, que no habían manejado los filósofos griegos. (Guadarrama Gonzáles, 2011, p. 110)

También se podría comparar lo que Pablo predicaba con las normas inmanentes al ser.

Puesto que, en su carta a los romanos decía que:

Porque cuando los gentiles, que no tienen la ley, cumplen por instinto los *dictados* de la ley, ellos, no teniendo la ley, son una ley para sí mismos, ya que muestran la obra de la ley escrita en sus corazones, su conciencia dando testimonio, y sus pensamientos acusándolos unas veces y otras defendiéndolos. (Romanos 2:15,16)

Por otra parte, el pensamiento cristiano y el estilo de vida de sus creyentes puso en tela de juicio las prácticas hedonistas y escépticas que practicaban los griegos y los romanos. Este choque cultural fue lo que “provocó las grandes persecuciones contra los cristianos, principalmente por parte de los emperadores Nerón y Constantino” (Guadarrama Gonzáles, 2011, p. 110).

2.3.3. Pensamiento de la edad media

La caída del Imperio Romano¹⁴ y el inicio de la Edad Media en el siglo V d.C. fueron señal de que la iglesia cristiana había surgido¹⁵ y dieron lugar a una nueva concepción del iusnaturalismo. En la cual, se mezclaba la idea del poder terrenal con la idea del poder divino al tratar de armonizar la doctrina cristiana con la filosofía antigua (Guadarrama Gonzáles, 2011).

¹⁴ Habrá que recordar que, el derecho romano rescató la tradición y pensamiento ateniense por medio de la filosofía de la *Stoa*.

¹⁵ Ello gracias al apoyo de Constantino, primero enemigo de la iglesia, posteriormente converso.

Esta concepción apareció principalmente en el pensamiento de San Agustín y Tomás de Aquino entre los siglos IV y XV d.C.¹⁶. Donde, contrario a lo que sucedía en el pensamiento de la antigua Grecia, el derecho natural se afirma como pauta superior al derecho positivo al creer que las leyes debían ser consistentes con el derecho divino y el derecho natural (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002).

San Agustín, por su lado, desarrolló un concepto iusnaturalista basado en las ideas de Platón en su obra “La Ciudad de Dios”. En ella, este filósofo expone la fuerte oposición entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo al compararla como la lucha entre el bien y el mal (Guadarrama Gonzáles, 2011).

En este contexto, Abel Naranjo (1992) nos dice que:

Particularmente en la psicología y en la ética, trata de liberarlas del animismo y del materialismo implícitos en el filósofo griego, e interpreta el espiritualismo platónico en el sentido de la naturaleza espiritual de Dios y del alma humana. Con base en estas ideas, San Agustín adecúa la división platónica de las virtudes, poniendo como base de todo el amor a Dios, del cual deben desprenderse la justicia, la sabiduría, la prudencia y la valentía. San Agustín, por otra parte, concibe la primera filosofía de la historia en la lucha de dos ciudades que combaten sobre la tierra: la de Dios y la del mundo, producto del cual es el Estado, separando y distinguiendo entre las virtudes religiosas y las virtudes civiles, y haciendo una complementación de ambas con miras a lograr el advenimiento final de la divina. (como es cita en Guadarrama Gonzáles, 2011, p. 111)

¹⁶ Entre esos siglos, se desarrolló el concepto iusnaturalista de la Iglesia de Occidente: la *patrística*. Fueron San Agustín y Tomás de Aquino los padres de ella. Movimiento filosófico y teológico que se conoce como Escolástica.

San Agustín hace una triple distinción de las leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. Para nada se trata de tres leyes distintas, sino que más bien se trata de una misma ley que se desenvuelve en momentos y objetos diferentes:

La ley eterna es la razón ordenadora del Cosmos al cual pertenece el mundo humano; por tanto, la ley natural es la misma ley eterna en cuanto participa de ella y la ley eterna es la misma ley natural en tanto se aplica al ámbito de lo humano. Por su parte, la ley positiva, producto de la razón humana, debe concordar con las dos anteriores en la solución más concreta de los problemas de cada sociedad atendiendo a sus particularidades. (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 91)

Para que la ley positiva sea justa y legítima debe converger con la ley eterna.

En el siglo XIII aparece la teoría de Tomás de Aquino que, por otro lado, es menos radical que la propuesta por San Agustín¹⁷. Al igual que Aristóteles, Tomás de Aquino busca hallar una armonía entre la ley eterna de Dios y la realidad humana y, a partir de ahí, distingue entre la ley eterna, la ley divina, la ley natural y la ley humana (Guadarrama Gonzáles, 2011).

Así:

La ley natural surge de la participación de la criatura racional en la ley eterna y la ley humana es a su vez derivada, por el legislador o por la costumbre, de la ley natural. Cuando la ley humana viola la ley natural estamos en presencia de la ley corrompida o corrupta, pero no inválida o inexistente; una especie de leyes imperfectas, pero válidas. Estas leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural

¹⁷ Una gran diferencia entre San Agustín y Santo Tomás es que el primero decía que el Estado es un mal que viene como consecuencia del pecado, y Santo Tomás establece que el Estado es una derivación de la naturaleza social del hombre.

de las cosas; estas leyes, a pesar de su injusticia, deben ser obedecidas para evitar el escándalo y el desorden. En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen a la ley divina, en cuyo caso de ningún modo pueden observarse.

(Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 92)

De tal modo que:

El propósito o razón de ser del derecho, dice Aquino, es promover el bien común (sección IV.1). Por ello, el derecho moralmente valioso es —en este segundo sentido— más propiamente derecho que el derecho injusto (...) El eslogan “*lex injusta non est lex*” combina ambos sentidos de “derecho” (“ley”) en una sola frase: una ley (válida en un ordenamiento) injusta no es propiamente una ley (no cumple con la razón del ser del derecho). (Köpcke, 2015, p. 955)

Desde el pensamiento de ambos autores se observa que las leyes deben ser consistentes con el derecho divino y el derecho natural¹⁸. Así, se agota el pensamiento iusnaturalista antiguo para entrar de lleno al pensamiento iusnaturalista renacentista y al iusnaturalismo contemporáneo.

2.3.4. Pensamiento iusnaturalista renacentista y contemporáneo

La Reforma Protestante que tuvo lugar en Alemania en el siglo XVI e iniciada por el clérigo Martín Lutero provocó, en toda Europa, que la Iglesia perdiera el poder que ostentaba. En sus noventa y cinco tesis, este clérigo refutaba la doctrina de la Iglesia y expresaba que ésta (desde el concepto iusnaturalista del que partía) contradecía las enseñanzas de la Biblia. Y negó,

¹⁸ No obstante, la forma de pensamiento de la escolástica comenzó a decaer a causa de las críticas de J. D. Scotus y Guillermo Ockham por el año 1300, de quienes nace el movimiento nombrado “nominalismo”. Este movimiento explica que no puede existir un derecho natural; pues éste no puede ser otra cosa que el producto de la teoría, o sea, de la Ciencia y Filosofía del Derecho. Debido a que, sólo existe lo particular, lo especial, mas no lo general, idea que posteriormente, será retomada por Lutero en el siglo XV (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002).

de esta manera, el poder omnipotente que la iglesia tenía al sostener que la Biblia era la única fuente doctrinal que el hombre debía seguir (Guadarrama Gonzáles, 2011).

Ello provocó la desaparición del “teocentrismo” y dio paso al “antropocentrismo” al retornar al concepto iusnaturalista que se había dado en los inicios del cristianismo.

Posteriormente y de la mano del Renacimiento del siglo XVI, se inicia con el movimiento del “laicismo” en el Derecho que separa a éste de la teología (Guadarrama Gonzáles, 2011).

A partir de lo anterior, se llega al iusnaturalismo que parte de la razón (racionalista), el cual justifica la idea de los derechos y obligaciones naturales a partir de la razón¹⁹.

Para los defensores del derecho natural racional es habitual:

(...) el estudio y el análisis de la naturaleza humana, pero no la naturaleza real o histórica, sino una naturaleza elaborada por la razón, una naturaleza a-histórica e individual. A partir de ese análisis formulan reglas de justicia universales que sirvieran de guía a la conducta humana. (...) (Así el) iusnaturalismo racionalista compartirá con el iusnaturalismo medieval la subordinación del derecho positivo al derecho de la razón y lo justo. (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 92)

Por ejemplo, Descartes y Bacon, que a pesar de que pregonaban lo experimentable, defendían las ideas clásicas del derecho natural (absoluto, universal y suprahistórico) (Kaufmann 1997). Hugo Grocio, otro racionalista, desplazaba al derecho natural cristiano basado en el teocentrismo y pregonaba que ese derecho natural estaba realmente basado en las cualidades racionales del hombre. Pero no lo deslindaba de la voluntad divina, ni la sujetaba al poder de la religión (Guadarrama Gonzáles, 2011).

¹⁹ No debemos perder de vista que, por esta época, aparece la separación de los poderes en John Locke y el “Contrato Social” de Rousseau. Donde surge la idea del Derecho como posibilidad de establecer un orden jurídico por consenso que sea válido para todos los individuos.

Ya en la actualidad, Finnis, alumno de Hart, ha constituido una teoría contemporánea del derecho natural. Este autor se caracteriza por mantener al margen el problema existente acerca de la ley injusta. Pues, sostiene que una teoría del derecho natural no debe tener entre sus filas principales la preocupación de que el *unjust laws not law*²⁰ (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

Por lo mismo, Finnis centra su atención más bien en los actos del gobernante; piensa que éstos deben fincarse en el “bien común”, “que no puede ser desconocido por ninguna disposición humana, so pena de que estas leyes o directrices carezcan de autoridad, con la consecuencia natural de que no crean obligación de obedecerlas” (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 92).

No obstante, considera que si un ciudadano no respeta la ley puede llegar a inducir a que otros desobedezcan de igual modo no sólo esa ley, sino otras leyes que sí son justas. Por lo tanto, es en ocasiones conveniente que se obedezca una ley injusta para evitar el colapso del sistema en general (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

Por otro lado, el alumno de Hart también indica que las leyes deben asegurar bienes humanos indispensables para el desarrollo humano y defiende la idea de la razonabilidad práctica que es un proceso de razonamiento que, aparte de permitir la distinción entre lo correcto y lo incorrecto, es fin y es medio para alcanzar fines. Dentro de esos bienes humanos se encuentran:

(...) el conocimiento de la realidad y su apreciación estética, el trabajo y el juego (dos modos de transformación de la realidad natural propiamente humanos), la armonía entre los individuos y los diferentes grupos de personas (paz, buena vecindad y amistad), la armonía entre las propias elecciones y los propios sentimientos (paz interior), la armonía entre las propias elecciones y el

²⁰ Que podríamos traducirlo algo así como “el Derecho que es injusto no es Derecho”.

comportamiento ulterior (autenticidad), y la armonía entre uno mismo y la fuente incondicionada de todo valor y sentido (religión). (Martínez Cinca, 2010, p. 294)

Entonces, la obediencia de las normas jurídicas se daría a partir de este proceso de razonamiento (razonabilidad práctica), y de saber que las normas jurídicas buscan el bien común y están allí para proteger los bienes humanos (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011). De acuerdo con Martínez Cinca (2010): “Es precisamente la distinción y la diversidad de los bienes humanos básicos lo que los hace razonablemente atractivos y lo que hace que la libre elección sea posible y en cierto sentido indispensable. (p. 294)

En conclusión, se observa que la idea de validez que defiende el iusnaturalismo presenta dos grandes características: (i) la primera, en cuanto al contenido del Derecho, se da al pregonar que el derecho positivo debe estar subordinado por el derecho natural; (ii) y, la segunda, en cuanto si genera fuerza vinculante, cuando el Derecho presenta la característica (i) es justo por derivar del derecho natural y debe ser obedecido.

Vimos también que aquellos principios superiores del derecho natural pueden provenir de distintos lados (Dios, la razón, bienes humanos, etc.) y que, de manera casi general y con todo y sus matices, predicen que el derecho positivo debe ser obedecido aun si no corresponde con los principios superiores, todo esto para evitar el colapso del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lo que no niega al derecho positivo, mas no se le otorga la calificación de verdadero Derecho en cuanto a contenido se refiere; es decir, no es justo.

2.4. Idea de Validez en el Positivismo Jurídico

A diferencia de lo que se presenta en la corriente iusnaturalista, la obediencia de la ley en la corriente iuspositivista ya no dependerá de un fundamento trascendente e intemporal, sino

única y absolutamente de su positividad, de haber sido impuesta por el soberano (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

García Máñez (2013) sugiere que:

De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico sólo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. Los partidarios de la otra doctrina (la iusnaturalista) aceptan la existencia de dos sistemas normativos diversos, que, por su misma diversidad, pueden entra en conflicto. La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido. (p. 41)

El positivismo jurídico tiene como base al “Estado de Derecho” y a su vez, propone fundamentar al Derecho como una verdadera ciencia. No obstante, Norberto Bobbio (2007) observa al positivismo jurídico no como una expresión unívoca, sino que, más bien, es una expresión que puede tener tres significados, a saber:

- a) El positivismo jurídico entendido como *Approach*²¹ al estudio del Derecho: Significación del positivismo que implica comprender la objetividad que es propia de la ciencia, como abstenerse de toda postura (eliminación de juicios de valor) frente a la realidad observada (neutralidad ética). En otras palabras, una *metodología* que se aproxima al concepto del Derecho para definirlo como un hecho, y no como un deber ser.

²¹ *Approach* en este contexto se podría entender en español como aproximación o enfoque.

- b) El positivismo jurídico entendido como teoría: Significación del positivismo jurídico que debe entenderse como aquella teoría que vincula el fenómeno jurídico con la formación del poder soberano del Estado.
- c) El positivismo jurídico entendido como ideología: Significación que representa la creencia de ciertos valores donde el Derecho se toma como un “valor positivo”. Aquí se observan dos tipos de argumentación: 1) el derecho positivo por el sólo hecho de ser positivo es justo (emanado de la voluntad dominante); y 2) el Derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza y que sirve para la obtención de ciertos fines deseables tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal (independientemente del valor moral de sus reglas).

Los tres significados de Norberto Bobbio parten de las tesis del positivismo jurídico. El primer significado (como metodología) sigue la tesis conceptual acerca de qué es Derecho y qué no lo es (separado de la moral) y el segundo significado (como teoría) describe “una serie de rasgos que supuestamente caracterizarían aquello que ha quedado ya dentro del concepto de Derecho” (Pérez LLedó y González Lagier, 2012, p. 16). En el tercer caso (como ideología) se habla de una Teoría del Derecho que apunta hacia una teoría de justicia.

Para este último, agregan Pérez LLedó y González Lagier (2012) que:

Para el iusnaturalismo no hay distinción conceptual entre Derecho y moral porque el juicio de juridicidad de una norma depende del de su moralidad: para que sea jurídica, ha de ser justa. Para el positivismo ideológico, en cambio, es el juicio de moralidad el que depende del de juridicidad: si la norma es jurídica, entonces es moralmente correcta. Pero el positivista ideológico sigue conservando un criterio

de juridicidad independiente de la moral (lo cual le diferencia del iusnaturalista).
(p. 21)

Al respecto, escribe Ojeda Velázquez (2010) que:

En ninguna de estas concepciones, así pues, hallamos conexión con la moral por más que connotados iusnaturalistas quisieran ver en la obediencia de las normas jurídicas un deber moral, ya que este deber aunque se convierte en una obligación interna o de conciencia, es obligación externa por temor a la sanción (o para no meterse en problemas legales). Por otro lado, si los fines del derecho son la defensa de ciertos valores (legalidad, orden, seguridad jurídica), esta concepción no nos acerca tampoco a la moral, porque estos valores son emblemáticamente jurídicos. (p. 159)

2.4.1. Formalismo jurídico

A modo introductorio, hay que saber que las tres “corrientes iuspositivistas con que se inicia la ciencia jurídica moderna (la Escuela de la Exégesis francesa, la Jurisprudencia de Conceptos alemana y la Jurisprudencia Analítica inglesa) tienen en común su pertenencia a lo que podría llamarse el ‘formalismo jurídico’” (Pérez Lledó y González Lagier, 2012, p. 22).

Para ubicar al formalismo jurídico²², tendremos que abocarnos a la acepción del positivismo jurídico como teoría y dimensionar que se habla de una concentración del material jurídico depositado en un poder estatal. Por tales motivos, se habla de un Estado liberal de Derecho que concentra el monopolio de la violencia. El Estado (que es soberano) se encuentra por encima del Derecho sin límite alguno para el ejercicio del poder; ya que, ninguna instancia o

²² No debe confundirse el formalismo con el positivismo jurídico. Pues, piensa Bobbio (2012) que a menudo éstos son utilizados como sinónimos. La noción del formalismo coincide sólo en dos aspectos con el positivismo jurídico, tanto en su extensión como en su utilización. Por ello, el jurista italiano distingue entre el formalismo ético, el formalismo en su acepción como forma, y el formalismo científico.

ente superior a él lo legitima. El Derecho es lo establecido por la ley (la ley que produce el Estado) y su obediencia no es más que el sustento en su positividad.

Ahora bien, para hablar de la primera corriente iuspositivista, la Escuela de la Exégesis (con auge en el siglo XIX) resulta menester dar a conocer las siguientes precisiones:

Entre los hechos que determinaron la aparición de positivismo legalista y formalista en Francia (exégesis) se encuentran primeramente el fenómeno mismo de la codificación²³ (...). En segundo lugar, la elaboración y primacía del argumento del legislador racional o de autoridad del legislador que le atribuía a éste la calidad de sujeto infalible o le imputaba ciertas características que garantizan su racionalidad; (...) (de esta forma) el derecho positivo no reflejaría una voluntad caprichosa y arbitraria del poder sino objetiva y justa. (...) En tercer lugar, la tesis de la separación de los poderes, que desde Montesquieu se convierte en el fundamento ideológico de la estructura del Estado moderno y del ejercicio del poder dentro de este. (...) Finalmente, la necesidad de certeza del derecho. (...) (que) provee a los individuos de un criterio seguro y cierto que les permite saber con anticipación y exactitud las consecuencias jurídicas de su comportamiento. (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, pp. 93-94)

Las principales características de esta Escuela son: 1) culto a la ley, 2) se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal, 3) predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley, 4) consideración del Derecho como una obra perfecta, 5)

²³ El fenómeno de la codificación aparece entre el siglo XVIII y principios del siglo XIX. Logró ordenar las normas heterogéneas (desfasadas o contradictorias) que regulaban en ese momento la vida social. Ello permite fincar una nueva jerarquización de fuentes del Derecho a partir del código.

predominio de la analogía como método de resolución de las insuficiencias de la ley, 6) el método exegético (Pérez LLedó y González Lagier, 2012).

En este contexto, como lo hace notar Carrillo De La Rosa y Carrillo (2011):

Los codificadores concibieron el código como la única fuente de validez del derecho, pues a su juicio, el derecho del código, insuperable y completo, contenía los preceptos jurídicos necesarios elaborados racionalmente por el legislador, lo que conduce a que no se aceptara otra fuente de derecho que no sea la ley del código. (p. 93)

Respecto a la eficacia del Derecho en el formalismo, Pérez LLedó y González Lagier (2012) indican que:

(...) la validez de cada norma jurídica depende en principio de un hecho social empíricamente observable: el hecho de que el legislador la haya dictado. Pero, una vez verificado ese simple dato inicial, la cuestión de la eficacia (la dimensión social) deja de interesar: la juridicidad de cada norma viene determinada por criterios jurídico-formales (órgano creador jurídicamente competente, respeto al procedimiento de creación normativa jurídicamente prescrito, y consistencia lógica de la norma con normas válidas jerárquicamente superiores), y no por criterios sociológico-empíricos (como sería su efectiva observancia por sus destinatarios y su efectiva aplicación por los jueces). (, p 14)

Por lo tanto, se observa que el formalismo jurídico no se interesa por que las normas jurídicas, es decir, el Derecho, sea realmente eficaz. Sino que le es suficiente el criterio formal.

2.4.2. Positivism jurídico sociológico-antiformalista

La concepción sociológica del Derecho hizo ver las limitaciones de la codificación y del positivismo legalista-formalista²⁴ (Carrillo de la Rosa, 2012). Esta concepción “se pregunta más por las causas y efectos sociales, y también particularmente económicos, de ciertas instituciones jurídicas, pero también del derecho en general como un medio al servicio de fines sociales” (Sánchez Vázquez, 1999, p. 147).

Esta concepción también admitía que la ley era producto del legislador, pero divergía con el positivismo legalista-formalista al oponerse a la idea de que la ley fuera sólo una forma sin contenido. Obviamente, no se trataba “de un contenido moral como lo suponía el iusnaturalismo, sino de un contenido que viene dado por la intención o querer del legislador a través de ese medio, la ley” (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 94).

Esto dio lugar al positivismo anti-formalista que consideraba que el Derecho no se identificaba sólo con una forma lingüística y semántica, sino que más bien exigía tomar en cuenta el contenido sociológico, histórico, teológico o axiológico que el legislador incluía en la ley (Carrillo de la Rosa, 2012).

Esta concepción se refleja en el positivismo jurídico de Jeremy Bentham²⁵ que partía de la experiencia para describir al Derecho mediante hechos meramente sociológicos. Su análisis se limita al derecho positivo relacionado con el poder efectivo. Desde allí, el filósofo inglés define “al derecho como un conjunto de mandatos y prohibiciones que emanan del soberano en una

²⁴ Limitaciones entre las que destacan la falta de neutralidad e imparcialidad frente los intereses sociales, la limitación del Derecho ante una realidad cambiante, y la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema jurídico.

²⁵ Que puede estimarse como el fundador de la jurisprudencia analítica, o lo conocido como positivismo teórico analítico.

comunidad y, por consiguiente, a defender la idea de que el derecho tiene una estructura imperativa” (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 94).

Este modo de ver al Derecho también está presente en el pensamiento de Austin que observaba al Derecho como un conjunto de órdenes dictadas por la voluntad poderosa. Austin decía que si esas órdenes eran desobedecidas se imponían mediante el empleo de la fuerza física. Hay que agregar que, varias teorías derivan de este modelo jurídico: la teoría imperativista, la teoría de la fuerza “detrás” del Derecho y la teoría mecánica del proceso judicial²⁶ (Ross, 2008, p. 203).

El mero hecho de que las órdenes del soberano fueran habitualmente obedecidas por aquellos que se encontraban sometidos a ellas constataba su validez jurídica, que, junto al elemento de eficacia, daban cuenta de su existencia. De ahí que, Austin manifestaba que “la existencia del Derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito” (Ross, 2008, p. 202). En otras palabras, el Derecho es un hecho y éste siéndolo independientemente de entrar o no en conflicto con algunos principios del derecho natural.

Sin embargo, este positivismo teórico analítico que identifica al Derecho con la cuestión de ¿qué ordena el soberano? no justifica en ninguna de sus versiones el motivo de obedecerlo, ni mucho menos justifica por qué habría que obedecer un Derecho que se considera injusto (Carrillo de la Rosa, 2012). También interesante observar que, no es que esta concepción se preocupe por la cuestión de eficacia, sino que este elemento sólo daba cuenta de la existencia del Derecho junto al elemento de validez.

²⁶ Esta última con la característica de poner la actividad del juez en términos lógico-mecánicos, mismos que no dan lugar a la discreción inteligente ni a la aplicación de valores morales o sociales.

2.4.2. Positivismo normativista kelseniano o positivismo metodológico

El positivismo teórico analítico propició el ambiente adecuado para que surgiera la Teoría pura del Derecho de Kelsen. La preocupación central del jurista austriaco fue la de desprender al Derecho de todo aquello que se relacionara con lo ideológico y, de esa manera, lo restante pudiera ser estudiado “científicamente”. Tanto así que, Kelsen sostuvo que los temas referentes a la justicia son ideológicos y, por lo tanto, no pueden ser analizados científicamente (Medina Morales, 2002). Al respecto, Kelsen (2013) expresa que:

La razón por la cual apellidamos “pura” a esta doctrina del Derecho radica en que se propone como única finalidad asegurarse un conocimiento preciso del Derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de Derecho. Con otras palabras: la teoría pura del Derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños.
(p. 13)

Por tal motivo, alude Medina Morales (2002) que:

Esta amputación, de origen metodológico, hace que el autor austriaco, se quede, cuando trata de delimitar el derecho²⁷, sólo con su aspecto normativo y en consecuencia que cuando, por otra parte, trata de definir la validez del derecho, lo haga en términos estrictamente lógico-formales. (p. 243)

Para Kelsen, la validez de la norma no se halla más en el contrato social, ni en el simple reconocimiento de los destinatarios, ni en el hecho de que la orden fue emitida por el soberano. No se hallará más en un hecho, ahora se hallará en otra norma, en un deber ser. Plantean Carrillo De La Rosa y Carrillo (2011) en este caso que:

²⁷ Debido a que muchas veces la jurisprudencia era confundida con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política.

La validez de una norma se deriva de su correspondencia con otra jerárquicamente superior que a su vez se fundamenta en otra norma hasta llegar a la norma última que fundamente el resto del sistema y que sirve de fundamento a la primera obligación positiva: la Constitución material. (p. 95)

Le es suficiente para Kelsen el calificar a una norma con el calificativo (cualitativo) de válida por el simple y sencillo hecho de que ésta fue creada por el órgano competente, y en la forma que marca la Constitución, cuyo carácter está fundado sobre la norma fundamental (Medina Morales, 2002). Vale decir que para Kelsen:

(...) la diferencia entre el derecho y la moral²⁸ no reside en lo que ellos ordenan o prohíben (pues su contenido puede ser idéntico) sino en la forma en que lo hacen, el criterio de distinción no es material²⁹ sino formal, pues el derecho, independientemente de que sea justo o moralmente correcto existe una coacción física institucionalizada (organizada institucionalmente). (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 95)

Entonces puede decirse que, lo que diferencia una norma jurídica de una norma que establece una banda de ladrones es que la primera se fundamenta en una norma básica o fundamental que permite a ésta ser creada y aplicada (usar la coacción en caso de no ser cumplida). En cuanto esa norma fundamental hace parte de un sistema normativo (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

²⁸ El autor austriaco distingue entre dos sistemas, los nomo-estáticos y los nomo-dinámicos. El primer sistema se refiere a los que incluyen los sistemas morales, en su caso la validez de una norma se encuentra en su contenido, puede hallarse en otras normas hasta deducirse la norma básica que da fundamento al sistema; al contrario de los sistemas dinámicos, donde el Derecho y sus normas pueden contener material moral, pero sólo valen si han sido aceptadas o emanadas del órgano competente conforme al procedimiento establecido por una norma superior a la anterior.

²⁹ Asunto sobre qué dicta la norma modulada por una interpretación.

Por otro lado, empleando las palabras de Köpcke Tinturé (2015) y referente a la distinción entre la validez y la eficacia del Derecho:

Kelsen insiste en que el “fundamento” de la validez de una regla sólo puede derivar de otra regla, nunca de un mero hecho. Dado que la eficacia es un hecho, hay una suerte de barrera conceptual y lógica que separa la validez de la eficacia. Kelsen, sin embargo, apunta (...) que un sistema jurídico no sería tal si no fuera “eficaz en términos generales”. La eficacia del sistema es, por tanto, condición indirecta de la validez de una regla, pues es condición de la existencia del sistema al que la norma pertenece. Validez y eficacia son realidades distintas, pero hay una relación semi-causal que va de la eficacia a la validez. (p. 950)

Por lo tanto, podemos decir que la cuestión de eficacia de las leyes, para Kelsen, sólo se observa en cuanto a aquella relación que da cuenta de la existencia del sistema jurídico entre que el Derecho es válido (en tanto derivado de la norma fundamental) y es eficaz (hecho).

2.4.3. Positivismo metodológico de Hart

Las recurrentes críticas dirigidas hacia la norma fundamental de Kelsen, con respecto a que ésta no puede justificarse, trataron de ser subsanadas por Herbert Hart a través de su “regla de reconocimiento”. Esta regla “cumple el papel de norma fundamental al establecer el criterio último de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema jurídico” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 24).

En la teoría de Hart, se menciona que un sistema normativo presupone la unión de reglas primarias y secundarias que hacen alusión al elemento organizativo e institucional. Las reglas secundarias cumplen funciones básicas respecto a las reglas primarias: las que permiten la renovación del derecho vigente o las que excluyen algunas normas que quieren apartar del

sistema jurídico (reglas de cambio); la que asigna competencias y establece procedimientos para aplicar el Derecho (regla de adjudicación); y la que reconoce el Derecho válido en alguna comunidad determinada (regla de reconocimiento) (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

De manera que, la regla de reconocimiento debe ser entendida como un hecho social al depender de la aceptación colectiva como indica Carrillo de la Rosa (2012):

(...) a diferencia de Kelsen, no es presupuesta sino puesta; forma parte del ordenamiento jurídico; no es una ficción sino un hecho que puede asumir las formas más diversas como puede ser la referencia a un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a una práctica consuetudinaria, a las declaraciones generales de personas específicas o a decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares. (p. 24)

Por este hecho, no cabe preguntarse sobre la validez de la regla de reconocimiento, pues en ella radica su existencia (eficacia) e inferir de lo anterior su fuerza vinculante (validez). A diferencia de la regla que postulaba Kelsen, la regla de reconocimiento no se encuentra supeditada o subordinada a otro criterio de validez mencionado en alguna otra regla o fuente. Esta regla última aporta los criterios de validez de las reglas mismas del sistema jurídico. Donde:

(...) el criterio último de validez jurídica deriva de la práctica social de los tribunales que aceptan una regla de reconocimiento, según la cual los jueces tienen el deber de considerar ciertas características específicas para identificar las pautas o estándares jurídicos que deben servir para resolver los casos. Uno de esos criterios lo constituye las normas puestas en vigor por el legislador; pero no es la única, también deben incluirse la costumbre y el precedente. (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 97)

Finalmente, teniendo en cuenta a Köpcke Tinturé (2015) y con referencia a la diferencia entre validez y eficacia:

La validez de una regla jurídica, dice Hart, depende exclusivamente de su conformidad con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento del ordenamiento en cuestión. No depende de la frecuencia con que la regla invocada o aplicada en la práctica; incluso una regla caída en desuso puede permanecer válida mientras no haya sido revocada de acuerdo con un método establecido por la regla de reconocimiento. El hecho de que una regla se utilice o no concierne a su eficacia; la validez de la regla no se mide por su eficacia, sino por su conformidad en forma y contenido con otras reglas, en última instancia con la regla de reconocimiento. Hart recalca la distinción entre validez de una regla individual y la existencia misma del sistema jurídico. La existencia del sistema jurídico sí depende directamente de su eficacia, explica Hart: si la mayoría de las reglas del sistema no fueran observadas ni invocadas por la mayoría de la población, en especial por los oficiales, el sistema no podría existir. (p. 950)

Al igual que Kelsen, Hart se ocupa del criterio de eficacia para determinar la existencia del Derecho en cuanto a que éste es reconocido (válido) y aplicado (eficaz). No le preocupa que el Derecho sea realmente eficaz, pues se observa que el que sea válido no garantiza su eficacia (contempla su desuso).

2.4.4. Perspectiva postpositivista

Debido a las experiencias que dejó la segunda guerra mundial, se cuestionó la neutralidad valorativa del Derecho y además demostró que “el problema de los fundamentos morales de las leyes no podía dejarse de lado. Fue así como el derecho natural fue rescatado; se recuperaron

principios que se promulgaban como universales e intemporales” (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002, p. 135). Con el “fin de evitar que pudiesen volver experiencias que prodrían atentar contra las libertades individuales y la tolerancia” (Hernando Nieto, 2012, p. 46).

Así, aparecen en el campo jurídico dos variantes del positivismo jurídico dentro de los sistemas jurídicos garantistas de los derechos humanos: el positivismo excluyente y el positivismo incluyente.

Por un lado, el positivismo jurídico excluyente (o también conocido como duro) se puede encontrar la teoría del Derecho de Joseph Raz. Quien considera que es conceptualmente incoherente incluir o referirse a la moral en la regla de reconocimiento (fuentes de Derecho reconocidas por los tribunales) de un sistema jurídico. Por lo tanto, para esta variante del positivismo jurídico, se excluye cualquier consideración valorativa relativa a la existencia y contenido del Derecho (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011).

Sostiene Raz que “los criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos relativos acción al comportamiento humano, capaces de ser descritos en términos moralmente neutros y de ser aplicados sin recurrir a un razonamiento moral” (Köpcke, 2015, p. 961) Por lo tanto, la validez jurídica no puede atenerse a criterios morales, sino exclusivamente a hechos sociales.

No obstante, el positivismo jurídico excluyente reconoce que en ciertas ocasiones el contenido de Derecho es rebasado por algún caso dudoso, mas, eso no implica que pueda desecharse la tesis de las fuentes sociales. En otras palabras, podemos decir que el positivismo jurídico excluyente defiende que “la validez del derecho depende de un conjunto de hechos sociales, materializados en un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad, que pueden

ser descritos sin recurrir a la moralidad ni a juicio evaluativo alguno” (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 99).

Por otro lado, tenemos al positivismo incluyente que “sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, pero lo matiza al afirmar que podría darse el caso que una norma requiera de la moral para su identificación” (Hernando Nieto, 2012, p. 46). De este modo, considera que “la identificación y validez del derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir a criterios autoritativos fiados en un sistema de fuentes como a determinados estándares morales sin incurrir en inconsistencia o contradicción” (Carrillo De La Rosa y Carrillo, 2011, p. 99).

Por lo anterior, y con base en Hernando Nieto (2012):

(...) a partir de este positivismo incluyente cabría entonces afirmar la posibilidad de que exista algún sistema normativo cuya validez pueda depender de criterios morales. En los actuales momentos tal sistema normativo sería el Estado Constitucional de Derecho que sostiene justamente este requisito de compatibilidad entre las normas jurídicas y los principios constitucionales. (p. 46)

Es así como llegamos a lo que se conoce como neoconstitucionalismo. Tema que estudiaremos en el siguiente apartado de la presente tesis. Debido a que, el positivismo jurídico “luego de dos siglos de defender la obediencia y la validez del derecho por referencia a una fuente histórica (tesis de las fuentes sociales) no podrá explicar ¿por qué debemos obedecer el derecho injusto?” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 20). Dicha cuestión hará replantearse la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

2.5. Neoconstitucionalismo

Como lo hace notar Comanduci (2016), en las últimas 30 o 40 décadas, especialmente en varios países de Europa y posteriormente en otros, se han originado cambios importantes en el dominio jurídico. Por un lado, un cambio estructural (la “constitucionalización”) y, por el otro, un cambio doctrinal del Derecho (la afirmación del “neoconstitucionalismo”). El término neoconstitucionalismo apareció a finales de los años noventa con los autores Susana Pozzolo y Mauro Barberis como forma de conceptualizar este fenómeno y poder así clasificar sus características.

Sin embargo, aunque este término no es unívoco (pues también lo llaman como constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o postpositivismo) nosotros utilizaremos la expresión neoconstitucionalismo para referirnos a este movimiento en todas sus facetas. Ya que, el neoconstitucionalismo representa, tanto un movimiento ideológico surgido en el ámbito jurídico que pretende sentar la supremacía de las normas constitucionales, como una nueva propuesta de Teoría del Derecho que sea capaz de superar al positivismo jurídico (Möller, 2007).

En el neoconstitucionalismo, algunos autores hablan de un nuevo Estado de Derecho³⁰, donde el Estado de Derecho Legal se transforma en un Estado de Derecho Constitucional (Vigo, 2015). Debido a que, aunque el constitucionalismo moderno desde siempre tuvo la preocupación por limitar el poder y ser el instrumento para garantizar la libertad (por una parte, legitimar el poder y, por otra, limitarlo), no dejaba de centrarse en el “legicentrismo”³¹ (formalismo interpretativo).

³⁰ Hay que recordar que el Estado de Derecho (Legal) pretendía bajo sus dos enfoques, tanto como aspiración política o como pretensión de seguridad jurídica, justificar y legitimar el Estado bajo una base jurídica. Lo cual llevo a legitimar regímenes autoritarios como el Nazismo o el Fascismo.

³¹ La soberanía se concentraba en la ley y que, a su vez, representaba los ideales de *seguridad jurídica* e *igualdad*.

De esta manera, mientras que el Estado de Derecho Legal depositaba su confianza en la ley (el constitucionalismo moderno estaba condicionado por la ley como manifestación de la voluntad popular), el Estado de Derecho Constitucional, a pesar de que conserva la concepción moderna de constitucionalismo, deposita su confianza ya no en la ley, sino en la Constitución (Möller, 2007).

Por lo anterior, el neoconstitucionalismo “se presenta proponiendo una relectura de la constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley y considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías” (Möller, 2007, p. 101). Con lo cual, el Derecho se aleja del postulado rousseauiano de la voluntad general infalible y se instituyen tribunales constitucionales con competencia para dar énfasis en la prevalencia del Derecho que antepone y busca la dignidad humana sobre la ley (Vigo, 2015).

Por todo ello, Comanduci entiende al neoconstitucionalismo en tres sentidos diferentes utilizando el mismo esquema de Norberto Bobbio:

- a) En cuanto metodología, Comanducci menciona que el neoconstitucionalismo defiende la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral, en tanto que los neoconstitucionalistas aseguran que los principios constitucionales pueden llegar a ser un puente entre el Derecho y la moral, y que cualquier decisión jurídica está justificada si se justifica en últimas por una norma moral.
- b) En cuanto teoría, el neoconstitucionalismo se opondría a la tesis del estatismo y del legicentrismo, tesis que defendían los positivistas, en tanto que el neoconstitucionalismo da cuenta de las nuevas realidades de los derechos. La diferencia entre las normas constitucionales y las legislativas estriba en la supremacía jerárquica de las primeras sobre las segundas.

c) En cuanto ideología:

(...) el neoconstitucionalismo se caracterizaría por valorar positivamente el proceso de constitucionalización de nuestros Derechos y por propugnar su defensa y ampliación. Pero, a partir de ahí, y de la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, muchos de sus promotores (Comanducci cita a Alexy, a Dworkin y a Zagrebelsky) pasan a sostener la tesis de la obligación moral de obedecer a la Constitución, y eso hace que el neoconstitucionalismo pueda ser considerado como una variante del positivismo ideológico. (Atienza, 2017, pp. 3-4)

No obstante, y a pesar de que el neoconstitucionalismo, como ya vimos, en tanto doctrina ideológica que deriva del constitucionalismo sienta la supremacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas (Gil Rendón, 2011), Carrillo de la Rosa (2012) propone distinguir entre un neoconstitucionalismo positivista y un neoconstitucionalismo no positivista a la hora de hablar sobre una obediencia moral de la Constitución.

De este modo, en el neoconstitucionalismo positivista entrarían todos aquellos que se oponen al positivismo legalista en sus versiones formalistas y anti-formalistas, en el sentido de que la ley ya no es la fuente principal del Derecho, sino la Constitución. En este caso, el positivismo incluyente, por ejemplo, puede ser compatible con esta versión al aceptar la tesis de la conexión contingente entre el Derecho y moral. No obstante, resulta necesario observar ambas vertientes y sus concepciones de validez jurídica desde el neoconstitucionalismo.

2.5.1. Neoconstitucionalismo positivista

Carrillo de la Rosa (2012) propone situar en esta versión positivista del neoconstitucionalismo al jurista italiano Luigi Ferrajoli, “quien distingue entre paleopositivismo y constitucionalismo, y considera a este último como la realización o fase superior del positivismo” (p. 28).

El constitucionalismo de este jurista defiende las dos tesis centrales del positivismo y señala que referente a la primera tesis (sobre la separación entre el Derecho y la moral) que “la validez o juridicidad de una norma no se deriva de su justicia, ni tampoco lo contrario, ello es, la justicia de una norma de su juridicidad” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 28).

En este sentido, la validez del Derecho:

(...) se infiere de su correspondencia formal y material con la Constitución como norma de derecho positivo de grado superior. El constitucionalismo, a diferencia del paleopositivismo, exige para determinar la validez de una norma no solo un juicio de validez formal sino también un juicio de validez sustancial. (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 28)

Lo que claramente se observa cuando Ferrajoli plantea que “el derecho y los sistemas jurídicos actuales incorporan un denso contenido moral pero no porque necesariamente deba ser así, sino porque contingentemente lo han hecho” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 28). Pues de acuerdo con la tesis de las fuentes sociales, las constituciones no ensalzan un ideal moral o un ideal constitucional, sino que sus contenidos son más bien resultado de contingencias históricas y de luchas políticas, de ahí el carácter democrático de las constituciones, donde se incorporan derechos fundamentales.

2.5.2. Neoconstitucionalismo no positivista

A diferencia del neoconstitucionalismo positivista, el no positivista niega las tesis centrales del positivismo y defiende la conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. De tal forma que, el Derecho ya no será “solamente conocido como un sistema normativo (formal), sino como práctica orientada por principios los cuales constituirían —según la teoría constitucional— una moral de derechos individuales. El Derecho, entonces, se convierte en una suma de reglas, principios y procedimientos” (Hernando Nieto, 2012, p. 47).

Por lo tanto, y según Carrillo de la Rosa (2012), aquí tienen cabida los principios extra o meta-jurídicos de carácter moral o político de Dworkin, “que pueden hallarse en la historia política y constitucional de una comunidad que tienen igual fuerza vinculante o que pueden desplazar en determinados casos al derecho positivo” (p. 28). La validez de estos últimos no radica ni depende de su origen, sino de su importancia en el caso concreto. Es decir, la capacidad persuasiva de los jueces para dar razones y fundamentar sus decisiones.

Del mismo modo, la propuesta de Robert Alexy podría incluirse en el neoconstitucionalismo no positivista. Pues él defiende la inclusión de la moral en el Derecho. Alexy asegura que la coerción (fuerza) y la corrección (rectitud) son las propiedades del Derecho. Así, mientras los positivistas se centran en la eficacia social (coerción), los no positivistas se centrarían en una pretensión de rectitud (corrección) (Carrillo de la Rosa, 2012).

De forma que, “el sistema jurídico consiste no sólo de reglas que tienen su origen en un acto humano de creación (como decía Hart) sino que también consiste de principios morales cuya juridicidad depende de su corrección moral” (Köpcke, 2015, p. 954) aunado a su ajuste con las reglas existentes.

Por esta razón, para Alexy (1994), las características del constitucionalismo serían:

1. Valor en vez de norma. Los neoconstitucionalistas revaloran la moral y la introducen en las normas constitucionales.
2. Ponderación, en vez de subsunción o tipicidad.
3. Omnipresencia de la Constitución, en vez de independencia del derecho ordinario.
4. Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, en lugar de autonomía del legislador, dentro del marco constitucional. (Ojeda Velázquez, 2010, p. 160)

Para este jurista, la cuestión principal es “si se puede vincular la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento con la corrección moral; es decir, si se puede vincular la validez social y la validez legal con la validez moral” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 29).

En suma, el neoconstitucionalismo tanto positivista como no positivista “comparte la tesis de que la validez del derecho legislado o judicial debe cumplir con requisitos formales³² como requisitos sustanciales establecidos en el propio texto constitucional” (Carrillo de la Rosa, 2012, p. 29).

Porque desde el neoconstitucionalismo, se toma a la Constitución como fuente de validez formal y material del derecho infra-constitucional en una comunidad. Pues, a través de “las normas jurídicas ordinarias el juez ordinario controla la legalidad; mientras que, a través del texto constitucional, el juez constitucional controla la constitucionalidad de las normas secundarias, a fin que no se violen los derechos fundamentales de los gobernados” (Ojeda Velázquez, 2010, p. 161).

³² Quién dicta la norma y cómo la dicta.

2.6. Otras Implicaciones Sobre la Validez Jurídica

Una vez habiendo recorrido los distintos modelos de validez en cada una de las corrientes iusfilosóficas, en este apartado queremos exponer dos perspectivas sobre la cuestión de validez e invalidez jurídica. Una en donde la validez jurídica responde a la cuestión si una norma jurídica existe y obliga, y otra en la que responde a la cuestión sobre la identificación del Derecho. Para ello, en el primer caso y utilizando el trabajo de Vigo (2016), debemos hablar sobre la razonabilidad o racionalidad que se encuentra en el Derecho visto desde el realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo; y en el segundo caso, utilizando la esquematización de Maris Köpcke (2015), hablaremos sobre la razón de ser del Derecho y, por ende, la razón de ser de la validez.

2.6.1. Racionalidad en la validez del Derecho

Cuando hablamos sobre la idea de eficacia que está presente en el AED ortodoxo, dijimos que, según el profesor Calsamiglia (2003), existe una racionalidad estratégica y una racionalidad paramétrica. La primera refiere a aquella racionalidad que parte de los supuestos de la Teoría Económica, mientras que la segunda es la que se encuentra tradicionalmente en el campo del Derecho. No obstante, dentro del tema de la validez del Derecho también se habla de una racionalidad que parte de la razón práctica.

Cuando se habla de la noción de validez en cuanto acepción normativa, señala Nino (1985), remite a la “justificación de las normas”, particularmente, desde la Filosofía jurídica tradicional. Y destaca que:

Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar [...]. Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o

de una norma, esto equivale a negar su existencia [...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas. (como es citado en Vigo, 2016, p. 101)

Sostiene Vigo (2016) que al hablar de que una norma jurídica sea válida, es hablar de que ésta cuenta con razones suficientes que la justifican (es decir, fundamentarla o motivarla). Esto hace que dicha norma sea o no obligatoria para con sus destinatarios, en otras palabras, si ellos deben aplicarla o cumplirla. Debido a que:

El presupuesto de la obligatoriedad de la norma jurídica es su justificación racional, pero este juicio remite a la razón práctica que puede y debe comprobar (...) que la misma reúne los requisitos necesarios. En ese test de justificación racional la norma se juega también su existencia jurídica, dado que si se concluye —prudencial o ponderativamente— que ella no está justificada, lo que corresponde es reconocer que no ha existido o deja de existir para el derecho, a pesar de que alguien la invoque para hacer valer su poder y logre la eficacia de la norma; pues este proceder o comportamiento no contará con el “debido” respaldo jurídico. Para el ciudadano la pregunta más importante que le dirige al jurista es si esa norma jurídica que lo tiene por destinatario existe o es válida, porque en esa respuesta está la consiguiente obligatoriedad del respectivo comportamiento, debiendo asumir, en todo caso, las consecuencias de su incumplimiento. (pp. 102-103)

Entonces, siguiendo a Vigo (2016), las exigencias relativas a la justificación racional de las normas jurídicas dan pie para hablar sobre la razón práctica que se desprende del realismo jurídico clásico (Aristóteles y Tomás de Aquino) y de autores contemporáneos neoconstitucionalistas (en especial Alexy); y dice:

En la visión aristotélica tomista la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso “la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón” (...) La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) está indisolublemente asociada a la razón, así claramente lo dice Aquino: “La ley es algo propio de la razón”, en tanto ella es “regla y medida de los actos humanos”, de ahí su conocida definición: “La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”. (p. 103)

Manifiesta Olgiatti (1943) que al afirmar que el Derecho debe tener una justificación “equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (...) el derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*” (como es citado en Vigo, 2016, p. 104).

Por esta razón, en el campo del Derecho se habla de una “razón práctica prudencial”. Ya que: “Para el acto justo o el dictado de la norma justa se requiere, por un lado, que la razón práctica lo determine, y luego estará la voluntad queriendo y ejecutando lo justo” (Vigo, 2016, p. 104). La prudencia, por otro lado, es formalmente intelectual y permite discernir lo justo en concreto. Cabe señalar que, la racionalidad que se desprende de todo esto es inescindiblemente moral y política.

En el neoconstitucionalismo y con respecto a la vinculación entre la razón y el Derecho (corrección moral), Alexy (2010) señala que:

“El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”, que incluye: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”. (como es citado en Vigo, 2016, p. 105)

De esta manera, se hace evidente que la validez que defiende el positivismo jurídico presenta un reductivismo descriptivo al eludir el tema de su contenido. Mientras que, tanto el realismo jurídico clásico, como el neoconstitucionalismo, defienden que la validez jurídica es también prescriptiva. Debido a que: “Ambas reconocen que el derecho queda conectado esencial y necesariamente con la razón práctica” (Vigo, 2016, p. 109). Del mismo modo, Alonso García (1984) dice que en el neoconstitucionalismo:

“El test de la razonabilidad se ha convertido, pues, en el instrumento interpretativo clásico de gran parte de los derechos fundamentales [...]. Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a la ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea razonable”. (como se cita en Vigo, 2016, p. 110)

Por ende, y como vimos en el neoconstitucionalismo, tendríamos que para que una norma sea válida o no debe cumplir con los requisitos no sólo formales, sino que también tendrá que cumplir con los requisitos sustanciales que aparecen dentro de la Constitución (principios morales o, concretamente, derechos humanos) y con las exigencias políticas. Con lo cual, se daría esa fuerza vinculante u obligatoria de los destinatarios de la norma jurídica para con ella. Pues mediaría la razón práctica prudencial. La racionalidad que haría dar cuenta que aquella, al

contener principios morales y dignificar al ser humano mediante los derechos humanos, debe obedecerse. Es decir, presentaría un carácter prescriptivo.

2.6.2. La razón de ser del Derecho y de la validez jurídica

Maris Köpcke (2015) argumenta que, para poder entender la razón de ser de la validez jurídica, es necesario primero aclarar la razón de ser del Derecho, y que esto no debe confundirse con la cuestión *para qué fines puede utilizarse*. En este sentido, podemos encontrarnos con dos cuestiones sobre las que se dará respuesta positiva:

(i) un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin (¿tiene el derecho capacidad de lograr un fin moralmente necesario?) y (ii) un juicio comparativo entre varios medios potencialmente adecuados al mismo fin (¿es la capacidad del derecho *mayor* que la de medios alternativos?). (pp. 964-965)

La primera cuestión (i) tiene que ver con “la capacidad del Derecho para promover el bien común³³”. Para que el Derecho cuente con esa capacidad tiene que resolver los llamados problemas de coordinación. Es decir, requiere transformar los principios morales abstractos³⁴ (derechos humanos, de justicia, etc.) “en directrices concretas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma más o menos uniforme y predecible. En segundo lugar, requiere que estas directrices sean efectivamente cumplidas” (p. 965).

Por lo tanto, podemos decir que el Derecho, en efecto, cuenta con esa capacidad. Debido a que: “Un sistema jurídico, por el hecho de serlo, tiene la capacidad de concretar patrones de conducta a gran escala y de hacerlos cumplir” (p. 966) derivado de su positividad.

³³ Común debe entenderse como “de cada miembro de la comunidad”.

³⁴ Esto con respecto a la posición meta-ética que defiende la idea de que existen verdades y principios morales que pueden ser conocidos y objetivos, pero que necesitan ser concretados para dar respuesta a situaciones concretas y así poder ser guía de conductas colectivas.

La segunda cuestión (ii) tiene que ver con “la capacidad mayor del Derecho”. Aquí, la cuestión versa sobre “si esta capacidad del sistema jurídico es *mayor* que la de cualquier otro mecanismo de organización social no jurídico, como por ejemplo la costumbre, las exhortaciones *ad hoc* o la propaganda” (p. 967).

De modo que, sostiene Köpcke (2015), la validez entra en juego al resolver los problemas de coordinación de un segundo nivel. Mientras que los problemas de coordinación requieren mecanismos de concreción y cumplimiento, los de segundo nivel tienen que ver con determinar cómo realizar e identificar otros actos de creación de Derecho. Por lo mismo:

(...) hay una jerarquía normativa y por eso el poder de crear y modificar el derecho puede distribuirse entre tantas instituciones y personas sin que el sistema pierda esa coherencia fundamental que lo distingue del caos y la anarquía. Pues es el derecho mismo el que determina qué actos son derecho (salvo en el escalón máximo de la jerarquía normativa), y su forma de hacerlo son los criterios de validez, establecidos por reglas jurídicas válidas. El mecanismo de la validez, por tanto, permite que numerosas personas e instituciones, pasadas y presentes, participen en la concreción pública de patrones de conducta colectivos. (pp. 969-970)

De este modo, según Köpcke (2015), la validez viene a ser “un mecanismo universal para la identificación del derecho” (p. 970). Lo que permite que “haya consistencia y complementariedad entre las soluciones a problemas de coordinación establecidas en cada ámbito y situación” (p. 970). Con lo anterior, se demuestra que el Derecho (junto con la validez)

“tiene una mayor capacidad de coordinar la vida social por el bien común de la que tienen formas de ordenación social informales³⁵” (p. 970).

Así pues, en palabras de Köpcke (2015): “En esencia, la validez es un sofisticado mecanismo de coordinación. Ofrece la solución a lo que hemos llamado el problema de coordinación secundario de todo sistema jurídico: el problema de la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO” (p. 975). Por lo mismo: “La función de validez es la de suspender, apartar, relegar a un segundo plano cuestiones relativas al por qué, y concentrar toda la atención en los criterios: aquello que debemos comprobar para saber qué es derecho” (p. 976).

Con esto, nos atrevemos a decir que la validez jurídica (en tanto mecanismo de coordinación) al darle una unidad al Derecho, le da un nivel lógico y ontológico. Lógico en cuanto que la validez coordina los distintos niveles de normas jurídicas para su creación o modificación, y ontológico al conferirle con lo anterior no sólo una unidad, sino que se determine qué es y qué no es Derecho.

³⁵ Las cuales no cuentan con un segundo nivel y, por ende, carecen de cualidades sistémicas y de estabilidad.

Capítulo 3. Diferencias Entre la Idea de Eficacia del AED Ortodoxo y la Idea de Validez del Derecho

Llegado a este punto, último capítulo de la presente tesis, podemos resaltar varias diferencias y ciertas similitudes entre la idea de eficacia del AED ortodoxo y la idea de validez del Derecho. Estas diferencias y similitudes, nos parece, se pueden catalogar en distintos rubros. Por lo que, iremos desglosando cada una de ellas con respecto a ambas ideas.

El AED ortodoxo llega a su idea de eficacia a partir de los supuestos epistemológicos y metodológicos que ocupa del pensamiento económico neoclásico. Las propiedades o categorías que utiliza de la Teoría Económica, como ya estudiamos (el individualismo metodológico, la racionalidad, la escasez, la universalización de preferencias, el principio de eficiencia y su identificación con la teoría utilitarista), permiten observar el efecto de las leyes en los destinatarios al considerarlas éstas como incentivos.

Por otro lado, la idea de validez jurídica, cuestión que se estudia en la Filosofía y Teoría del Derecho, deriva del concepto de Derecho que las distintas corrientes iusfilosóficas defienden desde sus tesis centrales que, a su vez, se basan en principios de una filosofía metafísica o empirista y anti-metafísica para resolver sobre estas cuestiones. La metodología con la cual se puede determinar la validez o invalidez del Derecho también depende del modelo que se defienda. Con lo cual se estaría preguntando primero ¿cuál es el concepto de Derecho? y segundo ¿cuál es el fundamento de validez de ese Derecho?

Para el caso del iusnaturalismo, ese fundamento de validez se encontraría en principios universalmente válidos. Con los cuales se determina si ese Derecho debe o no ser obedecido (en tanto si es o no justo). Para el caso del positivismo jurídico se encontraría, por ejemplo, si el Derecho se ha creado formalmente por órganos competentes y si éste (como conjunto de

mandatos) es generalmente obedecido (Bentham y Austin y su criterio fáctico del poder); si ese Derecho deriva de otra norma (norma fundamental de Kelsen como criterio jurídico); o si todos reconocen aquel Derecho (regla de reconocimiento de Hart). Para el caso del neoconstitucionalismo, se encontraría ese fundamento en la Constitución (al estipular los criterios de validez y de pertenencia de una norma) en tanto que positiviza los derechos humanos (derechos fundamentales) de los gobernados y en su argumentación (justificación racional) y su corrección moral (Alexy) conforme a las exigencias morales y políticas.

En la idea de eficacia, al desprenderse del AED ortodoxo, puede identificarse con los principios del neoliberalismo. Es decir, se desarrolla en un contexto, tanto histórico, como teórico específico al derivar del campo de la Economía. Esta ideología es muy distinta a la que permea la idea de validez en cuanto se estudia en el campo jurídico. Desde éste, la ideología que se muestra es cambiante: los iusnaturalistas, por un lado, pregonan el derecho natural, los positivistas, por otro lado, quieren superar el iusnaturalismo, y los defensores del neoconstitucionalismo, por último, quieren superar al positivismo jurídico al defender la obediencia moral de la Constitución como resultado de las contingencias históricas.

Por otro lado, desde la idea de eficacia del AED ortodoxo se buscaría predecir el impacto real y efectivo que el Derecho generaría en sus destinatarios para alcanzar fines (Teoría del impacto legal). Lo que implica, según Montoro Ballesteros (1999), una legitimación del Derecho desde un plano económico. Donde el criterio supremo de racionalidad y validez se da a partir de la eficiencia económica o la maximización de la riqueza con base en una filosofía utilitarista.

Mientras que lo que se busca con respecto a la validez o invalidez del Derecho tiene que ver con la legitimidad de lo que el Derecho prescribe (contenido de la norma) y la legitimidad del órgano para crear y modificar el Derecho (competencia y formalidad del

procedimiento). Es decir, se dan respuesta a las cuestiones sobre la existencia y obligatoriedad de la norma jurídica. Aquí se observa, más que una significación racional del Derecho, una significación jurídica o ética tomando en cuenta la juridicidad de las normas jurídicas. Ya sea que la norma es jurídica por ser justa (iusnaturalismo) o que es justa por ser jurídica (positivismo jurídico ideológico). Entonces, la legitimación del Derecho se daría en un plano ético o en un plano jurídico.

Como estudiamos, el positivismo jurídico que defiende la tesis de separación conceptual entre el Derecho y la moral no admitiría su relación con el derecho natural y, por ende, con la ética. Sin embargo, se sigue hablando, desde el positivismo ideológico, de que el Derecho es justo en cuanto positivo. Así pues, independientemente de que se observe un aspecto ético o jurídico en la idea de validez, parece que el fin del Derecho tiene que ver con un valor de justicia.

Lo que, siguiendo a Montoro Ballesteros (1999), en este último caso se estaría cuestionando con relación al fin del Derecho (que se halla en el valor de justicia) el *qué* y el *para qué* del Derecho; mientras que en el caso del AED se preguntaría únicamente por el *cómo*. Sustituyéndose de esta forma, la Filosofía del Derecho por la Sociología Jurídica al reducir al Derecho a un hecho, es decir, “un instrumento técnico de organización y control social”. Además de abandonarse con ello otros valores como la paz, la equidad, etc. Es así como coincidimos con este autor sobre que:

(...) *la idea de eficacia* posee una significación ‘neutral’, técnica y fáctica que se adecua mejor a las exigencias epistemológicas y metodológicas del objeto de las ciencias empíricas o positivas (...) (A diferencia de la) (...) *idea de validez* (que) posee una connotación ético-material e incluso ideológico-política. (p. 442)

Otra diferencia muy notoria es la que se observa al preguntarse ¿por qué se obedece al Derecho? Para dar respuesta a esta pregunta se presentan los dos tipos de racionalidad que contemplan, tanto la eficacia del AED ortodoxo, como la validez del Derecho.

Para el caso del AED la racionalidad surge de la noción de que los hombres buscan maximizar sus utilidades y, por ende, toman la mejor decisión en un mundo de recursos escasos. En cambio, la racionalidad que se toma en la validez del Derecho es aquella que se presenta al reconocer (bajo la razón práctica prudencial) que la norma jurídica cuenta con una justificación racional y, por lo tanto, debe ser obedecida, o por el simple hecho de no meterse en problemas jurídicos.

Desde la idea de eficacia, se daría respuesta a la cuestión sobre obedecer al Derecho a nuestro parecer desde una perspectiva técnica, descriptiva y lógico-deductiva, puesto que parte de las categorías de la Teoría Económica. Ruíz García (2017) explica que aquello adopta una forma teleológica que se representa con el siguiente silogismo práctico:

1) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) procuran como fin evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes (*s*).

2) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) consideran que, de no realizar las conductas prescritas (*c*), no evitarán los costos, o no obtendrán los beneficios, de las leyes (*s*).

Conclusión: Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan las conductas prescritas (*c*). (p. 229)

Así, se entiende que se obedecería al Derecho porque de no hacerlo traería como consecuencias los costos y no los beneficios que la regla jurídica le genere al individuo racional que busca maximizar su utilidad y no lo contrario.

La obediencia del Derecho que tiene que ver con la idea de validez (en tanto fuerza vinculante u obligatoria), puede verse desde distintas formas. Si hablamos desde el positivismo jurídico, estaríamos hablando de que esa obediencia (externa) se daría a partir del temor a la sanción (coacción). En cambio, la obediencia (interna) que se expone en el ámbito del derecho natural tiene que ver con la vinculación que el Derecho genera en la conciencia de sus destinatarios. Esa fuerza obligatoria o vinculante se daría a partir de dar razones suficientes que justificarían su cumplimiento y aplicación, es decir, una razón de rectitud o razonabilidad. En donde tiene que ver cuestiones morales y políticas en cuanto a la justificación y motivación de aquel Derecho.

De este modo, mientras que, por un lado, en la idea de eficacia del AED ortodoxo se habla de alterar la información o creencia de los individuos. Por otro lado, el criterio de validez del Derecho es el reconocimiento, el consenso, la aceptación de éste en la conciencia de los destinatarios en tanto que defienden los principios básicos y generales de la vida humana. En este caso se cuestiona más sobre ¿Qué debe ser el Derecho para que sea eficaz? (Arjona Trujillo y Rubio Pardo, 2002) Así, se centraría más en las motivaciones (qué fines buscan) que en los comportamientos (qué medios usan para alcanzar esos fines).

Es por ello que, el AED ortodoxo y, en consecuencia, su idea de eficacia, sustituye la razón práctica por la teoría de la elección racional en las instituciones del Derecho que Gary Becker sentó en esta corriente económico-jurídica. Donde la única elección correcta es la elección de la eficiencia. En cambio:

(...) la razonabilidad práctica busca establecer en el pasaje de la deliberación a la elección un balance entre las muchas opciones que se ofrecen a la libertad humana de concretizar en la acción alguno de aquellos bienes humanos básicos

identificados supra (o sus derivados). En tal balance, empero, la transgresión de cualquiera de los bienes humanos básicos es el límite que no podrá franquear ninguna elección (Martínez Cinca, 2010, pp. 294-295).

Así pues, el AED estaría observando a la conducta humana desde un punto de vista técnico y no desde un punto de vista práctico (Martínez Cinca, 2010) como sí lo haría el iusnaturalismo (Tomás de Aquino y Finnis) y el neoconstitucionalismo (Alexy). De este modo, podemos decir que ambas tienen un corte epistemológico distinto. Mientras que la idea de eficacia intenta describir y predecir conductas al disuadir y persuadir. La idea de validez se cuestionaría sobre la prescripción de dichas conductas, sobre el deber ser.

Además, el AED al observar al Derecho como un hecho en cuanto a que ya está dado, la idea de eficacia se estaría olvidando de los problemas de coordinación que sí se observan desde la perspectiva de la validez e invalidez del Derecho en cuanto a su función como mecanismo coordinador. Es decir, la cuestión sobre la identificación del Derecho desde el punto de vista técnico.

Otro debate que no debe dejarse de lado es el que se da a nivel moral entre la filosofía utilitarista que permea en el AED ortodoxo con la moral kantiana que permea los derechos humanos (derechos individuales). Ya que, en el utilitarismo se busca la mayor felicidad del mayor número de personas como único fin universalmente deseable sin importar relegar a una minoría (ética consecuencialista). A diferencia de la moral kantiana (ética deóntica), en donde el fin es el ser humano y éste no puede ser usado como medio para la consecución de un fin, como el del utilitarista (Hernando Nieto, 2012).

Conclusiones

Comenzamos diciendo en la introducción que el objetivo de esta tesis era el de contrastar la idea de eficacia que se desprende del AED ortodoxo con la idea de validez del Derecho con el fin de observar sus diferencias epistemológicas y metodológicas. Planteamos también la cuestión de que los juristas se preocupan más por resolver los problemas de validez y justicia que por el de eficacia del Derecho. Para ello, a lo largo de esta tesis hemos advertido aquellas diferencias, tanto del AED en su versión ortodoxa, como de las corrientes iusfilosóficas que han tratado de responder a la cuestión de validez desde su concepción del Derecho.

Una vez contrastadas las ideas de eficacia y validez, podemos concluir que ambos campos de conocimiento parten diametralmente de puntos diferentes al partir de modelos bien distintos. Pese a que ambos tienen como objeto de estudio el fenómeno jurídico, y de que tratan de resolver distintos problemas del Derecho, lo hacen desde una perspectiva muy distinta.

Las bases teóricas del AED ortodoxo le permiten llegar a la idea de eficacia conforme a sus concepciones economicistas, es decir, reducir al Derecho en una regla técnica al partir del modelo de elección racional. En este caso, el destinatario de la norma jurídica la cumple por conveniencia.

En cambio, desde la Filosofía del Derecho, las corrientes que estudiamos se preocupaban más por determinar su concepto del Derecho, y con ello, justificar su fundamento de validez. En este campo ético o jurídico en el que se observa al Derecho, no sólo certifica la existencia del Derecho, sino que también se cuestiona sobre su obligatoriedad, es decir, intenta determinar el por qué se obedece a la norma jurídica (al menos desde el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo).

Si bien es cierto que las corrientes iusfilosóficas no cuentan con modelos tan pulidos como el del AED ortodoxo para describir y predecir el impacto del Derecho en los destinatarios, se observó que no es que dejen al margen este asunto, sino que están más ocupados en establecer cómo debe ser el Derecho para que sea obedecido, con otras palabras, que sea reconocido por los destinatarios en cuanto a la connotación ético-material e ideológico-política de la idea de validez.

Así, mientras la idea de eficacia, que parte de una ciencia positiva, habla de un nivel descriptivo del Derecho, la idea de validez desde el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo, más desde una postura filosófica, habla de un nivel prescriptivo con respecto a las distintas racionalidades que contemplan. Lo que afecta indefectiblemente de qué manera ambos campos de conocimiento valoran las leyes.

Cabe decir que el presente trabajo puede abrir camino a futuras cuestiones y, por lo tanto, a nuevas investigaciones. Como nos referimos hace un momento, ambas perspectivas tienen como su objeto de estudio al fenómeno jurídico. Sería interesante observar hasta qué punto en la práctica se pueden mejorar las legislaciones a partir de un estudio técnico-científico (idea de eficacia del AED ortodoxo) y de un estudio filosófico (idea de validez del Derecho). Aquello podría recaer en un nuevo intento de interdisciplinariedad entre ambos enfoques. Ya que, aportan dos formas muy distintas de razonar al Derecho.

En este sentido, tendríamos un modelo que permitiría predecir en cierta medida cómo reaccionarían los destinatarios de las normas jurídicas (además de ofrecer una perspectiva eficientista) sin olvidar la parte de razonabilidad, justicia y legitimidad de las mismas.

Por lo mismo, estamos de acuerdo con lo que aporta Cossio (2002) al decir que:

(...) en la medida en que sea posible lograr la ubicación metodológica del análisis económico del derecho, se terminará con muchas de las falsas y

desproporcionadas expectativas que sobre el se han creado, y será posible también construirlo como un método válido para explicar ciertos aspectos de las conductas jurídicas y para contribuir a la creación del derecho mismo. (p. 20)

Bibliografía

- Arjona Trujillo, A. M., y Rubio Pardo, M. (2002). El Análisis Económico del Derecho. *Precedente. Revista jurídica*, (-), 117-150. doi:10.18046/prec.v0.1985
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Cap Jurídica*, 2(1), 59-101. doi:10.29166/cap.v2i3.1945
- Ayala Rojas, D. (2015). Análisis Económico del Derecho, ciencia del derecho y justicia. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, 3(1), 71-107. <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/3374>
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del Derecho*. (J. Guerrero, Trad.) Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Distribuciones Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1988). Justicia, eficiencia y derecho. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (1), 305-335.
- Calsamiglia, A. (2003). *Racionalidad y eficacia del derecho*. México: Fontamara.
- Carrillo de la Rosa, Y. (2012). El concepto y la validez del derecho en la teoría jurídica y el neo- (o nuevo) constitucionalismo. *Verba Iuris*, (28), 19-30. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2201>
- Carrillo De La Rosa, Y., y Carrillo, A. (2011). La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo. *Saber, Ciencia y Libertad*, 6(2), 89-103. doi:10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1780
- Castellano, A. (2014). Innovación, incertidumbre y daños. Un análisis económico de las instituciones del derecho del consumidor. (*Tesis Doctoral*). Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

<http://repositoriodigital.uns.edu.ar/bitstream/123456789/516/1/Tesis%20PDF%20Versi%C3%B3n%20Completa%20Final.pdf>

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3(-), 1-44.

<https://www.jstor.org/stable/724810>

Comanduci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*. Querétaro:

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36071.pdf>

Cossio, J. R. (2002). *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Crespo, R. F. (1998). *La crisis de las teorías económicas liberales. Problemas de los enfoques neoclásico y austríaco*. Argentina: Fundación Banco Boston.

Delgado Pinto, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *Doxa*, (7), 101-

167. doi.org/10.14198/DOXA1990.7.05

Doménech Pascual, G. (2012). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de*

Administración Pública, (195), 99-133.

Fraga lo Curto, L. (2019). Eficiencia dinámica y análisis praxeológico del derecho. *Ars Iuris*

Salmanticensis, 7(1), 199-216. doi.org/10.2139/ssrn.2562617

FUSADES. (2012). *Análisis Económico del Derecho:herramienta para hacer mejores*

regulaciones.

https://www.academia.edu/10149073/An%C3%A1lisis_Econ%C3%B3mico_del_Derecho_herramienta_para_hacer_mejores_regulaciones

[o_herramienta_para_hacer_mejores_regulaciones](https://www.academia.edu/10149073/An%C3%A1lisis_Econ%C3%B3mico_del_Derecho_herramienta_para_hacer_mejores_regulaciones)

García Martínez, H. (1997). La inversión extranjera en México (1989-1996)/ Aspectos

económicos y jurídicos. *Problemas del Desarrollo*, 28(108), 133-162.

[doi:10.22201/iiec.20078951e.1997.108.28924](https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.1997.108.28924)

- García Máynez, E. (1999). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. México: Fontamara.
- García Máynez, E. (2013). *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa.
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, 12(-), 43-61. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17373/15582>
- González Amuchástegui, J. (1994). El Análisis Económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa*, 15(16), 929-943. doi:10.14198/DOXA1994.15-16.47
- Guadarrama González, Á. (2011). El jusnaturalismo el juspositivismo en la justicia. *Misión Jurídica*, 4(4), 107-118. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/373>
- Guinea Gonzalvo, Ó. (2017). La eficiencia como criterio de justicia: una introducción al Análisis Económico del Derecho. (*Trabajo fin de Grado*). Universidad de Oviedo, Oviedo.
- Hernando Nieto, E. (2012). El Análisis Económico del Derecho en tiempos neoconstitucionales. *Thémis-Revista de Derecho*, (62), 43-52. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9012>
- Kaufmann, A. (1997). *Filosofía del derecho* (Edición especial de la Universidad Externado de Colombia ed.). Bogotá.
- Kelsen, H. (2013). *La Teoría Pura del Derecho. El método y los conceptos fundamentales*. (L. Legaz Lacambra, Trad.) México: Colofón.
- Köpcke Tinturé, M. (2015). Validez. En J. L. Fabra Zamora, y V. Rodríguez Blanco, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos* (pp. 947-978). México: UNAM.

- Mankiw, G. (2012). *Principios de Economía*. México: Cengage Learning.
- Martínez Cinca, C. D. (2010). La justicia como recurso económico. Un análisis crítico del "Análisis Económico del Derecho". (*Tesis Doctoral*). Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza.
- Medina Morales, D. (2002). Metodología jurídica y validez del Derecho. En V. Zapatero Gómez, y L. García-San Miguel Rodríguez- Arango, *Horizontes de la filosofía del Derecho* (pp. 237-252). Alcalá: Universidad de Alcalá.
- Mercado Pacheco, P. (1994). *El Análisis Económico del Derecho (una reconstrucción teórica)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2019). *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. Buenos Aires: SAIJ.
- Möller, D. (2007). Neoconstitucionalismo y la teoría del Derecho. La teoría neconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico. (*Tesina*). Universidad de Burgos, Burgos.
- Montoro Ballesteros, A. (1999). Incidencia del Análisis Económico del Derecho en la teoría jurídica: la reducción del derecho a regla técnica. *Persona y Derecho*, 40(-), 425-444. <https://hdl.handle.net/10171/13875>
- OCDE. (1995). *Glosario de Economía insdustrial y de Derecho de la Competencia*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa.
- Ojeda Velázquez, J. (2010). El (neo)constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (29), 151-167. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32274/29271>

- Parisi, F. (2004). Escuelas positivias, normativas y funciones en el Análisis Económico del Derecho. *Ius et veritas*, 20(41), 16-29.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12108>
- Pastor Prieto, S. (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Técnos.
- Pérez LLedó, J. A., y González Lagier, D. (2012). *Apuntes sobre la fisolofía del derecho de los siglos XIX y XX: de la escuela de la exégesis a Ronald Dworkin*. Universidad de Alicante, Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20557>
- Piris, C. R. (2010). Nuevos desarrollos en el derecho privado: el Análisis Económico del Derecho y su proyección sobre el derecho comercial. En E. Martorell, *Tratado de derecho comercial. Parte General. Tomo I* (pp. 119-166). Buenos Aires: La ley.
- Piris, C. R. (2012). Hacia una nueva dogmatica jurídica entre el análisis económico y la filosofía moral. *Revista de la facultad de ciencias económicas-UNNE*, (9), 118-139.
doi:10.30972/rfce.091137
- Posner, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roemer, A. (1994). *Introducciòn al anàlisis econòmico del derecho*. México: Fondo de cultura Económica.
- Ross, A. (1993). *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontana.
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*,(12), 199-220. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3743458>
- Ruiz García , B. (2017). Epistemología del Análisis Económico del Derecho: un trazo de las pretensiones teóricas. En J. Cerdio , P. De Larrañaga, y P. Salazar, *Entre la libertad y la*

igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez (pp. 207-239). México: UNAM.

Samuelson, P., y Nordhaus, W. (2006). *Economía*. Mc Graw Hill.

Sánchez Vázquez, R. (1999). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. México: Porrúa.

Schäfer, H. B., y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos.

Torres López, J. (1987). *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*. Madrid: Tecnos.

Vázquez, R. (2010). *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*. México: Trotta-Colofón.

Vigo, R. L. (2015). Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. En M. Carbonel, H. Fix-Fierro, L. R. González Pérez, y D. Valadés, *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universtaria* (pp. 851-885). México: UNAM.

Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *Doxa*, (39), 99-125.
doi:10.14198/DOXA2016.39.07

Witker, J. (2016). *Introducción al Derecho Económico*. México: Publilex.