

SCHMILL, Ulises LOS LENGUAJES DE LA JURISPRUDENCIA, LA SOCIOLOGÍA Y LA ÉTICA, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2016.

En su más reciente publicación: *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, Ulises Schmill distingue tres niveles de lenguaje en estas disciplinas. Su propósito es analizar tanto las relaciones lingüísticas interdisciplinarias como las que se dan entre estos lenguajes al interior de cada uno de dichos campos teóricos.

El profesor Schmill regresa a temas de los que se ha ocupado con anterioridad en su amplia producción intelectual. Entre las novedades del libro quiero destacar el análisis de los paralelismos, con respecto a la explicación del origen conceptual de la normatividad jurídica, entre la teoría pura del derecho de Kelsen y la sociología de Max Weber.

No haré un recuento de todos los temas abordados en el texto. Me concentraré en unas pocas ideas que, a mi juicio, destacan, porque ponen de relieve aspectos de la concepción kelseniana que suelen ser interpretados de manera errónea, y que, bien entendidos, contribuyen a su adecuada comprensión. Estos aportes teóricos son resultado de una labor de refinamiento y aplicación consistente del marco conceptual kelseniano que Ulises Schmill ha realizado a lo largo ya de varios años. Al final incluiré una precisión sobre el papel que, de acuerdo con el autor, juega el modelo austiniano del mandato en la exégesis de la normatividad jurídica.

La idea central sobre la que descansan las demás tesis del libro es que la normatividad del derecho tiene un origen conceptual, porque se trata de una noción teórica, no psicológica, moral o fáctica. Una norma jurídica en la cual se imputa una sanción a un ilícito, surge cuando, en el enunciado jurisprudencial que la interpreta y describe, la amenaza que acompaña al mandato en el esquema austiniano se interioriza, es decir, se refleja lingüísticamente mediante la noción de sanción. Ésta, a diferencia de la amenaza, que es exterior al mandato, es parte integrante de la norma. Así, a partir del condicional

que conecta una sanción a la realización de una conducta, se definen los conceptos deónticos de obligación, prohibición y permisión.¹

Pero el derecho no es sólo un orden coactivo (estático) de la conducta humana, sino también uno (dinámico), que establece las normas para su propia creación. El concepto de facultad, dice Schmill, es el equivalente semántico, en el enunciado jurisprudencial, del “acto ilocucionario de emisión del mandato”.² Esto podría resultar confuso a primera vista, pero se aclara si pensamos que en un orden jurídico donde todas las normas tuvieran la forma original de mandatos para que los individuos se comportaran de cierta manera, y no hubiera normas facultativas, el hecho mismo de su emisión pondría de manifiesto la facultad del emisor. En este caso, el supuesto fundamental de la jurisprudencia de Schmill se proyecta sobre las formulaciones normativas que la ciencia del derecho busca interpretar, que aquí son los mandatos acompañados de amenaza.

La emisión del mandato es, en la regla de derecho, el contenido de una norma que faculta a un órgano para crear otras de nivel inferior. Con esta segunda interiorización se explica, dice el profesor Schmill, la positividad del derecho. Así, los conceptos deónticos de la primera interiorización se convierten en materia de la noción de autorización y, por lo tanto, en contenidos de normas positivas creadas en ejercicio de facultades.³ De esta forma, la positividad del derecho se explica también conceptualmente como un movimiento de individualización que va de las normas superiores del orden a las inferiores. A decir del propio Kelsen, “un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto se le individualiza”.⁴

Otra tesis kelseniana que indirectamente se aclara en el texto es la llamada “creación epistemológica del derecho”. Esta idea, de inspiración neokantiana, se refiere a que la jurisprudencia pura proporciona las categorías *a priori* (sanción, ilícito, facultad, prohibición, etcétera), para conceptualizar las normas jurídicas. No es que

¹ Schmill, Ulises, *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

² *Ibidem*, p. 31.

³ *Idem*.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1965, p. 327.

el científico del derecho, como a veces se interpreta esta tesis, produzca leyes o reglamentos, sino que su elucidación requiere de estas nociones. En este sentido, se afirma que

las normas jurídicas no son los preceptos de una ley o un código. Esas formulaciones normativas podemos denominarlas “preceptos”, “disposiciones”, pero no normas. Una norma es una construcción realizada por la ciencia positiva del derecho, que ordena u organiza los diversos preceptos de una o varias leyes desde el punto de vista de la hipótesis fundamental de dicha disciplina.⁵

La ciencia positiva del derecho emplea los conceptos de la jurisprudencia pura para ordenar y describir las disposiciones, digamos, de un cuerpo legislativo. Sólo si ese material puede subsumirse bajo el esquema interpretativo “si A debe ser B”, tenemos una norma jurídica. En otras palabras, una formulación normativa sólo constituye una norma si genera un vínculo imputativo entre un ilícito y una sanción.

El tema central del libro es la idea de que en la jurisprudencia, en la sociología y en la ética existen tres niveles lingüísticos. De lo más concreto a lo más abstracto, el nivel L_3 es el de los hablantes cotidianos. Así, LJ_3 es el lenguaje usado por los operadores jurídicos; es decir, abogados, jueces, legisladores, etcétera, quienes, en sus funciones profesionales se refieren a las normas generales y particulares de un cierto orden. LJ_2 es el lenguaje de la ciencia positiva del derecho, que organiza, interpreta y describe, mediante conceptos, dichas normas. En cambio, LJ_1 es el lenguaje de la jurisprudencia pura, que contiene las categorías *a priori* con las cuales se hacen estas tareas en relación con cualquier orden positivo.

En el caso de la sociología, el nivel LS_3 “está constituido por los sentidos (formulados en máximas) de todas y cada una de las acciones sociales de los sujetos de una comunidad”.⁶ Una acción social es, por ejemplo, una práctica religiosa, y su sentido sería la función que desempeña y sus efectos en el grupo humano. En LS_2 , el nivel de la sociología empírica, se encuentran los llamados tipos ideales weberianos, con los que clasificamos y comprendemos los sentidos de las

⁵ Schmill, Ulises, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

⁶ *Ibidem*, p. 20.

acciones sociales. Por su parte, LS_1 contiene los conceptos *a priori* de dicha ciencia, como el de acción social y el de sentido.

En la ética hay también tres niveles lingüísticos. LM_3 está conformado por las normas morales que guían las acciones humanas. En LM_2 se expresan los sistemas éticos con sus respectivos imperativos, los que a su vez son deducibles de ciertos principios que funcionan como fundamento de validez de dichos sistemas. Por último, tenemos el nivel de la metaética, o LM_1 , en donde se enuncian los rasgos definitorios de todos sistema ético posible.

Quizá este paralelismo podría extenderse a otras áreas del pensamiento, como a la filosofía de las matemáticas. Aquí el lenguaje objeto serían las nociones de número, fracción, suma, etcétera, que todos usamos diariamente. Después vendrían las teorías que explican conceptualmente el lenguaje matemático y, a continuación, la filosofía de las matemáticas con las categorías generales que permiten construir dicho lenguaje.

Más allá de si es factible extender así la tesis de los tres niveles lingüísticos, me interesa destacar la idea del autor acerca de que la jurisprudencia, la sociología y la ética son disciplinas interrelacionadas, pues es posible hacer un estudio sociológico del derecho y también de las normas morales. Ulises Schmill se separa aquí de una tesis central de Hermann Cohen, fundador, junto con Paul Natorp, de la escuela neokantiana de Marburgo, para quien el lenguaje de la jurisprudencia pura era la matemática del mundo social. Para él, las categorías jurídicas *a priori* eran la base de las demás ciencias de la cultura, como solía llamárseles, pues todas ellas presuponían estas nociones. En su lugar, el profesor Schmill asume que los lenguajes de las tres disciplinas están coordinados entre sí y no tienen una relación de subordinación conceptual como en Cohen. Esto es interesante, ya que la influencia del neokantismo marburgués sobre el enfoque metodológico de la teoría pura es notable, pero en este punto ni Kelsen ni el propio Ulises Schmill lo siguen.

La última idea que quiero enfatizar es la distinción que se hace en el texto entre el uso inmanente y trascendente de la noción de validez, y la afirmación de que este último es ilegítimo. La relación de validez se da "entre una norma y el acto que la ejecuta o individualiza".⁷

⁷ *Ibidem*, p. 129.

Preguntar por la validez o el fundamento de una norma es apuntar a las normas de acuerdo con las cuales ésta fue creada. En este sentido, las relaciones de validez se dan entre las normas de un orden jurídico positivo. Sin embargo, cuando interrogamos por la validez de todo el orden, es decir, de “la totalidad de las condiciones de un hecho jurídico empírico”,⁸ hacemos un uso trascendente de esta noción, pues dicha totalidad, por definición, no es susceptible de fundamentación. Y como dice Ulises Schmill, “un orden jurídico eficaz no requiere ser fundamentado; sólo requiere ser descrito e intepretado”.⁹ Para subrayar lo anterior se puede añadir que la pregunta por la validez de un orden jurídico carece de sentido, ya que éste no tiene su origen en una norma, sino que es el resultado de proyectar el supuesto fundamental de la jurisprudencia sobre ciertos hechos productores de derecho.

Decíamos al inicio que incluiríamos una precisión sobre el papel que el autor le otorga al modelo austiniano del mandato en la explicación del origen conceptual de la normatividad jurídica. Recordemos que al proyectar el supuesto fundamental de la jurisprudencia, mediante las dos interiorizaciones postuladas, sobre el mandato apoyado con amenaza, se generan los conceptos de normatividad y positividad, con los cuales tenemos la idea de un orden dinámico y coactivo de la conducta humana. Sin embargo, la misma explicación conceptual se obtendría si partiéramos de un sistema normativo descentralizado y con división del trabajo. Al final del día, se trata también de la proyección del supuesto fundamental de la jurisprudencia sobre un determinado material jurídico. Por esto, si bien la utilización del modelo austiniano tiene la ventaja de explicar la forma en que se puede interpretar como derecho un sistema de mandatos unipersonales respaldados por la amenaza de castigos, creo que el énfasis en él podría dar la falsa idea de que representa un paso previo necesario en la explicación de la normatividad, cuando este modelo es sólo una de las formas que puede adoptar un orden jurídico.

Mario GARCÍA BERGER*

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, p.132.

* Profesor-investigador, Universidad Autónoma de la Ciudad de México.