

EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO

Una evaluación dialéctica.

CARLOS LÁZARO ARROYO

PRIMERA EDICIÓN: 2010

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio de impresión, sin la autorización escrita del Autor.

EDICIONES NUEVO EDUCAR

TRUJILLO - PERÚ

DEDICATORIA

**A mi madre ausente, que con la claridad
de su recuerdo, ilumina mis pasos y
encamina mi acción en la vida.**

AGRADECIMIENTOS

A todos aquellos que hicieron posible la realización de esta investigación. A mis colegas estudiantes del Programa de segunda titulación en Derecho y a nuestros maestros, con quienes a lo largo de nuestra formación profesional discutíamos acerca de los diversos temas, e indirectamente, acerca de la fortaleza científica del Derecho para resolver los problemas del vivir con sentido y con justicia.

Ello sin duda ha sido el móvil para decidimos a estudiar con un poco de mas profundidad nuestra disciplina – El Derecho – a fin de coadyuvar a darle en el tiempo, el verdadero status que se merece con la labor investigativa que permanentemente deben hacer los abogados del Perú.

RESUMEN

La presente investigación aborda bajo un nuevo enfoque, la evaluación epistémica crítica del objeto de estudio del Derecho. Para lo cual proponemos una matriz de evaluación. En ella se apela a un análisis principalmente ontológico, con sus respectivos indicadores de tipo cualitativo.

Con ello se pretende indagar acerca del status epistemológico del Derecho, a la luz de los avances actuales; para así contribuir a esclarecer bajo otra óptica a la Comunidad jurídica, sobre esta temática, en la cual no proliferan investigaciones y evitar seguir cayendo en el reduccionismo tecnicista de la práctica jurídica, a la cual nos ha dirigido la política de Estado, bajo el proceso de alienación y dependencia en la cual se debate.

En tal sentido, logramos demostrar que existe una historicidad: del término “Derecho”, de la disciplina del Derecho, de la Comunidad investigadora, así como que ésta tiene un objeto propio y singular, como es el fenómeno jurídico, la cual tiene carácter complejo y dialéctico. Por otro lado, se prueba que el Derecho cuenta con un cuerpo teórico, cuya consistencia no es fuerte, por la influencia de corrientes filosóficas idealistas, e intereses extracientíficos que lindan con la ideología y la política.

Se deriva, por ello que el Derecho es una Ciencia social, que interrelaciona de modo múltiple con la Filosofía y diferentes Ciencias Naturales y Sociales, a nivel metadisciplinario e interdisciplinario; siendo su función el de ser una Ciencia integradora y diferenciadora orientada a la acción.

ABSTRACT

This investigation focuses on a new approach, the criticism of the epistemic evaluation study of law. For which we propose an evaluation matrix. It appeals to a primarily ontological analysis, with their qualitative indicators.

This is to inquire about the epistemological status of law, in light of current developments, in order to help clarify in a different light to the Legal Community on this subject, which do not proliferate further investigations and avoid falling into reductionism legal practice techniques, which he addressed the state policy under the process of alienation and dependency in which debate.

In this regard, we demonstrate that there is a historicity of the term "law" of the discipline of law, the research community, and it has an own unique object, such as legal phenomenon, which has complexity and dialectical. On the other hand, we prove that the law has a body of theory, whose consistency is not strong, the influence of philosophical idealists, and extra-scientific interests bordering the ideology and politics.

It follows, therefore that the law is a social science so that connects multiple different philosophy and natural and social sciences and interdisciplinary metadisciplinario level, and its function of being and integrated science and differentiating action-oriented.

ÍNDICE

Pág.

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO	
INTRODUCCIÓN	8
1. Planteamiento del problema	8
2. Objetivos	12
3. Variables	12
4. Hipótesis	12
5. Diseño de ejecución	12
CAPITULO II: MARCO REFERENCIAL CIENTÍFICO.....	13
1. MARCO TEÓRICO	14
1.1 Antecedentes del problema.....	14
1.2 Base teórica	15
1.2.1 Modelos teóricos	15
1.2.2 La Epistemología	15
A. Introducción	15
B. Definición	18
C. La Epistemología y su problemática.....	19
C.1 Problema 1: Ontología de la Ciencia	19
C.2 Problema 2: Las Teorías Científicas.....	27
C.3 Problema 3: El Método Científico en las CC.SS.....	37
1.2.3 La evaluación	39
CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	43
SUBCAPÍTULO I: Historicidad del término “Derecho”.....	44
SUBCAPÍTULO II: Historicidad de la disciplina y, de la Comunidad investigadora del Derecho.....	49

SUBCAPÍTULO III: El objeto de estudio del Derecho	59
1. Facticidad del objeto	59
2. Origen del Derecho	63
3. Sobre la objetividad del Derecho	66
4. Sobre la delimitación del objeto	67
5. Sobre el carácter contingente y variable del objeto.....	79
6. La naturaleza del Derecho	82
7. Sobre la esencia del objeto del Derecho.....	83
8. La cognoscibilidad del objeto	88
SUBCAPÍTULO IV: NUESTRA PROPUESTA	89
1. Sobre la esencia del objeto.....	89
2. Encuadre epistemológico	91
3. Consideraciones acerca del sujeto	93
4. Sobre el discurso jurídico	96
5. La comprensión del Derecho	98
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	101
1. Conclusiones.....	102
2. Recomendaciones	104
CAPÍTULO V: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y ANEXOS	105
1. Referencias bibliográficas	106
2. Anexos	110
Cuadro N° 01	110

CAPÍTULO I:

MARCO

METODOLÓGICO

I. INTRODUCCIÓN:

1. Planteamiento del Problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

¿Es posible afirmar de modo inobjetable, la cientificidad del Derecho?

En 1847, en su discurso titulado "Die Werthiosgkeitder jurisprudenz ais wissencgaf", el fiscal derlinés J. V. Kirchman, asume una posición escéptica al negar la cientificidad de la jurisprudencia.

Kirchman proclamó con mucho énfasis que el saber jurídico no tiene carácter de ciencia, porque **no es saber racional sino de orden afectivo.**

Según este criterio si se considera que el Derecho pertenece a un saber de este tipo, nacido de las potencias irracionales del hombre, irreductible a la razón, no puede atribuírsele cientificidad alguna. Las ciencias de la naturaleza se refieren a lo que es necesario y permanente en las cosas. La hierba más humilde, dijo el mismo Kirchman, lleva este sello; toda criatura es verdadera, concuerda consigo misma. **No sucede lo mismo con el Derecho, sometido a cambios incesantes y mutaciones arbitrarias, a merced de posiciones subjetivas.**

Esta misma tesis marca un contraste entre las leyes científicas naturales y aquellas que se pretende construir con la ciencia jurídica. Mientras las primeras, con seguro fundamento objetivo, expresan relaciones permanentes entre las cosas, las otras se transforman incesantemente a medida que evolucionan las instituciones sociales.

La generalidad de las leyes científicas, se argumenta, no admite excepciones ni casos anormales. Otra cosa sucede con el Derecho, se ocupa no precisamente de la generalidad, sino de todos aquellos hechos que significan la violación o trasgresión de normas cuya existencia, además está sujeta a la voluntad humana.

Pero esta posición cuyo nacimiento tiene su origen en Kirchman, no fue aceptada por muchos tratadistas como son: Tarde, Durkheim, Espinas, Levy-Bruhl, Ardivó, Ferri, pues estos tenían una concepción científica del Derecho. Sin embargo, otros como: Lundstedf, Olivecrona, Ross y la escuela de Upsala, no sólo estaban en contra de esta teoría, sino que también trataron de impugnar el carácter científico del derecho.

Larenz, por ejemplo, discrepa la posición escéptica de Kirchman, y dice que el derecho es una ciencia, no una simple tecnología, por que ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racional comprobable, de validez condicionada temporalmente; aunque no puede alcanzar la exactitud de las matemáticas y de las ciencias naturales .

Y es que se dice, que la posición que niega la cientificidad del derecho, toma como modelo de ciencia a las matemáticas y a las ciencias naturales, y considera que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas. Otro problema que se presenta acerca de la cientificidad del Derecho, es la **vaguedad del término “derecho”**, o de la complejidad de contenidos atribuibles al vocablo, e incluso empleando una diversidad de términos para designar la ciencia jurídica.

Es cierto que el término designa a varias instituciones o situaciones entrelazadas pero con elementos diferenciadores, lo que hace que la mayoría de los autores se refieran a la vaguedad del término. Así, con el vocablo derecho, con “d” minúscula se prefiere designar, a partir de nociones principalmente normativas, a las facultades de ejercicio y disfrute que las normas jurídicas le reconocen a los individuos socialmente considerados, aunque con alguna carga de iusnaturalismo doctrinalmente también puede designarse con el término a estas facultades aún cuando no estén legalmente establecidas.

Derecho, con “D”, mayúscula, se emplea, en cambio, para designar tanto al fenómeno normativo, al resultado doctrinal de la actividad judicial, como a la propiamente denominada Ciencia del Derecho ⁽¹⁾.

Como entidad normativa, se afirma por un lado que el Derecho, es un fenómeno social muy complejo, compuesto de normas, mediante las cuales se define un determinado comportamiento social y se precisa un círculo de hechos sociales, admisibles o no, conforme a las concepciones valorativas predominantes en un concreto momento y lugar, en correspondencia con un conjunto de condicionantes socioeconómicos, políticos, ideológicos, culturales y hasta de tradiciones nacionales.

Por otro lado, se sostiene que el Derecho no es solamente un fenómeno normativo, sino que las normas tienen como fundamento un círculo de intereses y también a través de ellas éstos se expresan y tutelan. Aún más, si tenemos en cuenta que el hombre es un ser social que vive en sociedad e interactúa con ella, que se parece a su tiempo, y que su conducta e intereses

(1) Para Tamayo y Salmorán, R. El Derecho y la Ciencia del Derecho. UNAM, México, 1986, pgs.123-124: el Derecho es Ciencia por cuanto existen hombres (denominados juristas o jurisconsultos) que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo que se denomina Derecho y porque existe un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) las cuales versan sobre algo que se designa con la palabra Derecho, reconociéndole carácter científico a la labor analítica sobre el fenómeno y al resultado aplicativo de la normativa. Por su parte Fix Zamudio en Metodología, docencia e investigación jurídica, Ed. Porrúa, 4ta.ed., México, 1995, dedica especial atención a la Ciencia del Derecho como disciplina científica que estudia los fenómenos jurídicos. Con un criterio más integrador E. Díaz en su Curso de Filosofía del Derecho. M Pons, Madrid, 1998, pg.158, apunta que la Ciencia del Derecho es una ciencia teórico-práctica y normativa por cuanto es de y sobre normas, describe, analiza, interpreta y aplica normas.

están condicionados espacial y temporalmente, podemos concluir con la existencia de unos intereses generales, cierta identificación de objetivos, tanto en las esferas económica, social o política., y que condicionan la acción humana individual o grupal, política y jurídica. **En tal sentido, la noción acerca de la unidad de la voluntad normativamente expresada también radica en los intereses que subyacen en la norma y por los cuales ha sido dictada, así como los que se persiguen de forma directa o encubierta.**

Algunos piensan que el carácter científico del Derecho, se aprecia en lo que se denomina Jurisprudencia, o doctrina que emana de las sentencias judiciales. Mientras que en el sistema de Derecho anglosajón la actividad jurisprudencial no resulta básicamente de la aplicación de la ley escrita, como sucede en el sistema de Derecho romano germano francés, lo común es que en los procesos de aplicación e interpretación de las normas que en cada sistema se consideren válidas, se realicen por los jueces análisis acerca del hecho que ante ellos se presenta, de la posible normativa a aplicar teniendo en cuenta el sentido y la finalidad que a la norma se le reconoce en dependencia de la corriente interpretativa subjetiva y objetiva que impere, para luego decidir acerca de la subsunción del hecho a la norma ó a la concreción de la normas al caso. Y este proceso que a través de la historia del Derecho ha pasado por varias etapas, con métodos inductivo o deductivo para los análisis, subsunción o concreción o libre creación de la norma, partir de la norma o del hecho, ha supuesto en algún momento una actuación racional consciente de detección de lo general y de lo singular, comparaciones y propuestas de soluciones.

De tal quehacer han de nacer las sentencias judiciales y la jurisprudencia o doctrina que de ellas emana; no de acciones caprichosas, sino conscientes, llenas de deducciones, análisis, valoraciones, consideraciones de elementos fácticos, axiológicos y otros, que ha incidido en la producción del hecho y de los que rodean la institución jurídica, de los efectos posibles de la decisión judicial, ante casos previstos normativamente, o en situaciones de vacíos o antinomias normativos.

En cuanto a lo que hacen los teóricos del Derecho, también se afirma que podría tener carácter científico. Desde la Academia se elaboran doctrinas, y se realizan análisis que pasan a integrar la cultura jurídica de determinada sociedad o comunidad jurídica, que se emplean en la formación de los futuros profesionales y que los marcan para su actuación posterior. Asimismo, tales nociones, de una u otra forma, inciden en el proceso de creación de las disposiciones normativas, no porque las teorías y doctrinas elaboradas adquieran un valor normativo, sino porque son resultado de estudios de

normativas, de decisiones judiciales, de la eficacia de las mismas, y aportan al jurista práctico y al político elementos para fundamentar sus decisiones.

Igualmente se realizan investigaciones dogmáticas o teórico doctrinales en las que se valoran o proponen principios rectores para una u otra legislación, se sugiere el nacimiento o la desaparición de alguna institución, se exponen nuevas consideraciones teórico-conceptuales que pueden incidir en la doctrina en general y en la práctica jurídica en particular. Lo mismo sucede con las investigaciones socio jurídicas que pretenden darle un carácter predictivo al Derecho.

Si el Derecho, no sólo como noción sino como normatividad, es un fenómeno espacial -temporal, y por tanto, histórico, y con una multiplicidad de elementos y caracteres que determinan o inciden de una u otra forma en su existencia y desarrollo, la investigación de su status epistémico, no puede limitarse exclusivamente a la valoración crítica o a la asunción avalorativa y la repetición de sus postulados normativos, sino que requiere del análisis de los elementos de tipo socioeconómico, político, ideológico, cultural y axiológico que se manifiestan y priman en la sociedad en un momento determinado, y hasta de consideraciones de tradición o historia en la esfera del Derecho, todos los cuales condicionan no sólo la cultura jurídica de la época, sino la normativa dictada.

Este es el sentido de una evaluación epistémica histórico crítica, cuyo enfoque ya no será parcial, sino integrador y con una metódica dialéctica que recoja la tradición de la escuela de Franckfurt (fundadores de la corriente epistemológica histórico crítica), y de pensadores de la talla de Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas, Kopnin, Gorski – Tavants y otros. La cual debe asumir una perspectiva cuestionadora de la racionalidad idealista que portan tanto las doctrinas jusnaturalistas como las positivistas, dando lugar a la intersección de los postulados del derecho con los de otras ciencias sociales que lo atraviesan, o sea, entendiendo a la interdisciplina como una auxiliar imprescindible en la construcción del objeto científico derecho.

1.2. Formulación del problema:

¿Cuál es el status epistemológico del objeto del Derecho, según el modelo de evaluación epistémico crítico?

1.3. Justificación e importancia del estudio:

- a) La presente investigación intenta aportar un nuevo enfoque de análisis del status epistemológico del objeto del Derecho, a través de la construcción y aplicación de un modelo de evaluación epistémico crítico.

b) Es una contribución que tendrá un impacto directo en la comunidad jurídica, ya que permitirá esclarecer el carácter científico y/o tecnológico del Derecho, mediante una nueva reflexión sobre el objeto jurídico.

c) La investigación es viable, toda vez que es posible acceder a las fuentes de información materiales y virtuales, así como a la asesoría de la comunidad jurídica incurra en el tema, en el corto y mediano plazo.

1.4. Limitaciones:

a) Por ser un trabajo teórico, el tiempo ha sido nuestro único limitante, para acceder a mayores fuentes de información.

2. OBJETIVOS:

2.1. General:

a) Diseñar y aplicar una matriz de evaluación epistémico crítica al objeto del Derecho, para deducir su status epistemológico.

2.2. Específicos:

a) Determinar mediante un análisis crítico la historicidad del término "Derecho".

b) Determinar críticamente la historicidad de la disciplina del Derecho

c) Determinar críticamente la historicidad de la Comunidad investigadora del Derecho.

d) Explicar el carácter del objeto de estudio del Derecho.

e) Establecer mediante el modelo de evaluación epistémico crítico la consistencia teórica del objeto del Derecho, para así delimitar su status epistemológico.

3. Variables:

3.1. Modelo de evaluación epistémico crítico

3.2. Status epistemológico del objeto del Derecho

4. Hipótesis:

Si se diseña y aplica una matriz de evaluación denominada: "Modelo de evaluación epistémico crítico al objeto del Derecho", entonces se verificará que ésta es una Ciencia y tecnología social compleja y en desarrollo, cuyo Objeto es el estudio del fenómeno jurídico en general, para lo cual actúa interdisciplinariamente con otras Ciencias.

5. Diseño de ejecución:

Nuestro estudio es de tipo básico, con diseño explicativo, el cual por ser una propuesta teórica de Modelo de evaluación epistémica del Derecho, como la aplicación de la misma, debe someterse a una argumentación y demostración de tipo lógico-teórico.

CAPÍTULO II:

MARCO

REFERENCIAL

CIENTÍFICO

1. MARCO TEÓRICO

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA:

Existe escasa información sistematizada sobre el particular. A nivel internacional por ejemplo, mayormente las investigaciones versan sobre Epistemología general, algunas referidas a Epistemología de las Ciencias Sociales, y más bien en lo que nos concierne, las investigaciones epistemológicas se centran mas en investigaciones parciales acerca del conocimiento jurídico, acerca de la argumentación jurídica, o acerca de metodología de la investigación jurídica.

En el Perú, la investigación mas conocida sobre nuestro tema, es la tesis positivista de Hans Kelsen, plasmada en su obra: “La teoría pura del Derecho” y que ha implicado un conjunto de seguidores. Siendo las principales proposiciones de esta propuesta, las sgtes.: a) El Derecho se describe por la norma positiva basada en el poder coactivo del Estado, b) La norma está separada de su contexto no jurídico, c) El sistema de conceptos de la norma tiene una estructura lógico-normativista: supuesto, nexos y consecuencia, y es estudiada en su validez, vigencia o eficacia.

Como reacción a esta tesis, han surgido algunos ensayos en sentido contrario siendo uno que nos parece mas relevante el que por ejemplo plantea Manuel Sánchez Luis, en su Tesis: **Producir democráticamente el Derecho**, (UNSA, Arequipa, 1998), en el cual afirma: “La separación absoluta entre mundo formal y mundo real, de la que parte la epistemología jurídica positivista...se trataría en realidad de un prejuicio ideológico (...). El Derecho como los subsistemas económicos, políticos o culturales, aún cuando distinto en su especificidad, es un fenómeno que sólo se explica en sociedad, en su intercomunicación necesaria con el resto de procesos de su entorno”(p.32).

En tal sentido, nuestra investigación asume este punto de vista e intenta a partir del enfoque epistemológico crítico dialéctico, aportar un análisis más integral.

1.2. BASE TEÓRICA:

1.2.1. MODELOS TEÓRICOS:

Aquí, solo estableceremos una definición, dado que esta categoría será desarrollada con mayor amplitud cuando hablemos sobre los Modelos Científicos.

a) DEFINICIÓN: Una primera idea es la que aporta Sierra Bravo:

“Los modelos son construcciones racionales que fundamentalmente se forman apriorísticamente a partir de otros conceptos y no directamente de la observación de la realidad (...) son instrumentos conceptuales que se construyen como ayuda en el estudio y comprensión de la realidad.”

(Sierra Bravo, R., 1984, p. 130)

Desde el punto de vista epistemológico los modelos se usan como interpretaciones de una teoría, de tal modo que se puede considerar modelo e interpretación, como expresiones sinónimas.

Asimismo, Cohen y Nagel (1993) consideran el modelo como un modo de explicar una teoría. Afirman que el modelo como interpretación y el modelo como explicación pueden coexistir. **En ese sentido, a manera de síntesis, asumimos que un modelo es un instrumento intelectual, una construcción racional que permite al investigador, interpretar y explicar una determinada teoría de manera mas simple, clara y precisa.** Por ejemplo, la teoría biológica del sistema nervioso central es sustituida parcialmente por un modelo cibernético, lo cual permite simplificar complejas relaciones y entenderlas mejor. Así también podemos encontrar modelos en la psicología conductista por ejemplo: E – R, en la Sociología marxista, el modelo de formación económico-social: base y superestructura, en la Pedagogía socio cultural: zona de desarrollo real – zona de desarrollo próximo – zona de desarrollo potencial; y así en otras ciencias consecutivamente.

1.2.2. LA EPISTEMOLOGÍA:

A) Introducción:

Etimológicamente proviene de dos conceptos cuyas raíces son griegas: episteme = conocimiento y, logia = estudio o tratado.

Es importante acotar que la Epistemología ha tenido un proceso histórico hasta su conformación disciplinaria y autónoma, la cual se conviene que fue a partir del trabajo filosófico centrado en el problema de la ciencia que hicieron los neopositivistas agrupados en el Círculo de Viena, en la década del 20, del siglo anterior. Sin embargo, no por ello se puede decir que desde el lado de la Filosofía como sistema, particularmente desde la Gnoseología o Teoría del conocimiento y la Lógica, no se haya reflexionado sobre el conocimiento en general y su proceso.

Desde el lado de la Teoría del conocimiento, se ha dado y se sigue dando respuesta a diferentes problemas como: la esencia, naturaleza, origen, fuentes, posibilidad, validez y verdad del conocimiento. Desde el lado de la Lógica, se ha indagado no sólo sobre el tema del pensamiento correcto y verdadero para obtener conocimientos correctos y verdaderos, sino otros problemas como: los principios en que se funda el conocimiento, las formas del pensamiento, las categorías de análisis e interpretación de la realidad, los procedimientos, los métodos, y las leyes generales del pensamiento.

La historia de la epistemología ha corrido paralela, en primer lugar al desarrollo de la ciencia, y en segundo lugar al desarrollo de la Teoría del conocimiento y de la Lógica, pero no sólo esto, sino que además, la epistemología hoy en día, no puede cumplir su función en la medida que no esté articulada a estas disciplinas filosóficas y, también, a todo el sistema de la filosofía. Por ejemplo el tema de la concepción de la realidad, del objeto de estudio de la ciencia, es un tema ontológico. El tema de la manipulación del objeto, y de la aplicación social del descubrimiento o invento científico, es un tema axiológico y ético.

Por otro lado, es importante decir que la filosofía entendida como sistema, y por ende, sus disciplinas (desde el viejo problema del ser y la posibilidad del conocimiento y la verdad: tema ontológico, gnoseológico y lógico), siempre ha dado respuesta bajo dos concepciones generales de la realidad: **Idealista** o **Materialista**, y complementariamente a ello, bajo diferentes corrientes y escuelas de pensamiento. Por ejemplo a nivel gnoseológico tenemos: el Racionalismo, el Empirismo, el Escepticismo, el Dogmatismo, el Agnosticismo, el Realismo, el Materialismo Dialéctico y otras. A nivel lógico, tenemos la

Lógica Formal (desde la clásica o aristotélica, hasta la lógica matemática y sus derivaciones), así como la Lógica Dialéctica.

Estos hechos forman parte de la Historia de la filosofía, pero además dan prueba de que la Epistemología constituida ya como una disciplina filosófica, no escapa a estos hechos, es decir también obedece a una concepción de la realidad: idealista o materialista y como tal existe en tanto corrientes epistemológicas, llámense: Convencionalismo, Inductivismo, Falsacionismo, Historicismo, Neopositivismo, Epistemología Genética, Realismo emergentista, Materialismo dialéctico.

Un análisis, pues, epistemológico de orden ontológico idealista, solo nos permitirá indagar una parte de la realidad científica y no necesariamente con profundidad, por ejemplo para el Inductivismo su onto será la realidad empírica, para el Neopositivismo será el análisis lógico (sintáctico-semántico), del lenguaje a fin de demarcar lo que es ciencia de lo que no lo es, para el Historicismo de Kuhn, será el cambio paradigmático de las teorías científicas.

Un análisis epistemológico, de corte dialéctico materialista o también llamado crítico, conlleva a que tengamos una concepción integral del objeto ciencia, en razón a cuatro fundamentos:

1. Nos permite analizar y dar respuesta a los grandes problemas de la ciencia.
2. Permite orientar vía la concepción de la realidad o del mundo (a nivel lógico y metodológico), el proceso de la investigación, el quehacer cotidiano del científico.
3. Permite orientar y prevenir sobre los resultados obtenidos por la ciencia y sus consecuencias en el mundo natural y social y,
4. Le permite a la filosofía a su vez, apoyarse en estos resultados obtenidos por la ciencia para construir una concepción cada vez más consistente de la realidad.

Por lo afirmado, no compartimos, pues, los análisis epistemológicos reduccionistas que desde el lado del Convencionalismo vía las teorías arbitrarias, desde el inductivismo vía la exclusividad de los métodos inductivos y empíricos, desde el neopositivismo vía el análisis lógico del lenguaje y su

validez , desde el historicismo de Kuhn vía los cambios paradigmáticos de las teorías, o desde el Falsacionismo relativista de la verdad de Popper ; tan sólo enfocan una parte de la problemática de la ciencia , y por lo general el aspecto formal de la misma.

En tal sentido, la concepción que formará nuestra unidad de base teórica y metodológica, será la dialéctica materialista. Y es que suscribimos lo que Woods Alan y Grant, Ted (2002), manifiestan:

“Aunque muchos de los principios básicos del materialismo dialéctico han resurgido en los últimos años incorporados a la teoría del caos, nunca se le ha reconocido esta deuda. La Dialéctica en la ciencia es, parafraseando a Oscar Wilde, la filosofía que no se atreve a decir su nombre. Esto es una pena porque el conocimiento del método dialéctico hubiera servido con toda certeza para evitar una serie de errores en los que la ciencia se ha perdido de vez en cuando, a resultas de suposiciones incorrectas”. (p. 22)

B) Definición:

Suscribe, Lora Cam, José F. (1995), que la mayor parte de especialistas, excepto Foulquie, P. y Lalande, A.) y, autores de diccionarios de Filosofía(a excepción de Abbagnano, N., Ferrater Mora, Rosental, Runes, D., y Urmson, conceptúan que la epistemología es igual a la teoría del conocimiento o gnoseología.

Por ello, este mismo autor nos aporta un concepto que nos sirve de base para nuestra propia definición:

“La Epistemología es el estudio del conocimiento científico: concepto de ciencia, clasificación de las ciencias, estructura de la ciencia, función social de la ciencia y, la problemática específica de cada ciencia”. (p. 62).

Nosotros, en razón al proceso histórico y su articulación de ésta con el sistema filosófico general, definimos a **la Epistemología, como una disciplina filosófica cuyo objeto de estudio es : a)La ontología de la ciencia : historicidad, su objeto, su esencia ; b)La problemática de la ciencia : fundamentos, estructura teórica , clasificación, validez y delimitación; c)**

La orientación en el proceso de desarrollo y comprensión de los hechos científicos, d)El establecimiento de la función social de la ciencia.

Asimismo, debemos agregar que, compartimos con Bunge por ejemplo, que al lado de la Epistemología general puede colocarse otra Epistemología especial que podría comprender otras tantas Epistemologías regionales cuantas sean las ciencias particulares. Las Epistemologías regionales vendrían a ser los diversos discursos críticos que tendrían como tarea, reconocer y evaluar al detalle los procedimientos y los tipos de conocimiento de las diferentes regiones de la ciencia: Filosofía de la matemática, Filosofía de la Física, Filosofía de la Lógica, Filosofía del Derecho, etc.

Sin embargo, nosotros postulamos que para el caso del Derecho ésta es estudiada bajo dos ámbitos:

1. **Filosóficamente:** filosofía del Derecho y, 2. Desde la **óptica científica:** teoría del Derecho), por ello a nuestro modo de ver, **la Epistemología del Derecho** debe ser comprendida como una rama de la filosofía del Derecho en el sentido de permitir una visión mas integral u holística que permita analizar sus interrelaciones y hacer una clara delimitación del objeto del Derecho.

C) LA EPISTEMOLOGÍA Y SU PROBLEMÁTICA:

Desde un enfoque dialéctico, la Epistemología que de aquí en adelante denominaremos **crítica** debe abordar integralmente los siguientes problemas de la ciencia: a)El problema de la Ontología de la ciencia, b) El problema de su estructura lógica interna o corpus teórico de la ciencia, c) El problema de la clasificación de las ciencias , d) El problema teleológico de la ciencia.

En lo que sigue nuestro análisis crítico e integral sólo está abocado al objeto de estudio del Derecho, es decir, está centrado en el tema ontológico.

C.1) ONTOLOGÍA DE LA CIENCIA:

Implica hacer un análisis histórico acerca del **SER** de la Ciencia, lo cual nos debe llevar a determinar su Conceptualización y su Objeto.

C.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CIENCIA.

La palabra "Ciencia", se deriva etimológicamente de las lenguas modernas y principalmente del vocablo latino **scientia**. En el latín ciencia tiene un sentido muy amplio y significa: conocimiento práctico, doctrina, erudición. Esta concepción latina de ciencia concuerda con el significado del origen de su raíz, dado por el verbo latino **scio** que deriva a su vez del griego "**isemi**". Este verbo griego equivale también a saber, en toda la extensión de la palabra, es decir, conocer, tener noticia de, estar informado; por lo tanto, ciencia en su acepción original y más genérica equivale a toda clase de saber, sin embargo, históricamente ciencia viene a significar un conjunto de conocimientos sistematizados sobre una materia o disciplina.

La ciencia a lo largo del tiempo ha tenido diferentes conceptualizaciones como por ejemplo:

- a) Aristóteles, en el "Organon" (1981), conserva el mismo concepto de ciencia que los presocráticos y que su maestro Platón, o sea: Un conocimiento fijo, estable y cierto.

Otras conceptualizaciones esbozadas en la historia de la ciencia, según Sierra Bravo (1984), son:

- b) La Ciencia, es un conjunto organizado de conocimientos que han sido adquiridos mediante el método científico, y tiene como función la explicación, que se concreta en el permanente afán por descubrir las leyes de la naturaleza.
- c) La Ciencia es un producto humano que se encuentra condicionado a una situación histórica y a un tipo determinado de sociedad. Por lo tanto la ciencia no puede ser infalible, ni puede tener la capacidad de explicarlo todo, ni tampoco tiene como misión la de controlar la vida del hombre; más bien su misión es la de aportar al hombre un conocimiento de la realidad que le permita transformarla y así satisfacer sus necesidades.
- d) La Ciencia, es una disciplina que utiliza el método científico con la finalidad de hallar estructuras generales (leyes).

- e) La Ciencia, es un sistema históricamente formado, de conocimientos ordenados cuya veracidad se comprueba y se puntualiza constantemente en el curso de la práctica social.
- f) Ciencia, es el conjunto de conocimientos racionalmente relacionados con el fin de alcanzar la verdad. El ideal de la ciencia es llegar a conocer y explicarlo todo.
- g) La Ciencia como actividad, como investigación, pertenece a la vida social; en cuanto se la aplica al mejoramiento de nuestro medio natural y artificial, a la invención y manufactura de bienes materiales y culturales, la ciencia se convierte en tecnología.
- h) La Ciencia en cuanto a su contenido está constituida exclusivamente por un conjunto de conocimientos sobre la realidad, en forma de conceptos y de enunciados. Las ideas de este conjunto se hallan interrelacionadas entre sí o sistematizadas y forman lo que se denomina teoría.

Finalmente, para Bunge, M. (1997), caracterizar el concepto de Ciencia, implica tener en cuenta un aspecto conceptual, un aspecto empírico, un aspecto social y un aspecto histórico; lo que le lleva a definir una ciencia particular como una decatupla, un sistema de 10 componentes: Comunidad científica, Sociedad, el dominio, los supuestos filosóficos, el fondo formal, el fondo específico, la problemática, el fondo de conocimientos, los objetivos y la metódica.

C.1.1.1. Nuestra concepción de Ciencia:

El concepto de Ciencia como se ve, históricamente ha sido concebido de diversos modos. Así, sintetizando decimos que, en la Filosofía Griega, la Ciencia estuvo articulada al tema ontológico (al estudio de las primeras causas). En la filosofía moderna, particularmente con Descartes y Hume, se busca darle un fundamento racional a ésta para conseguir su certeza; sin embargo esto no fue posible. Surgen por ello, una nueva generación de filósofos de la ciencia que tratan de reducir el concepto de ciencia al concepto de saber único, al concepto de método, el cual no es sino encontrar un conjunto de procedimientos formales que nos permitan acercarnos a la verdad todo lo que sea posible.

A decir de Pérez Soto, C. (1998, p.19), el objetivo de estos filósofos era:

“Encontrar un conjunto de reglas formales. Donde ‘formales’ significa que se pueden escribir en un papel, ‘formales’ significa que se tiene un objeto, se aplican las reglas sobre el objeto, lo desarman, lo revelan, dicen el interior que había tras ese exterior que es el fenómeno”

Este proyecto que aún ahora algunos sostienen para referirse a la ciencia (los “metodólogos”), tampoco fue la solución al tema de la ciencia, debido a que conceptual o teóricamente hasta ahora no es posible concebir un método científico universal.

Por lo menos en buena parte del siglo XX, aparece una nueva propuesta que se centra en el tema de la “demarcación” (Popper, K., 1980), entre lo que es y no es ciencia, apelando a criterios formales. En esta tendencia estuvieron los empiristas lógicos (Círculo de Viena), y el Falsacionismo, los cuales han sido ampliamente criticados, sin que se haya llegado a un criterio unánime y lógicamente consistente acerca de esta demarcación.

La derivación de estas posturas, implicó el proponer un modelo formalista de ciencia, ya sea en términos metodológicos o en términos demarcatorios, recurriendo para ello a la lógica matemática estándar, que formularon Russell y Whitehead, es decir desde una especie de ámbito de certezas, un ámbito de formalidad a partir del cual se pueda pensar rigurosamente. En tal sentido, la práctica social, política, ética y cultural del científico y de la comunidad científica quedaron excluidos, de este concepto de ciencia.

A fines del siglo XX, surge una nueva generación de filósofos de la ciencia (Kuhn, Lakatos...) a quienes se les ha denominado como “Filósofos historicistas”, quienes hablaron de la “evaluación de las teorías”, llegando a plantear que las mejores teorías son las que van a ser científicas, basándose en un supuesto a priori (criterio de confianza) de que la ciencia es la mejor manera de conocer.

Dice Pérez Soto (1998, p.25), refiriéndose a esta Corriente:

” Y esa misma confianza se especifica ahora, en este momento, en que no sabemos cuando estamos dentro de ella o no, pero al menos podemos saber que la práctica científica es racional, que tiene una cierta racionalidad interna

que se expresa en que podemos distinguir entre cuales teorías son mejores y cuales no”.

Por otro lado, Samaja, Juan (1987), afirma que la formación y desarrollo de las ideas científicas ha seguido tres etapas **a) Etapa Intra**, en la que la conciencia cognoscente dirige su atención a los elementos del objeto en si mismo, sólo para describirlos, **b) Etapa inter**, en que la atención se vuelve a la interrelación de los subsistemas y a sus transformaciones colaterales, para confrontar con el conocimiento no científico y; **c) Etapa trans**, en que el esfuerzo de la conciencia se dirige a la totalidad de la estructura y al modo de producción de sus elementos , como parte de un sistema total, la cual compete a un análisis epistemológico dialéctico.

En conclusión, el proceso histórico acerca del concepto ciencia, nos refleja, pues, concepciones parciales acerca de ésta, por ello consideramos que debe asumirse su entendimiento, bajo una concepción integral o global de racionalidad, es decir desde una **concepción dialéctica**, interrelacionadora e inclusiva, siendo la base de este análisis la práctica social y concreta de los hombres y en particular la práctica científica.

Siguiendo a Rosental, I. (1986) , **asumimos que la Ciencia, es una forma de la conciencia social; quien a su vez constituye un sistema históricamente formado, de conocimientos ordenados cuya veracidad se comprueba y se puntualiza constantemente en el curso de la práctica social. Asimismo se debe afirmar que la ciencia se halla íntimamente vinculada a la concepción filosófica del mundo, la cual aporta los principios y las leyes más generales del ser, la teoría del conocimiento y el método general de investigación.**

Como tal, en base al referente histórico y dialéctico, derivamos que un análisis epistemológico de las disciplinas implica:

- a) El conocimiento de la historicidad de su propio concepto (ejemplo: el Derecho), para entender el desarrollo de la racionalidad esencial de su objeto y de la propia disciplina (aspecto ontológico).
- b) El análisis de los componentes estructurales tanto a nivel gnoseológico cuanto a nivel lógico.

- c) El análisis lógico y gnoseológico de las interrelaciones de la disciplina a nivel inter e intradisciplinario.
- d) El análisis teleológico de la disciplina y de la praxis del científico, en los ámbitos ético, social, político y filosófico.

C.1.2. OBJETO DE ESTUDIO DE LA CIENCIA:

De manera simple podemos decir que, el objeto de estudio de las ciencias formales: como las matemáticas o la lógica son los entes ideales; en cambio el objeto de estudio de las ciencias fácticas, son los hechos del mundo físico, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyéndose entre ellas a la Física, a la Biología, la Historia, la Economía, la Sociología, etc.

Pero cuando estudiamos las manifestaciones sociales y culturales necesitamos utilizar una conceptualización y una técnica de investigación, diferentes a la Ciencia Físico Natural. Por ello, se hace conveniente abrir una nueva categoría que se refiera particularmente a tales objetos de estudios. Se habla por eso de Ciencias Sociales o de Ciencias Culturales, como una forma de reconocer lo específico de tales ámbitos de estudio y, para distinguirlas de lo que suelen llamarse Ciencias Naturales.

C.1.2.1 OBJETO DE ESTUDIO DE LAS CIENCIAS SOCIALES

Afirman dos reconocidos epistemólogos marxistas:

“Las Ciencias Sociales constituyen el sistema de todas las esferas de los conocimientos sobre la sociedad, sobre las leyes de su aparición, sobre su estructura, los diversos elementos de la misma y las diferentes facetas de la vida social: sobre la existencia y la conciencia sociales y su interacción sobre el hombre, su formación, actividad, desarrollo y estados sobre las comunidades humanas: clases, naciones, grupos y relaciones entre ellas, y sobre toda la cultura material y espiritual “. (Kedrov - Spirkin, 1968, p.75).

Sierra Bravo (1984), indica que el objeto del conocimiento social no es sólo la sociedad sino todo ese conjunto de relaciones, interacciones, actuaciones e influencias de los hombres entre si y con la sociedad institucional, la cultura y la naturaleza.

Por todo ello, de modo más concreto, constituyen centro de interés para el conocimiento social, por si mismo o en cuanto tienen o pueden tener un origen o influjo y trascendencia social, las realidades siguientes:

- a) Las características físicas y personales humanas.
- b) Sus roles, status y acciones sociales.
- c) Criterios, juicios, opiniones y conocimientos que los individuos toman en la vida social y que podrían llamar, hechos internos y subjetivos.
- d) Motivaciones, sentimientos, creencias, valores y actitudes, también como los anteriores internos o subjetivos, pero que se diferencian porque impulsan más directamente a la acción y está en la base de las opiniones.
- e) Las instituciones sociales que integran en su conjunto la sociedad organizada.
- f) Normas, pautas de comportamiento originadas en la vida social humana.
- g) Las distintas y múltiples obras culturales de los hombres.
- h) Las diversas realidades naturales o físicas en cuanto influyen en la vida social.

a) Sobre el carácter específico de las Ciencias Sociales:

Para analizar mejor este aspecto que es fundamental para la comprensión correcta de las Ciencias Sociales veremos:

a.1) Una breve conformación histórica de las Ciencias Sociales:

a.1.1. En la Formación Social Esclavista:

- Es la conformación de los Estados políticos la que marca el inicio sistemático del conocimiento social.
- Son las necesidades de origen práctico, ligados a los intereses económicos de las clases sociales, los que van a estimular para que se trate de comprender el sentido del hombre y del mundo.
- Las concepciones filosóficas del mundo (materialismo e idealismo) justificaban el estado de cosas del sistema social vigente o cuestionaban y describían limitadamente la forma de vida que ansiaban los hombres.

a.1.2.En la Formación Social Feudal:

- Es la concepción religiosa del mundo la que va a sustituir a las ideas precedentes y rechazar cualquier interpretación de carácter científico de los fenómenos sociales y naturales.
- La filosofía fue sierva de la teología. El eje de la concepción religiosa del mundo lo constituyen los planteamientos y dogmas destinados a justificar y mantener el régimen feudal.

a.1.3.En la Formación Social Capitalista:

- Aparecen las Ciencias Naturales Experimentales, las cuales van a coadyuvar e influir determinadamente en el desarrollo de los conocimientos acerca de los fenómenos sociales.
- Sin embargo, al igual que el régimen esclavista las teorías sociales estaban articuladas a la concepción filosófica del mundo de cada pensador, dominando la tendencia a deducir las leyes sociales directamente de la Mecánica.
- En este periodo se creía en la posibilidad de una ciencia única y universal estrictamente deductiva, en las que se integraran todas las áreas del conocimiento científico.
- La concepción mecanicista de las ciencias sociales tiene cuestiones fecundas, particularmente en el campo de la filosofía de la historia, las cuales van a contribuir a desterrar en el campo de las ciencias sociales las concepciones del desarrollo de la sociedad articulados a los intereses de la burguesía.
- En el siglo XIX se conforma una concepción científica del mundo y principalmente de las ciencias sociales, a partir de los trabajos de Marx y Engels, quienes eliminaron el idealismo y la metafísica de las Ciencias Sociales precedentes.

b) La esencia o naturaleza de las Ciencias Sociales:

El objetivo central de toda ciencia no es solamente describir, conocer o explicar, sino *transformar el mundo*. Por ello, desde que las investigaciones sobre la sociedad se convierten en ciencia comienzan a cuestionar y poner en tela de juicio los sistemas sociales.

Su **esencia** de las ciencias sociales, es que están fuertemente influenciadas por la estructura de las clases, ésta influencia no es posible evitarla. El investigador consciente o inconscientemente defiende los intereses de determinada clase. Su visión del mundo y su método de investigación están matizados con un carácter ideológico.

De esto se deriva, pues, que la discusión en el ámbito epistemológico de las ciencias sociales es la: OBJETIVIDAD.

En tal sentido el deber ser del investigador en ciencias sociales, consiste en eludir los siguientes aspectos negativos: prejuicio, subjetivismo e ideología.

D) LAS TEORÍAS CIENTÍFICAS

d.1. Definición:

Según Sierra Bravo, R. (1984, p.139), se define a la teoría como:

“toda concepción racional que intenta dar una visión o explicación sobre cualquier asunto o realidad; es una concepción racional ya que es elaborada mentalmente y tiene como referencia a un tema o asunto determinado. Ya cuando la teoría presenta como referente a la realidad observable se denomina teoría científica”.

A diferencia del autor citado, nosotros admitimos como tal, que una teoría científica es una concepción racional descriptivo-explicativa, acerca de un objeto de la realidad tanto objetiva (objeto natural y objeto social), como subjetiva (sistema de relaciones ideales, o constructos hipotéticos)

Las teorías científicas son pues, concepciones racionales puras, para el caso de las ciencias formales, o, concepciones racionales con componente empírico para el caso de las ciencias fácticas (las cuales al formular, sus hipótesis y leyes van a ser contrastadas, y por ende van a explicar un sector de la realidad natural y/o social).

d.2. Caracteres de las Teorías:

Para Sierra Bravo, R. (1984, p.139-140), las teorías no son un conjunto inconexo de enunciados, sino que lo que hace de este conjunto una teoría, es que estén lógicamente conectados o relacionados entre sí formando una unidad epistemológica ordenada, que hace que la teoría constituya, en su conjunto, una explicación sistemática de la realidad.

Las teorías, como construcciones conceptuales o racionales que son, no agotan la realidad a la que se refieren.

Las teorías, no dan una explicación, una representación exacta y válida para todos los tiempos. Por ello, se considera a la teoría como algo provisional ya que esta puede cambiar por otra.

Las teorías se refieren a la realidad observable, la intentan explicar. Además, las teorías también pueden contradecir a las que no se ajustan a la realidad.

Lo que caracteriza epistemológicamente a la teoría, es que constituyen el término de la labor científica y su sistematización última y, en ese sentido son las que forman las ciencias.

d.3. Función e importancia de las Teorías:

La teoría es un elemento fundamental de la investigación científica. Se puede decir que es su inicio, su contexto y su fin. Su inicio, por que son fuente de nuevos problemas e hipótesis. Su contexto, por que proporcionan el sistema conceptual que se aplica a la observación, clasificación y sistematización de los datos de la realidad, su fin, por que la investigación debe arribar en teorías cada vez más perfectas.

Mario Bunge (1976: p. 413) en su obra “La Investigación Científica” nos menciona:

“Una peculiaridad de la ciencia contemporánea es que la actividad más importante, la más profunda y la más fecunda se centra en torno a teorías y no en torno a la recolección de datos”.

Como vemos, las teorías cumplen la función de ser instrumentos principales de ruptura con lo inmediatamente dado, con lo que a primera vista parece claro y evidente; de allí su gran importancia que tiene en la investigación científica.

d.4. Construcción de las Teorías Científicas:

La investigación científica, en el campo de las ciencias fácticas, comienza con los experimentos “para observar” cuando el investigador restringe sus observaciones, precisándolas, circunscribiéndolas a determinados aspectos o sectores de la realidad.

Asti Vera (Citado por Avellaneda J., 1994, p. 125), nos señala que el ciclo experimental empieza con un contexto de descubrimiento, este contexto se caracteriza porque en ella se va a dar la observación el planteamiento de las hipótesis.

Una vez terminado este contexto, viene la deducción de enunciados predictivos que van a ser confirmados por la experimentación o por la observación, y la máxima aspiración científica será alcanzar las leyes.

La culminación de la actividad científica es la formulación de la teoría, que va a constituir el nivel de abstracción máximo a partir de la formulación de los enunciados protocolares iniciales.

Citando a Bunge, M. (1976, p.491):

“En la construcción de teoría existe una sola y sencilla regla: partir de experiencias elementales, o sea, de datos individuales, generalizándolos con precaución.”

Avellaneda, critica esta frase, señalando que la teoría no puede ser una recopilación de datos, ni síntesis de experiencias elementales. Para esto, Bunge se vale de la definición de teoría (conjunto de fórmulas parcialmente ordenadas por la relación de deducibilidad y esa relación no vale nunca entre enunciados particulares referentes cada uno a un hecho distinto).

Por otra parte, Asti Vera, nos señala que la construcción de una teoría científica puede realizarse de dos maneras: partiendo de observaciones y partiendo de axiomas. Cuando partimos de observaciones hacemos la formulación de enunciados hipotéticos, esta teoría es denominada inductivo-deductivo o más corrientemente, hipotético-deductivo; cuando partimos de axiomas, se consignan directamente postulados, a este tipo de teoría se le llama deductiva.

d.5. Requisitos de las Teorías Científicas:

Siguiendo a Popper (1980), nos dice que para considerar a una teoría como científica debe ser posible su refutación, es decir que la teoría no debe aparecer como algo que explica todo, no debe aparecer como una conquista de la ciencia.

Mario Bunge distingue sin embargo, cinco grupos de requisitos: sintácticos, epistemológicos, metodológicos, semánticos y filosóficos.

. Requisitos sintácticos:

- a) Corrección sintáctica: Las proposiciones en una teoría han de estar coherentes y bien formuladas para que la teoría tenga sentido.
- b) Sistemática o unicidad conceptual: En las teorías, los conceptos empleados deben estar ligados entre sí.

. Requisitos semánticos:

- a) Exactitud lingüística: Las teorías no deben presentar palabras ambiguas.
- c) Interpretabilidad empírica: Es llevar nuestras presuposiciones de la teoría a la experiencia.
- d) Representatividad: Para que una teoría sea representativa, algunos de sus predicados básicos deben representar rasgos reales y fundamentales.
- e) Simplicidad semántica: Es importante para “economizar” suposiciones.

. Requisitos epistemológicos:

- a) Consistencia externa: La teoría ha de ser consistente con la mayor parte del conocimiento aceptado.
- b) Capacidad explicativa: La teoría ha de resolver los problemas planteados por la explicación de las generalizaciones empíricas.
- c) Capacidad predictiva: Toda teoría debe tener la capacidad de hacer predicciones.
- d) Profundidad: La teoría debe explicar cosas esenciales.

- e) Capacidad unificadora o posibilidad de expresión para abarcar nuevos ámbitos: Una teoría tiene la capacidad de enlazar o unificar ámbitos que anteriormente no tenían relación.
- f) Fecundidad: La teoría debe ser capaz de guiar nuevas investigaciones y de sugerir nuevas ideas.
- g) Originalidad: La teoría debe ser nueva en comparación con otras teorías.

. Requisitos metodológicos:

- a) Escrutabilidad: Los presupuestos metodológicos deben ser controlables.
- b) Refutabilidad: La teoría puede ser refutada.
- c) Confirmabilidad: Las consecuencias de la teoría deben tener concordancia con la observación.
- d) Simplicidad metodológica: Esta referido a que la teoría pueda ser sometida a contrastaciones empíricas.

. Requisitos filosóficos:

- a) Parsimonia de niveles: La teoría no debe aplicarse a niveles más elevados, si basta con los más bajos, la teoría debe actuar parsimoniosamente en su referencia a la realidad.
- b) Solidez metacientífica: La teoría científica ha de ser compatible con principios metacientíficos, como los postulados de la legalidad y racionalidad.
- c) Consistencia desde el punto de vista de la concepción del mundo: Esta referida a la aceptación o no aceptación de teorías, que pueden ser consideradas como seguras o inseguras.

d.6. Grados de consistencia de las teorías científicas:

Mario Bunge, haciendo una fuerte crítica a Kuhn, quien sostiene la tesis de que los paradigmas son equivalentes e inconmensurables, sin ser ninguno superior a los demás (relativismo cultural); sobre este tópico afirma:

“El relativismo cultural total(o absoluto), no está de acuerdo con la historia de la ciencia: algunas teorías son superiores a otras, y ha habido épocas de progreso científico. Es verdad que hay grados de satisfacción de cualquier

condición, no solamente las que yo he estipulado para la ciencia, sino de cualesquiera otras. **Hay disciplinas que son más científicas que otras. Por ejemplo, algunas ramas de la física, tales como la cosmología, son menos científicas que algunas ramas de las ciencias sociales, tales como la historia. Hay grados de avance de la ciencia o grados de satisfacción de las condiciones: esto es completamente cierto”**

(Bunge, M., 1997, p.49. El resaltado es nuestro).

Por lo afirmado, se entiende que hay grados de avance o desarrollo de la ciencia, no solamente al interior de cada ciencia en particular –en sus ramas- sino también al interior de cada área de las ciencias particulares: Ciencias formales, Ciencias naturales, Ciencias sociales; así como en el conjunto de todas las ciencias vale decir entre las ciencias formales, las ciencias naturales y las ciencias sociales. Ahora los fundamentos de este desarrollo desigual de las ciencias estarían determinados por el conjunto de condiciones-no solo históricas- que permiten entender lo que denominamos ciencia, es decir su estructura ontológica, su estructura gnoseológica, su estructura lógica y su estructura teleológica.

Desde una óptica lógica, hoy día se habla de la consistencia de las teorías, lo cual ha permitido establecer nuevas categorías epistemológicas como” ciencias fuertes” o “ciencias débiles”, o como afirma el mismo Bunge:” ciencias duras” y” ciencias blandas “.Complementemos por ello esta tarea, con el análisis lógico de las teorías, siguiendo en buena parte lo sustentado por Piscoya Hermoza, L. (1987).

d.7.1. Aspecto sintáctico de las teorías:

d.7.1.1. El principio de consistencia simple:

El desarrollo estructural o sintáctico de una teoría consiste esencialmente en construir progresivamente deducciones o demostraciones.

La lógica clásica o Standard, que en buena cuenta es la que va desde Aristóteles hasta los lógicos matemáticos contemporáneos Russell, Hilbert y sus continuadores sustentó lo que podemos llamar el principio de consistencia, el mismo que afirma que en una teoría científica debe ser imposible demostrar una contradicción, esto es las reglas de deducción no deben permitir demostrar

una proposición y también la negación de ésta. Y es que para la lógica clásica la noción de contradicción es equivalente a la de absurdo o a la de irracionalidad.

Sin embargo, en nuestro tiempo se ha logrado esclarecer que el milenario principio clásico de consistencia no es el único y se pueden encontrar formas de consistencias alternativas y productivas en el trabajo científico. De esta manera, para evitar confusiones, la lógica actual denomina al principio clásico de consistencia como principio de consistencia simple para distinguirlo de otras posibilidades.

El principio de consistencia simple es el único que ha existido durante 23 siglos y es por tanto al que han recurrido los filósofos con mayor frecuencia. Uno de los requisitos que se considera debe satisfacer una buena teoría es el de la refutabilidad (filósofo Karl Popper) que puede ser formulado en los siguientes términos: un sistema hipotético deductivo de enunciados es una teoría científico-empírica si y solamente si pueden precisarse posibles situaciones o estados de cosas que de producirse los refutarían o, en otras palabras, los convertirían en enunciados falsos.

d.7.1.2. Lógica dialéctica vs. Consistencia simple

Se plantea que la exigencia lógica de consistencia simple es uno de los indicadores de las limitaciones que aquejan a una metodología de la ciencia que se basa en la lógica matemática contemporánea, llamada también lógica formal.

Pero este planteamiento, a decir de Piscoya H., Luis (1987), desconoce la importancia que tiene la contradicción, que es postulada como la característica fundamental de la realidad en la medida que ésta es concebida como un conjunto de procesos antagónicos y muchas veces, recíprocamente excluyentes. Ejemplo, el átomo y las partículas subatómicas. “Consecuentemente la lógica que mejor serviría a la ciencia sería la que en lugar de excluir la contradicción la incorpore como su principio fundamental. Ella es la Lógica dialéctica... “(p.61)

Sigue afirmando Piscoya, que la contradicción que excluye la lógica matemática convencional es la que se produce entre proposiciones. **Se trata de una condición que debe satisfacer el lenguaje pero de ninguna manera de una afirmación sobre la naturaleza de la realidad material.**

Sobre lo antedicho, debemos decir que en lo general consideramos que es correcta la interpretación que hace Piscoya, más en lo que no compartimos es en cuanto al juicio de valor que hace, al afirmar que la Lógica Dialéctica es la que “mejor serviría la Ciencia”. Por las siguientes razones:

1ra. La Ciencia es **investigación** y/o pensamiento de la realidad y, **discurso** o lenguaje acerca de la investigación de esa realidad.

2da. La Ciencia como actividad investigativa de la realidad, necesita entenderla a ésta de manera dinámica, integral, histórica, en interrelación y desarrollo; lo cual es imposible de hacer si no se parte de una concepción del mundo, de un método y de una lógica del desarrollo que para éste caso lo brinda el Materialismo Dialéctico y de modo particular la Lógica Dialéctica, con sus **principios onto-gnoseológicos**, , sus **categorías dicotómicas**: esencia-fenómeno, contenido-forma, materia-conciencia, causa-efecto, necesidad-casualidad, posibilidad-realidad, particular-universal; sus **leyes dialécticas**: contradicción, negación dialéctica y mutabilidad de cantidad en cualidad.

3ra. La Ciencia como producto o Discurso de lo investigado, es un sistema racional y lingüístico, concebido para comunicar, exponer, transmitir y generar un aprendizaje e interpretación única y universal en un determinado momento histórico. Como tal, es imposible que como Discurso, muestre en si mismo contradicciones e incoherencias.

Por ello, es que en ésta etapa, es imprescindible- como así ha sucedido históricamente-, que la Ciencia haga uso de la Lógica Formal, la cual en su versión moderna como es la Lógica Matemática, permite mayores precisiones, así como **procesos inferenciales** más estrictos(vía cálculo lógico), acerca del Discurso de la Ciencia. Como tal aquí cabe pues, los **principios lógico-**

formales de: Identidad, no contradicción, y tercero excluido, asimismo las **reglas inferenciales**, las **leyes silogísticas**, la **Teoría proposicional...**

En conclusión, nuestra posición es más o menos semejante a la que hace Kopnin, P.V. (1966), en el sentido que la Lógica Dialéctica y la Lógica Formal, **se complementan**, es decir, que no hay mejor Lógica para hacer Ciencia, sino que **ambas resultan siendo necesarias**, y es más, en la Historia de la Ciencia se puede probar que al margen de si fue consciente o no el científico, las dos Lógicas se han dado de un modo u otro, en ésta tarea de hacer Ciencia.

d.7.1.3. Consistencia absoluta y lógica dialéctica

Pensadores hegelianos y marxistas han buscado la posibilidad de una lógica dialéctica por caminos realmente novedosos. Ellos han puesto de relieve que la contradicción dentro de un sistema lógico-matemático no es en sí misma negativa, pues lo que hace indeseable es que da lugar a que la teoría implique toda proposición, y a que consecuentemente, se trivialice en el sentido de no aportar información alguna en la medida que implica igualmente a las proposiciones verdaderas y a las falsas.

En base a estas ideas los profesores Richard Routley y Robert Meyer han formulado un sistema de lógica que califican de dialéctico porque no excluye la contradicción y contiene variantes que incorporan el principio de negación de la negación de tal manera que éste expresa la idea de desarrollo. El sistema no implica toda proposición y es por tanto absolutamente consistente.

Es importante señalar que la condición de refutabilidad que deben satisfacer las teorías científico- empíricas está ligada a la historicidad de la ciencia y su carácter antidogmático. Si una teoría científica fuera irrefutable entonces sería inmovible e insustituible por otra mejor. Sería eterna como un dogma. La historia sería irrelevante para ella.

Pero en efecto no es así, las teorías científicas son producto del devenir histórico y son necesariamente provisionales en tanto que son refutables en virtud de su consistencia lógica. Asimismo como una teoría para no ser trivial y ser refutable debe ser consistente ya sea simple o absolutamente, entonces sus características lógicas no son accidentales sino condiciones para su

historicidad. Gracias a ellas una teoría científico- empírica es sólo una aproximación al conocimiento de la realidad, sustituible por otra mejor.

d.7.2. Aspecto semántico de las teorías:

El aspecto semántico está ligado a la significación o el sentido de las proposiciones que constituyen una teoría científica, vale decir al tipo de objetos y propiedades a los que hace referencia la teoría.

Hay que señalar que hay teorías científicas de carácter formal denominadas abstractas o sin interpretar debido a que sus términos no tienen una significación establecida. Ej.: teoría algebraica de grupos.

Las teorías que tienen sus términos con una significación determinada se denominan teorías interpretadas y entre ellas se cuentan teorías tanto formales como empíricas.

Pero además, otro concepto importante en la semántica es el de verdad, y a decir de Bunge el concepto descuidado de verdad parcial. Por ejemplo dice, la raíz cuadrada de 2 ¿es una verdad total? Evidentemente, no. Es una primera aproximación. A diferencia de $1+1 = 2$; la cual es una verdad total y definitiva que se puede probar muy fácilmente.

Citando a Bunge (1997, p.69):

“Ambos conceptos, los de verdad total y verdad aproximada, se usan tanto en la matemática como en las ciencias fácticas y las técnicas. Sin embargo, ninguno de ellos ha sido exactificado satisfactoriamente. En particular, Tarsky aclaró el concepto de verdad (formal) para las teorías abstractas, pero no para las interpretadas; y Popper no logró exactificar el concepto de verdad parcial. Por consiguiente, los científicos y técnicos usan sólo nociones intuitivas de verdad. He aquí pues, una tarea importante para los epistemólogos: construir teorías correctas y útiles de la verdad de hecho, tanto total como parcial.”

En conclusión, se entiende a partir de esto, que las teorías en general-incluida las matemáticas- constan de verdades totales y verdades aproximadas, de lo cual se infiere que las teorías cuyo objeto de estudio sea mas complejo-ciencias naturales y en especial las ciencias sociales- expresaran mayormente

esta contradicción. Esta tarea, pues, forma parte del análisis de la consistencia teórica en particular de cada ciencia.

E) El método científico en las Ciencias Sociales:

Sus características son:

. Predominantemente inductivo:

Busca determinar las características externas generales de una población a base de la observación de muchos casos individuales

. Existen métodos Científicos Fenomenológicos:

Pretenden comprender una entidad, un fenómeno vital de una manera esencialista e interpretativa a partir del sujeto

Es importante tener en cuenta los siguientes aspectos para esta temática:

- Las ciencias sociales se alimentan del principio del cambio y transformación de la sociedad para captar la realidad social en forma objetiva.
- Las ciencias sociales siempre cuestionan a la realidad, pues, no sólo se trata de establecer que todo cambia, sino conocer las causas y el sentido u orientación del cambio.
- Conociendo las leyes del cambio y desarrollo social, la transformación puede ser orientada conscientemente.
- En ciencias sociales, y en general en todas las ciencias es necesario anexar la teoría con el método científico; es la única forma en la que podemos establecer la unidad e integración total de las ciencias sociales evitando que caigamos en el fraccionamiento y parcelación de la realidad social.
- Asimismo, en las ciencias sociales es necesario una filosofía de base, debido a su acercamiento a la filosofía tanto por su objeto de estudio, su carácter, cuanto por el tiempo de desarrollo relativamente reciente, en comparación a las otras ciencias (naturales).
- En consecuencia, la falta de una unidad de base filosófica y de la utilización, por ende, de métodos anticientíficos, perfila otra característica, como es la de no tomar en cuenta el contexto histórico de los hechos y fenómenos sociales.

- Una categoría metodológica, y principio fundamental en las investigaciones sociales es la **totalidad dialéctica concreta**, la cual, “es indispensable en el método de las ciencias sociales, con ello quedan superadas las posiciones individuales de los investigadores burgueses y se parte correctamente de los grupos y clases sociales. Por otra parte, la categoría de totalidad determina la toma de una posición de clase”.

(Tecla – Garza, 1974, p. 76).

e.1.El problema del método de formalización de las Ciencias Sociales:

Uno de los problemas que se aborda como crítica a las Ciencias Sociales es: la falta de construcción de un lenguaje artificial que permita una mayor rigurosidad y validación teórica.

Cabe resaltar, que la ciencia matemática es una ciencia exacta y precisa hasta cierto punto, de allí que la utilización de la matemática como método haya derivado (por ejemplo) en la conformación de lenguajes formalizados, para así poder operar en el plano científico.

En las Ciencias Sociales también, aunque de manera lenta, van penetrando los métodos matemáticos.

La introducción de los métodos matemáticos en las ciencias naturales y sociales permite el análisis cuantitativo de los correspondientes fenómenos que aunado a un análisis cualitativo nos permite entender a profundidad la realidad objetiva.

Es evidente que no se puede ni debe desestimar la importancia de los citados métodos matemáticos en la investigación y conocimiento de los fenómenos sociales.

Sin embargo, en las ciencias en general y en las ciencias sociales en particular, el método de la formalización y los otros métodos matemáticos no deben sobreestimarse ni absolutizarse, pues, así como tienen cualidades positivas también adolecen de una serie de ineficiencias.

Por otro lado se debe tener en cuenta el problema de la interpretación cuando se usa el método matemático, tal como lo advierte Bertrand Russell (1977, p. 252):

“El problema de la interpretación ha sido indebidamente descuidado. Mientras permanecemos en el ámbito de las formulas matemáticas, todo parece preciso, pero cuando tratamos de interpretarlas, resulta que esa precisión es en parte ilusoria. Mientras no se aclare esta cuestión, no podemos decir con exactitud que es lo que afirma cualquier ciencia que consideremos”.

Asimismo, cabe recalcar, que el método de formalización es difícil de emplearse en la investigación filosófica, política y en las cuestiones relacionadas con el desarrollo social.

1.2.3. LA EVALUACION:

1.2.3.1. Definición:

La evaluación tiene varios significados como por ejemplo: controlar, fiscalizar, enjuiciar, valorar, etc., y es más, muchas veces es utilizada con esos fines. Sin embargo la definición más acertada nos parece que es la que aporta Terry: “La evaluación es un proceso de obtención de información y de su uso para formular juicios que a su vez se utilizaran para tomar decisiones “(Terry D. Tembrink, 1980, p.19).

El autor nos propone un modelo simple de evaluación trifásica, que comprendería las siguientes etapas: 1. Preparación: disponerse para evaluar, 2. Recogida de datos: Obtener la información precisa 3.Evaluación: formar juicios y tomar decisiones.

Es importante entender, que la evaluación es un proceso que pone de manifiesto que está ocurriendo y porqué razones, asimismo nos brinda datos correctos y veraces de cómo son los hechos, situaciones y escenarios que son motivo de estudio.

Podemos añadir asimismo que la evaluación es un proceso de análisis estructurado y racional, que nos permite comprender la esencia, estimar la

magnitud o la calidad del objeto de estudio y plantear juicios valorativos sobre el mismo, proporcionando a la vez información para ayudar a mejorar y corregir defectos.

1.2.3.2. EVALUACION EPISTÉMICA CRÍTICA

Por lo antedicho, **definimos la evaluación epistémica crítica, como un proceso de obtención de información a través del análisis de lo esencial de la ciencia, de su estructura interna y externa, de su finalidad, del objeto científico en cuestión; y de su contribución al desarrollo socio natural.**

En la presente investigación, el objeto científico en cuestión lo constituye el OBJETO DEL DERECHO, y para tal efecto, el componente de análisis que formulamos como propuesta de evaluación, es:

- **El aspecto ontológico del Derecho**, el cual comprende su historia como disciplina racional, su objeto de estudio y su definición.

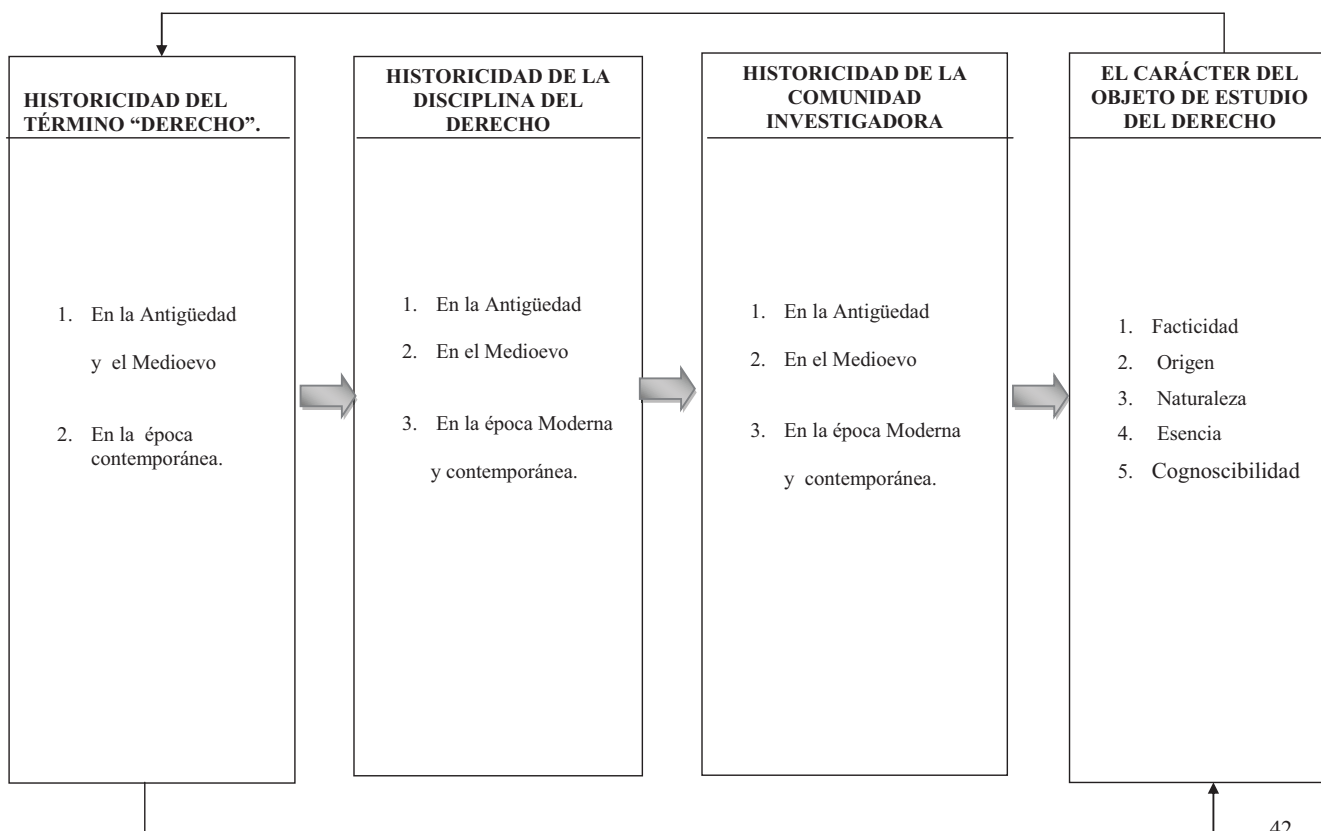
1.2.3.3. PRINCIPIOS DEL MODELO DE EVALUACIÓN EPISTÉMICO CRÍTICO:

Asumimos que la concepción filosófica que sustenta nuestra propuesta, es la dialéctica materialista; y como tal la fundamos en sus principios:

- 1) La realidad existe como totalidad, en interrelación e interdependencia, en cambio permanente y, además es compleja; como tal su conocimiento debe reflejar lo mismo.
- 2) Todo conocimiento científico contiene una verdad relativo – absoluta.
- 3) La realidad puede ser representada y/o modelada a nivel teórico.
- 4) La realidad forma una unidad, pero tiene sus particularidades en lo natural, en lo social y en lo pensamental.
- 5) Las realidades particulares tienen su autonomía relativa y sus propias contradicciones.

- 6) La ciencia como tal, expresa las particularidades de la realidad y de ello se deriva la singularidad de cada área de ciencias, sea en lo natural, social o en lo formal.
- 7) Las ciencias particulares y/o específicas pueden ser evaluadas epistémicamente, en su estructura interna y en su relación contextual, contribuyendo la epistemología en elaborar nuevos enfoques que orienten de mejor manera el desarrollo de estas.
- 8) La evaluación epistémica nos permite determinar grados o niveles de consistencia de las ciencias a nivel específico y también a nivel particular.

MATRIZ DE EVALUACIÓN EPISTÉMICO CRÍTICA DEL OBJETO DEL DERECHO



CAPÍTULO III:

ANÁLISIS Y

DISCUSIÓN DE

RESULTADOS

1. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL OBJETO DEL DERECHO

La Ontología, como una rama estructural de la filosofía implica estudiar el ser, el ontos, la esencia de las cosas. En este caso, es menester hacer una evaluación ontológica de la disciplina denominada "Derecho". Para ello, nuestra propuesta implica hacer un análisis histórico crítico del término "Derecho", luego de la disciplina del Derecho, enseguida de la Comunidad Investigadora en el campo del Derecho y, concluiremos con un análisis acerca del objeto de estudio del Derecho.

SUBCAPÍTULO I: HISTORICIDAD DEL TÉRMINO "DERECHO"

1. Introducción.

El término "Derecho", en el lenguaje natural es **polisémico**, es decir no tiene un solo significado. Así por ejemplo, algunas personas acostumbran decir que tienen **derecho** a cobrar una prestación dineraria a un deudor, otros afirman que se debe andar **derecho** en alusión a tener una conducta sometida a reglas o normas sociales y morales. Otros opinan que su interés es estudiar la carrera de Derecho, en tal sentido el concepto es tomado como disciplina o ciencia.

Es por ello, que como afirma Basadre Ayulo (1997), el uso variado y cotidiano de la palabra **derecho**, hace que los juristas no se pongan de acuerdo hasta ahora en definir de modo preciso y claro este término. Y una de las razones de ello, es que este no es exclusivamente un término jurídico sino gramatical, es decir de uso popular.

Por ello para intentar delimitar el término, analizaremos su historicidad.

1.- En la época antigua:

Esta palabra tiene su origen en el lenguaje vulgar romano tardío que tuvo inspiración judeo cristiana, rastreándose de **directum**, el mismo que deriva a su vez de **dirigere** (encaminar, enderezar, dirigir) y también de **regere** (enderezar, dirigir y encaminar), pero no tuvo el alcance que le asignamos hoy ya que refleja la **noción moralizante** de que lo justo es la ruta que sigue el caminante por el camino recto.

Bajo un enfoque analítico del lenguaje, observamos que la palabra "derecho" nace como participio **pasivo**, y que por consiguiente tiene un sujeto paciente. La definición, debió generarse, pues, en el sujeto del Derecho. En su origen la palabra tuvo que tener, por tanto, el valor adjetivo de "dirigido" (sinónimos más cercanos, "regido", "guiado", "conducido"). Llegados aquí, parece inevitable tener que concluir que la primera definición de DERECHO hubo de ser: "hombre dirigido o conducido, hombre mandado", y que paulatinamente se fue trasvasando el significado del mandado a lo mandado.

Una última puntualización del análisis léxico: si hay un sujeto paciente, ha de existir un sujeto agente, aunque no esté explicitado. Y es inexcusable señalarlo, especialmente en este caso en que el significado se transfiere del sujeto paciente al sujeto agente. Está claro históricamente que en un principio el sujeto agente del derecho era el **rex** (rey), sustantivación del verbo **regere**, del que procede el adjetivo **recto** y su derivado **dirigir** con el participio pasivo en tres formas: **dirigido**, **directo** y **derecho**. Él fue el primer sujeto agente del "derecho". Aquel a quien él **dirigía**, o simplemente **regía**, iba **recto**, es decir **dirigido**, o lo que es lo mismo, **derecho**.

Observando la acepción adjetiva de la palabra "derecho", podemos acercarnos más al valor de la acepción sustantiva. El adjetivo "derecho" aplicado a cosas, tiene bien claro el significado de "dirigido". Aplicado a personas, empezó teniendo ese mismo significado. Piénsese siempre en el origen: el hombre "recto" (di-rigido) procede del hombre dominado (con un *dóminus*, es decir con un propietario), al que había que estar dirigiendo y forzando constantemente. Para el "director", (el complementario de "dirigido / directo = derecho") conseguir que el "dirigido" funcione conociendo y asumiendo el "directorio" es un gran avance. Es una mejora sustancial de su dominación.

Por otro lado, el término que corresponde en propiedad a derecho o a conceptos análogos de los que se infieren términos como “jurídico” y “jurista” que se va a usar a finales del siglo XX, se rastrea en el término **ius** el cual proviene de Roma la que es de origen indoiránico equivalente a “guiar” o “conducir”.

Etimológicamente, esta palabra es común a términos existentes en las lenguas celtas y germánicas: así aparecen los de **right** en inglés; **recht** en alemán, y **ret** en escandinavo. Posteriormente se va a incorporar la voz **directum**, de la que derivan derecho en castellano, **direito** en portugués, **droit** en francés, y **diritto** en italiano.

Según Terán P. Milagros, en su artículo “Una aproximación a la concepción romana del Derecho” (2007), afirma que, **ius** es un concepto y término latino antiquísimo y aunque puede decirse, desde un punto de vista etimológico, que nuestra palabra Derecho se corresponde con la latina *ius*, sería más acertado señalar que éste fue desplazado por el término **directum**.

Y más bien, las lenguas romances derivaron de él su principal término jurídico: *derecho*, mientras que *ius* no se conservó más que en sus derivados o compuestos.

Lo dicho no deja de ser bastante significativo, porque evidentemente, el que **ius** no pasara a la lengua castellana contrasta notoriamente con la pervivencia de otras voces latinas derivadas de aquella, y que son de uso constante en nuestra lengua, como: *iudicare*, *iudicium*, *iudex*, *iurisdictio*, *iustitia*, y *iustum*, por otra parte (y no menos significativo) pese a haberse desplazado *ius* por Derecho, de ésta última voz no ha derivado ninguna otra para expresar lo que expresan los derivados de *ius* que acaban de señalarse.

Así tenemos que en Roma se usó este término para precisar el lugar donde se ejecutaba un proceso. En tal sentido, **ius** vendría a ser según este criterio, el lugar o el acto de administración de justicia o de pronunciar derecho cuando surgían conflictos y se dirimía la contienda. Por ello algunos sugieren que el uso del término **ius** tiene su origen cuando empezaron a operar los tribunales

de justicia para solucionar los conflictos y sancionar los delitos cometidos. Esta sería la razón por la cual el notable jurista Rudolf Von Ihering, citado por Basadre Ayulo (1997), identificó Derecho y la función de justicia como sinónimos.

El uso del término **derecho** llegó a aplicarse después no sólo a la decisión judicial sino a los preceptos o fórmulas que se utilizaban para establecer los fallos. Y de acuerdo con estas nociones debemos destacar que del vocablo **ius** existe la derivación de un verbo que es **iurare** o juramento, que tuvo otro significado diferente al que le asignamos hoy: era el de repetir la fórmula ritual pronunciada que le otorga fuerza vinculante e imperativa a un acto determinado.

Ius era una fórmula ritual que debía ejecutar la persona que ha prestado el juramento, es decir quien expresa la fórmula que se denominó **ius iurandum** a favor de quien pronuncia el **ius (praeit verbis)**, enuncia el contenido de su comportamiento. Por tanto, el término **ius** contiene una fuerte dosis moral y religiosa y a su vez relevantemente jurídica por el que las cosas deben tener los efectos que se pretenden tener.

El **ius** tiene que ver con la conducta humana creada y protegida por el hombre y está contrapuesta al **fas** que es materia de los dioses.

Posteriormente, los romanos, talentosos en el difícil y laborioso arte de hacer Derecho y aplicarlo al caso concreto, utilizaron el término **ius** para comprender todo el orden jurídico, es decir, la fijación de las disposiciones o preceptos (**praecepta**) dictados para un pueblo (**ius civile proprium romanorum**).

Los romanos no hicieron una distinción teórica entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, pero la voz latina **ius** era utilizada preferentemente como norma obligante. También se aplicó este término a una parte del derecho fragmentado con fines didácticos (**ius publicum e ius privatum**) o en un concepto de ordenamiento in integrum como el **ius honorarium** y el **ius belli**. Esta utilización del término **ius** tiene aplicación moderna y contemporánea. **Ius es derecho**. Y de allí se exhuman históricamente las palabras Droit Romain, Recht en Volckrecht; Law en Roman Law o Civil Law, diritto y direito, etc. **En el**

uso de esta palabra está comprendido el derecho objetivo y no el subjetivo.

El uso verbal y escrito de la palabra **ius** comprendió los derechos que son atribuidos a una persona (**iura**). Ius es el derecho e **iudicium** viene a ser la declaración de lo que es ius. Como dice un gran profesor romanista: Alvaro D'ors (1963), el ius es el objeto pero también el resultado. Así por ejemplo, rastreadremos el **ius connubi** que es el derecho a contraer matrimonio adquiriendo una sinonimia con **facultas** y **potestas**, que viene a entenderse como la facultad para ejercitar válidamente un acto.

En sentido semejante se usó el término **ius** para fijar el estatuto personal de una persona, como fue el caso de **sui iuris** y **alieni iuris**, cuando un individuo actúa por derecho propio o por la representación que le confiere otro o está bajo la dependencia de otra persona, como en el caso de la curatela o tutela.

El término **ius** equivale a los principios fundamentales de la vida humana. Se contrapone a **lex** que es una manifestación o derivación del ius. La lex genera al ius, pero está bajo su tutela y órbita ya que era el producto del **ius dere** del jurista.

En base a lo antedicho, se deduce que el término “derecho”, ha estado asociado al término “ius”, así como al término “directum” y su evolución histórica ha sido cambiante, lo cual se prueba desde sus antecedentes etimológicos que vienen a incidir en la forma de exposición de las reglas de lo que el hombre debe hacer compulsivamente como sinónimo de Derecho. En cambio, en su origen gramatical, el **ius** significa “fórmula de conformidad” y ha tenido varias derivaciones prácticas.

2.- En la época contemporánea:

Escribe Basadre Ayulo (1997), que la utilización del **ius** en el mundo actual, tiene dos proyecciones en cuanto a su comprensión: una de estas vendría a ser el conjunto de normas e instituciones que son impuestas por coacción a una comunidad y, la otra comprende las facultades que tiene un sujeto. Al primero se le conoce como derecho objetivo y es equivalente a regla o norma (**lex ius- regula**), y, al segundo se le denomina derecho subjetivo (**facultas**) para precisar el poder o la prerrogativa que pertenece al sujeto.

El Derecho, pues, tiene un doble carácter dentro de la enunciación de nociones varias. En el primero de estos conceptos viene a significar el aprehender las normas que han sido y son impuestas, históricamente, por la autoridad del Estado, las que establecen una regla de conducta humana mandatoria y no facultativa (este sería el Derecho objetivo que contiene las normas jurídicas de acatamiento obligatorio e irrecusable). En cuanto a la noción subjetiva del derecho, los romanos le daban el nombre de **norma agendi** al derecho, o a la facultad de la persona.

Por lo dicho, se colige que el concepto de derecho comprende la noción de ser un sistema ordenado y formado por el conjunto de normas impuestas por el Estado para regular la vida social de las personas, lo cual surgió históricamente como una necesidad imperiosa. Estas normas se expresan en leyes escritas o no escritas, y se fijan con la máxima claridad posible en códigos.

Por último, este breve recorrido histórico, nos muestra que el término “Derecho” no ha seguido una sola línea de significación, sino mas bien a diferencia de otros términos referidos a disciplinas filosóficas o científicas, este término, ha tenido una semántica sinuosa; derivado tanto de la etimología de **directum** (encaminar, enderezar, dirigir) cuanto del **ius** (guiar, conducir), siendo este último término el que más ha sustentado la significación moderna del Derecho.

Adicionalmente, hoy en día, mas allá de la aparente tautología, el término Derecho, se utiliza indistintamente para nombrar a la supuesta ciencia y a su objeto de estudio, de modo tal que el Derecho como pretendida ciencia, no es otra cosa que la disciplina que estudia el derecho.

SUBCAPÍTULO II: HISTORICIDAD DE LA DISCIPLINA Y, DE LA COMUNIDAD INVESTIGADORA DEL DERECHO.

Entendemos como tal, la evolución pre-sistemática y sistemática que ha tenido la disciplina del Derecho; así como la Comunidad investigadora que viene a ser el conjunto de personas que históricamente han estado dedicadas a la labor de investigación y producción de principios, conceptos, categorías, hipótesis, leyes, teorías y/o modelos científicos en el campo del Derecho. En otros

términos son aquellos que han contribuido al desarrollo de una racionalidad jurídica.

El abordaje de estos temas implica hacer un recorrido histórico acerca de cómo ha evolucionado el pensamiento jurídico desde la antigüedad hasta ahora.

Aquí queremos trazar una ruta. Si bien admitimos que el Derecho existe como fenómeno desde que hay grupo social por mas rudimentaria que sea su organización, ello no significa que exista un pensamiento, una racionalidad estricta sobre ese mismo derecho. Será con los griegos con lo cual este se constituye en objeto de reflexión, para luego aparecer la disciplina jurídica, lo cual sucederá en Roma cuando se señalan las fuentes objetivas del Derecho, diferenciándose con cierta claridad de la moral o la religión.

Bajo el enfoque histórico crítico, debemos distinguir, pues, entre aquellos que desde el campo de la filosofía han hecho aportes relevantes, y, aquellos que contribuyeron de modo directo a la construcción de una racionalidad científica acerca del Derecho.

1. Aportes teóricos más relevantes desde el campo de la Filosofía:

1.1. En la Antigüedad:

Afirman Aftalión, E. y Vilanova, José (1994), que en todos los pueblos conocidos la primera fase del control social ha sido la costumbre, la cual ha tenido una base de naturaleza religiosa o mítica. En tal sentido, la primera sanción organizada por los hombres fue la **venganza de sangre** que constituyó así la primera sanción específicamente jurídica.

Esta venganza se fundamentaba en la convicción religiosa según la cual el alma del difunto no tiene posibilidad de vengarse de quien lo ofendió si éste no pertenece a su mismo grupo o clan. Por ello, compete a sus parientes vivos cumplirla porque ellos si están al alcance del disgusto del difunto si no cumplen con esta obligación.

El Derecho, pues, tiene para el primitivo un carácter sagrado. Es más bien con posterioridad, con la aparición del Estado, cuando se produce la concentración del poder político, que el rey conserva para sí este carácter sagrado y se presenta como un Dios él mismo, como el faraón entre los egipcios o el

emperador romano. De este modo la obligación de obedecer al soberano tiene también un carácter sagrado; carácter que subsiste en gran medida hasta los tiempos modernos, como claramente sucedió en la pretensión de las monarquías absolutas, y en especial en la Francia del antiguo régimen, que reivindicaban el origen divino de la monarquía. Aún en nuestros días, el juramento que se exige a funcionarios, jueces, profesionales y testigos, pone de manifiesto la persistencia del carácter originariamente sagrado del Derecho.

Mas adelante aparece la noción de **igualdad racional**, constituida en la Ley del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”, la cual limita la venganza a la entidad del daño causado por el ofensor y cuya fórmula clásica está contenida en el Antiguo Testamento, derivada de la legislación de Hamurabi, rey de Babilonia.

1.1. El pensamiento jurídico Griego:

1.1.1. El Derecho como justicia y política en Platón.-

Es a partir de Platón en que hay un acercamiento reflexivo al fenómeno jurídico, a través de su concepción de la justicia y el papel que ocupa el Estado en la organización de la República.

Platón caracteriza la justicia en el Estado como un **equilibrio** entre los diferentes estamentos, los cuales comprenden tres clases de personas que se diferencian por su aptitud y su actividad; ellos son: los sabios, a quienes les corresponde el gobierno y la dirección de la cosa pública; los guerreros o guardianes, que cuidan la ciudad de los enemigos exteriores y de los falsos amigos interiores, y por último, los trabajadores o artesanos, quienes deben trabajar para mantener la ciudad.

Así, la justicia será una relación virtuosa entre los diferentes estamentos que constituyen la ciudad, la cual dependerá de que cada grupo realice su virtud específica: los sabios, la sabiduría; los guerreros, la valentía; y los artesanos, la templanza.

1.1.2. La alteridad y la teoría de la justicia en Aristóteles.-

Aristóteles, asume al igual que Platón, que la justicia es una virtud individual, pero además la caracterizará como **una relación entre los hombres**, con lo cual a decir de Aftalión – Vilanova (1994), aparece claramente la noción de **alteridad**, que es específica de los fenómenos jurídicos.

Con esta idea, Aristóteles desarrolla la idea de “Justicia social”, y es a partir de ello que señala **la justicia distributiva y la justicia conmutativa**. Por la primera, se le asignará más, menos: premios, honores, etc., a aquel que tiene más, menos mérito. **Lo justo así consiste en dar acorde al merecimiento de cada uno**. Del mismo modo, es proporcional que el que posea mucho, tribute mucho, y el que posea poco, tribute poco. Esta igualdad, Aristóteles la denomina como “proporción geométrica”.

La justicia conmutativa o sinalagmática, en cambio, **no se da como una igualdad entre personas sino entre cosas**. Ello se da en los cambios, en los contratos, exigiendo que el valor de lo que se entrega sea igual al valor de lo que se recibe (proporción aritmética). Aquí también se incorpora a la justicia penal, que él entiende que debe haber una igualdad entre la magnitud del delito y la magnitud de la pena, lo cual fue una tesis básica para toda la escuela clásica del Derecho penal.

Por lo dicho, Aristóteles destaca en lo jurídico por haber señalado la característica de la alteridad en el tema de la justicia y, por haber desarrollado el concepto de igualdad o proporción, lo que quedó incorporado de manera definitiva a la teoría de la justicia.

1.2. El Derecho en Roma.-

La constitución de la disciplina jurídica en Roma, fue posible porque aparecieron gradualmente fuentes objetivas del derecho sobre lo cual hubo un pensamiento sistemático de parte de los juristas romanos. Estas fuentes fueron: las costumbres, la ley, el edicto del Pretor y la opinión de los jurisconsultos.

La vida del pueblo romano estaba regida en sus primeros tiempos por la costumbre, las mores maiorum, que venían de tiempo inmemorial. En el año 304 a.n.e., surge la Ley de las XII tablas.

Luego, el llamado **ius edicendi** fue una de las principales fuentes del Derecho romano, el cual consistía en una declaración del magistrado. Lo cual se llamaba “edicto del Pretor” y derivaba de las facultades que él tenía de dictar normas obligatorias dentro del límite de sus atribuciones.

Como la pluralidad de magistrados dió lugar a incoherencias entre los diferentes edictos y en especial por la dificultad de los mismos en recopilar los edictos anteriores para componer el propio, el pretor Salvo Juliano redactó el “edicto perpetuo” conservando las reglas vigentes, suprimiendo las que habían caído en desuso y agregando en cuerpo aparte el “edicto de los ediles”.

Esta obra fue confirmada por el emperador Adriano, con lo cual se constituyó en un cuerpo normativo permanente que ejerció una gran influencia en la transformación del procedimiento civil y la organización judicial.

Ya en el Bajo Imperio aparecen las primeras compilaciones de las **leges** (constituciones imperiales). Un jurisconsulto, Papirio Justo, inició esa tarea. Posteriormente aparecen los “códigos” Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, que son los principales antecedentes del Corpus Iuris Civilis de Justiniano.

La obra de Justiniano- que subió al trono en el año 527 d.n.e.- fue monumental. Él sistematizó el contenido de plebiscitos, senado consultos, edictos de los magistrados, obras de los jurisconsultos y constituciones imperiales que, en muchos casos, se remontaban a siglos anteriores. Ellas fueron agrupadas sistemáticamente en el Código, el Digesto, las Institutas y las Novelas, conjunto que posteriormente recibió la denominación clásica de **Corpus Iuris Civilis**.

El surgimiento de esas fuentes objetivas del derecho y el estudio de las mismas, implicaría, a decir de Tamayo y Salmorán (1986), el surgimiento de la ciencia jurídica.

1.3. El Derecho durante la Edad Media.-

Durante esta etapa el estudio del derecho romano fue prácticamente abandonado. Reviviendo a partir del siglo XII con la fundación de la Universidad de Bolonia. En ella va a nacer encabezada por Irnerio la escuela de los **Glosadores**, así llamados porque encabezan con notas o glosas marginales o interlineales el Corpus Iuris Civilis Romano. Producto de ello fue la publicación de una compilación: La Glosa grande, redactada por Accursio, la que al eliminar el estudio directo de las fuentes, inició un momento de decadencia.

Luego vendría la escuela de los **posglosadores** con Bártolo de Saxoferrato, Baldo y Cino en el siglo XIV, quienes bajo el influjo del Derecho romano, elaboraron en realidad un derecho nuevo.

Mas adelante, el Renacimiento haría despertar el interés por las expresiones del espíritu clásico en sus fuentes originales, tratando de reconstruirlo en su verdad histórica, recurriendo para ello a los datos derivados de la historia, la filología, etc. Este movimiento de jurisconsultos filólogos tuvo por precursor al italiano Andrés Alciato, y se desarrolló sobretodo en Francia con Jacobo Jucacio y Hugo Doneau, cuyos estudios suelen citarse como antecedentes de la escuela histórica del derecho que nace en Alemania a principios del siglo XIX.

Todo este desarrollo se dió, pese al abuso de la concepción escolástica, principalmente Tomista, que planteaba un pensamiento especulativo y metafísico acerca del ideal jurídico (derecho natural), la cual no fue apta para constituir una racionalidad científica ya que sus especulaciones se apartaban de los hechos reales, de las relaciones humanas, en suma, del derecho positivo.

1.4. La constitución de la racionalidad jurídica en la Modernidad.-

1.4.1. En Inglaterra: El Common Law

En el siglo XIX, en Inglaterra no existía un hecho determinado – tal como la recepción del Derecho romano en Alemania o la sanción de los códigos en Francia – que permitiese derivar de él todo un sistema de leyes, aceptándolo

dogmáticamente y concretando así en dichas leyes la dirección iuspositivista impresa.

De Inglaterra cabe afirmar que es el país en que mejor se cumplían los postulados y los ideales de la escuela histórica: el derecho inglés surgía de toda su historia, vivía en el “espíritu del pueblo” con formas e Instituciones propias, primero en las costumbres y luego en los estrados de los tribunales independientemente de toda legislación estatal.

No un hecho determinado sino toda la historia de la nación inglesa permitía comprender en su origen y evolución, paso a paso con las transformaciones sociales, las Instituciones propias de su derecho. El common law no deriva de acto estatal, cual es la legislación; no existe para ese derecho un acto formal de producción centralizada por un órgano determinado. Los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares y, en última instancia de los antecedentes mas remotos. El derecho consuetudinario judicial, sigue así, teniendo una importancia mayor que la del legislador.

De los antecedentes referidos surgió en la doctrina inglesa, mas que una escuela jurídica propiamente dicha, una actitud muy peculiar, acuñada ya en el siglo XIX y que constituye **el historicismo**, el cual fue muy adecuado a la modalidad tradicionalista de Inglaterra y que se mantiene hasta hoy.

En el desenvolvimiento de este pensamiento debe mencionarse en primer término, al gran juez inglés Sir Edward Coke (1552-1634), que fijó las líneas fundamentales del common law, del pensamiento historicista y, a la vez, sostuvo la supremacía del Derecho natural. Sir William Blackstone(1723-1780), en su obra “Comentarios sobre las leyes de Inglaterra”, añadió al pensamiento de Coke la doctrina sobre la supremacía del Parlamento, la cual resultó siendo integrada.

1.4.2. La constitución de la racionalidad jurídica en Alemania.-

Casi simultáneamente en Alemania y Francia, en los primeros años del siglo XIX, se abandonan los planteamientos iusnaturalistas y tiene lugar lo que Aftalion- Vilanova (1986), denomina “la fundación de la ciencia jurídica

moderna mediante estudios referidos fundamentalmente al derecho positivo” (p.258).

Es, Federico Carlos de Savigny, el representante máximo de la escuela histórica, quien enfila sus estudios al derecho romano, vigente entonces en Alemania, señalando que es necesario dirigir la mirada hacia la historia para encontrar allí el objeto sobre el que debe versar el conocimiento jurídico.

La moderna disciplina del derecho nace así tanto en Francia como en Alemania, bajo el signo del iuspositivismo, en el sentido de que deja de lado la problemática iusnaturalista y dirige su interés a manifestaciones históricas tales como las Pandectas Justinianas y el código napoleónico. Este signo se conserva en todos los desarrollos posteriores y domina el pensamiento jurídico universal hasta nuestros días.

1.4.3. La Dogmática jurídica.-

Bajo el nombre de “Dogmática”, se pueden abarcar aquellas direcciones de la disciplina del derecho que arrancan de la escuela histórica e imperan en Alemania e Italia hasta nuestros días. La culminación de la Dogmática se lleva a cabo por la denominada “Jurisprudencia de conceptos”, que representa el desarrollo pleno y unilateral de los supuestos contenidos en la posición dogmática. Contra esa exageración se han elevado precisamente las voces de las escuelas propiamente modernas (jurisprudencia de intereses, escuela de derecho libre, etc.). Sin embargo la dirección Dogmática, si bien no en la posición extrema de la “jurisprudencia de conceptos”, sigue siendo el común denominador general del derecho en los países de Europa continental, de derecho escrito y tradición romanista, llegando con este carácter hasta nosotros y en general a Latinoamérica.

Para la Dogmática, el derecho son las normas positivas, la ley no es mas que una especie dentro de las normas, aquí la tendencia iuspositivista se pervierte al ver el derecho en las leyes o normas generales desentendiéndose de su aplicación, apartándose de este modo de la vida social, de las relaciones humanas en que encarna el Derecho como realidad. Algo semejante sucederá con la escuela Francesa de la exégesis.

1.4.4. La escuela de la exégesis en Francia.-

Nació en Francia con motivo de la codificación napoleónica del derecho privado y tiene un largo desenvolvimiento durante todo el siglo XIX, perdurando en algunos representantes hasta la actualidad. Para esta escuela el Derecho es la ley escrita. Lo que para los glosadores era el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, fue para los exégetas el Código Napoleón. La exégesis consiste en el estudio directo, principalmente analítico, de los textos legales.

Como consecuencia de esta posición: 1º) Se niega todo valor de derecho a la costumbre, 2º) Se niega al juez toda labor creadora (debiendo limitarse por vía de un razonamiento deductivo a aplicar el derecho que ya está en la ley, 3º) Se circunscribe la acción del jurista como intérprete a sacar las consecuencias que lógicamente ya están incluidas en los textos legales y, acudir en caso de necesidad, a la intención del legislador, como último recurso para suplir la oscuridad o deficiencia del texto legal. Aquí los conceptos tienen un sentido eminentemente psicológico a diferencia de la escuela dogmática alemana que los conceptos tienen un sentido eminentemente lógico.

Se distinguen 3 periodos en la escuela de la exégesis: **fundación** (1804-1830), **apogeo** (1830-1880) y **decadencia** (1880-1900). Representantes del primero son: Delvincourt, Proudhon, Toullier, Melville; del segundo período a Duranton, Aubry y Rau, Marcadé, Laurent, Troplong; y del último período a Braudry-Lacantinerie y a Guillouard, sin olvidar a Pothier, preexégeta, verdadero precursor del pensamiento jurídico francés moderno y a Demolombe, que figura como uno de los mas grandes maestros de la escuela.

1.4.5. La escuela de la jurisprudencia de intereses.-

Rudolf von Ihering, después de haber estado ligado a la escuela histórica y luego a la Dogmática, incorpora al derecho la noción de finalidad (teleología), con lo cual surge el método teleológico, recibiendo el nombre de jurisprudencia de intereses en la cual están; Max Rumelin, Felipe Heck, Schwinge, Grunhut.

Aparece en oposición al conceptualismo, para aproximar el derecho a la vida. Plantean que la verdadera materia jurídica, en derecho privado **es el interés de los particulares**. Los intereses son económicos, artísticos, científicos, etc. En su manipulación de las normas y conceptos jurídicos, el jurista no debe

desentenderse de los resultados a que conducirá su interpretación; antes bien su misión consiste en un cálculo de los intereses en conflicto.

1.4.6. El movimiento del derecho libre.-

En el siglo XX se extiende la reacción general contra los postulados y los métodos de las escuelas clásicas dogmáticas iniciada en el siglo anterior.

Este movimiento exhibe como denominador común el postulado de que el derecho no se limita a las normas dadas por el legislador o autoridad determinados (Estado). Se admite a la ley o la norma estatal como fuente de derecho, pero junto a ella, o aún por encima de ella, se colocan factores naturales o sociales que el jurista debe tener muy en cuenta.

Aquí lo característico es la caída del dogma estatista, y por lo tanto del positivismo legalista exegético (el derecho es la ley), y en términos generales del positivismo racionalista, dogmático (el derecho son las normas emanadas por el Estado).

Representantes de este movimiento, son Francois Geny, Thaller, Saleilles y Planiol en el derecho privado y, a Eismen, Michoud, Hauriou, Barthélemy y Geze en el campo del Derecho Público.

De aquí hacia delante, se puede afirmar que se sientan las bases de una definición del Derecho, en el sentido de que es una disciplina con científicidad cuyo objeto es el hecho jurídico, apoyándose en otras Ciencias como es el caso por ejemplo de la Sociología. A su vez, a partir de aquí, ya no serán sólo autores aislados e intermitentes los que contribuirán en el aspecto teórico y práctico al desarrollo del derecho, sino lo más importante serán Corrientes y Escuela jurídicas; tales como las mencionadas.

En consecuencia, queda demostrado históricamente que la disciplina del Derecho ha pasado por dos etapas: a) La pre-sistemática, que está asociada al pensamiento mitológico de la comunidad primitiva y, al pensamiento filosófico griego cuyo eje es el tema del Poder político y la justicia y, b) La sistemática, que se inicia con el Derecho romano y continúa actualmente con las corrientes y escuelas jurídicas que van produciendo teorías jurídicas. Se prueba asimismo, que ha existido y existe una Comunidad jurídica encargada de establecer un análisis racional acerca del hecho jurídico.

SUBCAPÍTULO III: EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO

1. Facticidad del objeto:

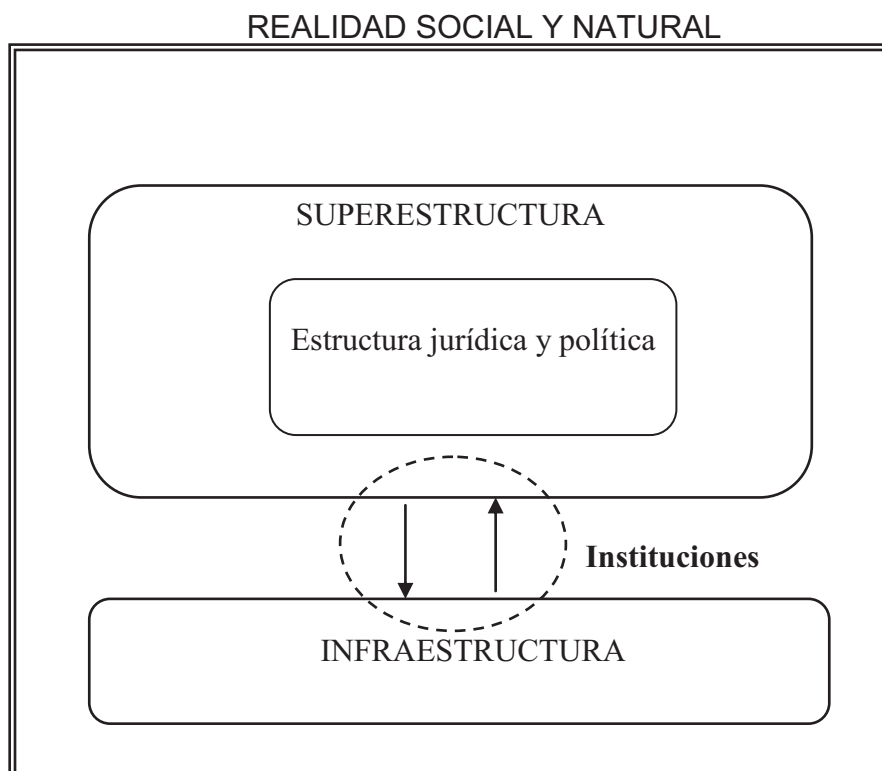
Entendemos por ello, al objeto de estudio de una disciplina, **concretizado y materializado de modo empírico**, de forma que pueda ser estudiado objetivamente. Como tal, la sola mención que el objeto de estudio del Derecho es lo jurídico, no nos dice nada de por sí, porque ésta no es tangible sino a través de: la **realidad jurídica y el fenómeno jurídico**.

a) La Realidad jurídica:

Está dada por el conjunto de manifestaciones jurídicas tanto a nivel oficial como espontáneo, que se da dentro de una sociedad determinada (Sociedad mundial, Sociedades regionales: Europa, Asia, África, América..., Sociedades Nacionales: Perú, Bolivia...). En otros términos, es la **forma** cómo se expresa el proceso de interacción y convivencia social a través de normas tanto de carácter consuetudinario como positivas; en una realidad socio histórica, en una formación social: primitiva, esclavista, capitalista, socialista.

El Derecho como realidad forma parte de la superestructura de una sociedad y está determinada de una u otra forma por las relaciones económicas, de poder político e ideológico, a nivel estadual, principalmente.

He aquí la modelación de lo afirmado:



b) El fenómeno jurídico

La realidad del Derecho no se agota en su eficacia normativa: El fenómeno jurídico constituye una estructura compleja y pluridimensional en la que coexisten varios aspectos imprescindibles.

El Derecho es una realidad constitutivamente tridimensional que se manifiesta y actúa a un mismo tiempo como hecho, como norma y como valor.

b.1) Dimensión fáctica (como hecho):

Uno de los rasgos primarios del Derecho es el de ser resultado o producto de la creatividad humana: El Derecho nace y existe como una realidad inevitablemente inscrita dentro del marco histórico de la vida humana.

Esta vinculación del Derecho a la estructura social es obvia. Y en su natural pertenencia a la trama de la vida social tiene, para él, tres consecuencias importantes:

- La simple coincidencia existencial con todos los demás hechos sociales.
- La inclusión dentro del campo de acción de los factores determinantes, en cada momento, la vida colectiva y la consiguiente influencia que esos factores proyectan.
- Su configuración es un hecho social bastante peculiar.

Lo más característico del Derecho es ser un producto de la necesidad humana de vivir. Y en esa medida es un hecho que se constituye y se define por el destino o finalidad social a que se orienta.

Consecuentemente, cuando la reflexión humana intenta dar explicación al Derecho ha de detenerse en su dimensión fáctica, de modo que el saber o conocimiento jurídico resultante, incluya una amplia sección o apartado de corte estrictamente histórico fáctico.

b.2) Dimensión normativa:

El Derecho que, en algunos aspectos coincide ampliamente con los demás hechos o fenómenos sociales, tiene también otros rasgos bastante peculiares: A diferencia de una mayoría de hechos sociales, el Derecho se caracteriza ante todo por actuar en la vida social con la pretensión de implantar una determinada **ordenación** sobre el sistema de relaciones: Por intentar reglamentar de una determinada forma y en un determinado sentido, una gran parte de las conductas sociales de los hombres.

Por eso se afirma que el rasgo más acusado del Derecho es el de ser y actuar como norma, como regla, como directriz de conducta. El Derecho es, por encima de todo, un principio activo de la organización social, de carácter regulativo que asume la pretensión de determinar la orientación que va a presidir el desarrollo de varias áreas del comportamiento de los sujetos sociales.

Consecuentemente, el saber o conocimiento jurídico ha de preocuparse también de delimitar y explicar el alcance normativo de las reglas del Derecho: Ha de desarrollarse como un conocimiento, un saber que trata de la explicación de las leyes jurídicas en cuanto que son normas de conducta y actúan como tales en el seno de la organización social.

b.3) Dimensión valorativa:

La referencia a valores es también una tensión o dinamismo interno del que el Derecho no puede prescindir. La funcionalidad primordial del Derecho, es la satisfacción, mediante la ordenación reglada de las relaciones sociales, de una serie de necesidades con que la vida humana choca en el proceso de su desarrollo dentro de la sociedad. Pero ocurre que la propia estructura de las necesidades humanas de convivencia llega a exigir que esa funcionalidad originaria del Derecho se lleve a cabo a través de la referencia a unos valores o criterios orientadores: La existencia de cualquier norma jurídica se apoya siempre en una precedente selección valorativa de las conductas que deben ser cumplidas o evitadas. Cuando la norma jurídica impone la realización de un determinado tipo de conducta es porque el sujeto social que crea esa norma, considera tal conducta más valiosa que todas las otras posibles.

En el origen de toda norma jurídica hay siempre un juicio de valor formulado por su autor, basándose en unos principios reconocidos como factores determinantes de la legitimidad o justificación de esa norma.

El sentido y la función directiva de ese hecho social que es el Derecho, se basan en el dato de que las reglas jurídicas intentan implantar un determinado orden social frente a otros órdenes posibles.

La propia existencia del Derecho positivo apunta hacia la presencia, más allá de ese Derecho positivo, de unos principios o criterios de valoración. Consecuentemente, si el conocimiento jurídico quiere acceder a una captación fiel y comprensiva de la realidad global del fenómeno jurídico, ha de asumir también la perspectiva adecuada para el análisis de la dimensión valorativa del Derecho.

b.5) La unidad de las dimensiones del Derecho:

Las 3 grandes dimensiones (fáctica, normativa y valorativa) presentes en la compleja realidad del fenómeno jurídico, pueden dar pie al desarrollo de 3 diferentes puntos de vista en el análisis del Derecho, originándose así 3 distintas líneas de saber jurídico. Tales dimensiones no subsisten en el Derecho de forma independiente y desvinculada, sino que coexisten en una realidad existencial que es única : La realidad concreta y coherente del Derecho histórico de cada pueblo. Son 3 dimensiones que se hallan unidas entre sí con fuerza inescindible y que no pueden dar pie a la independencia total o a la separación tajante entre las diferentes líneas de estudio que se originan en esa tridimensionalidad existencial del Derecho.

Así, cuando se estudia el Derecho en su dimensión fáctica, no puede olvidarse que el aspecto más característico de ese fenómeno es su función normativa y su orientación hacia unos valores éticos determinantes. Y, correlativamente, cuando se analiza el derecho desde el aspecto de la normatividad ó de la orientación a valores, hay que tener presente que se está ante un código de conducta históricamente circunscrito, ante un sistema de reglas o principios de acción cuyo sentido último viene dado por el marco político-social dentro del que opera.

Resumiendo, la facticidad del objeto de estudio del Derecho, se concreta a través de la **realidad jurídica**(conjunto de manifestaciones jurídicas espontáneas y oficiales que se dan en un contexto histórico determinado), el **fenómeno jurídico** que comprende tres dimensiones que interrelacionan formando una unidad como son: el hecho, la norma y el valor jurídico.

2. Origen del Derecho.

Es corriente que el complejo mundo de la justicia actual nos induzca a creer que el Derecho positivo, es decir, el conjunto de normas que rige la conducta de los hombres de una colectividad, es una creación reciente.

Lo cierto es, sin embargo, que sus primeras manifestaciones habría que rastrearlas en los oscuros tiempos de la prehistoria, en la forma en que nuestros lejanos antepasados hicieron valer sus derechos, **unas veces a partir de la reciprocidad en sociedades regidas por parentesco, otras por mandato de los ancianos de la tribu o el clan y otras por imperativo divino.**

En tal sentido, se vislumbran dos rasgos esenciales (por lo investigado anteladamente) que caracterizan el Derecho positivo que conocemos de todas las épocas: a) la aceptación por parte de la colectividad de la necesidad de adecuar la conducta de sus miembros a un conjunto de prescripciones que obliguen a todos y, b) el surgimiento de un poder sancionador que dispone de la facultad de coerción sobre aquellos que las transgreden.

Por otro lado conviene insistir, para precisar mejor su verdadero contenido y alcance, que el origen del derecho es fundamentalmente **social**. En breve, si bien las normas básicas del orden jurídico son de **origen moral**, adecuadas a la naturaleza humana y a la razón, las reglas más numerosas del derecho son **obra de la sociedad**, emanadas de los organismos competentes, y destinadas a orientar la vida humana en la forma más conveniente al bien común.

Esto se explica fácilmente al reconocer la naturaleza social de los seres humanos, que tienen forzosamente que vivir en comunidad para satisfacer sus necesidades de todo orden. Pero el Derecho no se fue estableciendo únicamente para señalar la actuación de cada uno en el vasto campo de las

relaciones sociales, para poner límites y vallas a las tendencias preponderantes de algunos o para indicar cuáles son los actos permitidos y los que se prohíben bajo pena de sanciones. Fue y es también un eficaz sistema que influye decisivamente en la conducta humana.

Si el Derecho influye en el desarrollo de las personas y de la colectividad, la vida social a su vez determina la creación y las transformaciones del orden jurídico. Los factores religiosos y morales impregnan las costumbres y tradiciones de los pueblos, obligando a los legisladores a tenerlos en cuenta para adecuar su obra a los sentimientos colectivos.

Ninguna comunidad puede apartarse totalmente de las creencias religiosas y de la moral que deriva de ellas. Si bien todos los sistemas jurídicos antiguos y modernos han tomado en consideración ese fundamento espiritual, debe destacarse el cristianismo como el que en forma más completa y coherente supo orientar el desenvolvimiento de las sociedades humanas.

Cuando los movimientos sociales y políticos obedecen no a factores personales, sino a corrientes de opinión pública, estas ideologías determinan cambios más o menos profundos en el derecho.

Las tendencias que llegan a prevalecer tratan de transformar la estructura del gobierno, las condiciones sociales, y aún el Derecho privado, para adecuarlo a los propósitos que persiguen o simplemente a sus impulsos doctrinarios.

Los factores económicos tienen también, sobre todo en el derecho privado, una importancia capital. Las obligaciones civiles y comerciales, los derechos reales, las sucesiones, el derecho del trabajo, etc., están destinados a regular sobre la base de la justicia un complejo de intereses que es menester distribuir y reconocer teniendo en cuenta el bien común.

Existe entre el orden jurídico y la economía una influencia recíproca que determina sus transformaciones respectivas. Así como el derecho constituye el marco dentro del cual se desenvuelve la actividad económica, así también los cambios que se operan en esta última obligan a crear o modificar las normas jurídicas para adecuarlas a las nuevas necesidades.

No siempre, sin embargo, el derecho se somete o se pliega a las tendencias económicas; a veces pretende también modificarlas, para evitar las consecuencias perjudiciales que ellas pueden acarrear a la colectividad.

El derecho debe organizar un equilibrio, un orden justo en las relaciones derivadas de la producción, circulación, reparto y consumo de las riquezas, y en las que se producen entre el capital y el trabajo, a fin de dar a cada grupo o clase social lo que en justicia le corresponde, procurando la concordia y evitando la lucha entre esos grupos.

De la forma en que se organice el orden que busca el derecho dependerá, en muchos casos, la tranquilidad de todos. Ya que según el principio de plenitud hermética del derecho, éste es pleno, no reconoce ni admite lagunas, es un todo homogéneo, coherente y completo, cuyo fin es el bien común, la justicia y la seguridad jurídica de la colectividad.

2.1. Antecedentes históricos de la Dogmática jurídica.- Podría decirse que la dogmática jurídica, llamada también jurisprudencia en la acepción clásica de esta última, encuentra un antecedente remoto en la escuela de las glosas y uno próximo en la escuela histórica. Desde los glosadores, y su actividad que separan los trabajos de gabinete de los de la praxis, se perfila el estudio de la jurisprudencia hasta alcanzar el estado actual en la consolidación como dogmática jurídica.

Asimismo, es de destacar un cierto paralelismo entre la misma y la escuela francesa de la exégesis, dado que para ésta última el derecho viene a estar identificado con la ley, entendida como el conjunto de normas positivas, a pesar de ser catalogada como una especie dentro de las normas. Por su parte, la escuela histórica, a mediados del siglo XIX, desembocaría en un formalismo conceptual, la jurisprudencia de conceptos, que presta mayor atención a los preceptos jurídicos inscritos en la ley que a las estructuras sociales destinatarias de los mismos. Se extiende la idea que una norma jurídica o enunciado resulta válido si es compatible, a nivel lógico, con el resto del sistema.

Savigny, fundador por excelencia de la llamada escuela histórica del derecho, logró comparar al derecho con la geometría, aplicando cierta metodología deductiva como lógica formal en su obra "Tratado de la posesión". El posterior desarrollo del método se perfiló concibiendo en la labor del jurista una operación de cálculo en la cual los factores vienen a estar dados por los conceptos jurídicos. Pasado el tiempo, la dogmática jurídica empieza a constituirse a manera de denominador común de la ciencia jurídica contemporánea en los países en donde rige el sistema romano germánico, al punto que su objeto de investigación es precisado en el conjunto de normas jurídicas válidas en determinadas sociedades humanas, versando por tanto su investigación sobre ese tipo de normas. En ese sentido, se manifiesta actualmente que la misión de la dogmática jurídica consiste en realizar sistematizaciones de las normas e interpretaciones de las mismas con el fin de esclarecer su contenido.

En resumen, el origen del derecho se remonta a la sociedad primitiva, a partir de las relaciones sociales entre los hombres, regulados por las costumbres morales, las cuales tienen un carácter mítico- religioso, y el surgimiento de la dogmática jurídica se remonta a la edad media con la aparición de los glosadores.

3. Sobre la objetividad del Derecho

Desde el lado de la filosofía positivista se cuestiona la objetividad del Derecho y en general a todas las disciplinas del saber social y cultural. Para ello se toma como modelo de referencia a las ciencias naturales, las que estando fundadas en hechos pretenden ser generalizadas a otras áreas del conocimiento, entre las cuales se encuentra el Derecho, porque la objetividad del conocimiento se concibe estrechamente relacionada con la distinción y distanciamiento entre el sujeto y el objeto de la investigación.

Como las llamadas ciencias sociales tienen por objeto el estudio del comportamiento o instituciones humanas, se produciría una proximidad entre el sujeto y el objeto, puesto que el ser humano sería a la vez objeto y sujeto de la

investigación, con la consecuente problematización de la respectiva objetividad en el conocimiento, lo cual a su vez determinaría que algunos actualmente como Bunge, Mario(1997), consideren que las ciencias humanas tienen un grado de cientificidad menor que el que se da en las ciencias naturales y formales.

Respecto a las posiciones que niegan la cientificidad del derecho, Alzamora Valdez, Mario(1987), indica que cometen dos errores, pues toman como modelo de ciencia a las matemáticas y a las ciencias naturales, y consideran que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas, cuando en el Derecho, conjuntamente con factores particulares y cambiantes, existen otros esenciales y permanentes que constituyen su verdadero fundamento, el objeto de ciencia en el sentido clásico de este concepto.

En esa medida, la falta de objetividad se encuentra referida a los parámetros de objetividad que se maneja en las ciencias naturales y exactas. Sin embargo, el positivismo ya ha sido superado actualmente por una concepción de ciencia más abierta a otros campos del conocimiento, y han surgido nuevos paradigmas, al punto que el signo de los tiempos nuevos viene a ser nada menos que los estudios interdisciplinarios.

4. Sobre la delimitación del objeto

Este aspecto se dirige a los niveles de concreción del objeto de estudio del Derecho; esto es, el problema de la **facticidad de su objeto**. Frente a esto, es de reconocerse que el objeto del saber de los juristas progresivamente ha ido precisándose con los aportes de doctrinarios como Kant, Savigny, Kelsen y otros. La conducta que interesa al derecho es la que procede del fuero interno de los individuos, pero es la que se plasma en los hechos de la vida práctica cotidiana.

En ese sentido, el Derecho es el regulador de la conducta externa de la persona humana, que se constituye de ese modo como el objeto de estudio del

mismo. Sin embargo, esa regulación no se agota en ese contexto aislado, sino que se completa con el cuadro de la vida humana en sociedad, y aquí surge la conexión del Derecho con las ciencias sociales, aunque, como dice Torres Vásquez, Aníbal (2001), el derecho no se agota en el hecho social, sino que abarca también **el valor, el sentimiento, como el referido a la justicia**, que todo ser humano tiene.

Se infiere, pues, que el objeto de estudio del Derecho comprende una naturaleza compleja que no se agota unilateralmente ni en la norma ni en el hecho ni en el valor, sino que **conjuga e integra a los tres en una interrelación dialéctica que tiene, sin embargo, a la norma como referente fundamental.**

Aunque la norma jurídica sea lo característico del Derecho, ella no se explica por sí sola (no debería hacerse), pues recurre a los valores y a la ideología subyacente en el grueso de determinadas sociedades, dirigiendo sus preceptos y prohibiciones a la misma sociedad de la cual parte para hacer ejercicio de su regulación a nivel del fuero externo de los individuos.

Por otro lado, uno de los temas que compete tratar en el problema de la delimitación del objeto, es acerca de la relación entre Moral y Derecho.

4.1. Moral y derecho

Con respecto a las relaciones entre moral y Derecho hay dos posiciones básicas concebibles: la tesis que vincula moral y Derecho, y la tesis que separa moral y derecho. La polémica entre estas tesis no se refiere a la relación empírica entre ambas; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre Derecho y moral.

Los argumentos para establecer la equivalencia entre moral y derecho, o bien para criticarla, han sido varios. Veremos a continuación estos argumentos, indicando primero las tesis de los defensores de la equivalencia y, a continuación, las críticas de los detractores de esta equivalencia.

4.1.1 La equivalencia entre Derecho y moral vía la justicia

Partiendo de la afirmación de que la ley es sólo una aplicación a las circunstancias de cada sociedad de una ley natural basada a su vez en la ley eterna, se infiere que, en la medida en que aquélla no derive de éstas últimas, deja de ser ley. Agustín de Hipona (1983), expresó esta posición en la siguiente fórmula: «No es ley la que no es justa». Por consiguiente, no existiría obligación alguna de obedecerla.

En la misma línea, Francisco Suárez (1992) afirma que, como toda ley es «norma de bien obrar», no puede haber conflicto entre normas morales y jurídicas. Si estas últimas contradicen aquéllas, dejan entonces de ser normas: «Es contradictorio que se dé una ley y que no obligue de forma tal que desviarse de ella sea feo y moralmente malo.

Siglos antes, Cicerón(1991, p.309) ya había afirmado en:

“Es claro que en la misma definición del término “ley” (jurídica) está implícita la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero. ¿Qué pasa con las muchas leyes pestilentes que las naciones ponen en vigencia? Ellas no merecen ser llamadas leyes más que las reglas de una banda de bandidos. Por lo tanto, la ley es la distinción entre las cosas justas e injustas hecha de acuerdo con la primera y más antigua de las cosas, la Naturaleza; y en conformidad con la pauta de la Naturaleza están estructuradas aquellas leyes humanas que castigan lo malvado a la vez que defienden y protegen lo bueno”.

En nuestros días, se afirma que en la naturaleza no existe distinción entre ser, orden y valor y si el Derecho no ha de ser una simple imposición del poder tiene que respetar la naturaleza de las cosas y extraer de ella las notas relevantes del orden justo. El respeto de la naturaleza de las cosas aseguraría no sólo la legitimidad del orden jurídico positivo sino también su eficacia.

Según los críticos de la equivalencia entre Derecho y moral, los argumentos aquí esbozados serían argumentos no racionales que provienen del lusnaturalismo y, que convierten la ciencia del Derecho en una rama de la Teología, o bien de razonamientos falaces que pretenden derivar conclusiones normativas de enunciados descriptivos. En el primer caso, sólo se ofrecen razones de fé, inaccesibles a quienes no la comparten; en el segundo, se comete una grave violación de las reglas elementales de la lógica.

4.1.2 La equivalencia entre ley injusta y ley corrupta (degenerada)

Ésta es una versión más débil de la tesis anterior y fue expuesta por Tomás de Aquino (1960): una ley injusta sería una corrupción de la ley. Las leyes injustas seguirían siendo leyes, aunque imperfectas. No son leyes *simpliciter*, en el sentido focal de la palabra, pero ello no significa que pierdan validez jurídica. La injusticia afectaría el deber moral de obediencia y podría hasta eliminarlo totalmente: «Los súbditos no están obligados a obedecerla como no sea a causa del disgusto o del peligro que hay que evitar».

Pero, su validez conservaría una especie de bondad técnica: «Si el propósito del legislador no concuerda con lo que es bueno sin más sino útil o amable para él o contradice la justicia divina, entonces la ley no hace a los hombres buenos sin más sino sólo en cierto sentido buenos, es decir, para los fines de tal gobierno. Pero, de esta manera, puede encontrarse lo bueno en aquello que es malo en sí: justamente como un buen ladrón es quien realiza su tarea consecuentemente» (*Summa theologiae*, q. 92, 443).

Según los críticos de esta tesis, aquí se introducirían criterios de validez extraños al Derecho: una norma jurídica, por más injusta que pueda ser, no deja por ello de ser válida. El hecho de que sus destinatarios la obedezcan por temor o por adhesión moral, puede tener relevancia para la estabilidad del sistema jurídico en cuestión, pero no para su calidad como orden coactivo positivo. **La validez de las normas jurídicas no es una cuestión de grado, como podría ser la de su eficacia. Una norma jurídica o es válida o no lo es.** Sería un sin sentido decir que es más o menos válida. Además, introducir criterios de moralidad para determinar el supuesto grado de validez del derecho significaría desconocer la naturaleza misma de la moralidad:

Puede decirse que la moralidad “trasciende” la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, la moralidad no puede nunca ser totalmente incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del Estado. Para poder funcionar como una pauta mediante la cual es juzgada la corrección de la ley, los principios morales no pueden convertirse en derecho positivo. Si así fuera, ello sería el fin de la moralidad (Von Wright, G.H. (1971) y, E. Bulygin (1991).

4.1.3 La equivalencia entre “punto de vista interno” y “punto de vista moral”

Se admite que la presencia de un “punto de vista interno” es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido del “punto de vista externo”. Ambos se refieren a las razones que pueden tenerse para obedecer el Derecho. En el caso del punto de vista externo, ellas son de tipo prudencial. Dado que las razones para obedecer el derecho sólo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista implicaría una adhesión a las normas del Derecho por razones morales. El punto de vista interno podría ser traducido como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe. Dicho con otras palabras: todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Es decir, habría una relación necesaria entre moral y Derecho.

Para los críticos de esta tesis, el punto de vista interno no tiene nada que ver con actitudes morales de la parte oficial del sistema. Así, si la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte obedecen, puede decirse que el sistema jurídico existe”; el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no sería necesario.

Consideremos un sistema jurídico en el que la parte oficial satisface la condición de conformidad y las condiciones de creencias acerca de las preferencias, los sentimientos y las creencias de los demás pero en el cual las creencias son de hecho falsas. Cada miembro de la parte oficial puede, en el fondo de su corazón, rechazar los valores que abraza el sistema y desear su

derrumbe pero (creyendo equivocadamente que por ejemplo los otros miembros de la parte oficial son buenos nazis) continuar el “juego” de imponer las reglas del sistema básicamente por miedo.

Una versión más suave de esta posición es aquella en la que la parte oficial no padece los efectos de la creencia errónea, sino que no tiene ninguna creencia acerca del valor de las reglas básicas del sistema: simplemente las cumple por hábito, tradición o aburrimiento. En este caso, no podría hablarse en absoluto de una adhesión a las reglas del sistema en sentido fuerte, como es el que requiere la adhesión moral.

4.1.4 La relevancia esencial de la pretensión normativa del Derecho

Si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de Derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivación jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética.

Según Theodor Viehweg (1995), ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo. Todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera. La parte oficial del sistema jurídico es la que se encarga primordialmente de hacer vale la *intentio dogmatica* del Derecho, cuya corrección moral no puede poner en tela de juicio. Esta *intentio dogmatica* es la “pretensión de legitimidad”. Con respecto a la legitimidad, sería contradictorio afirmar “Creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo”, o “Creo que mi sistema es legítimo, pero no pretendo que lo sea”.

Con respecto a la “pretensión de corrección”, Alexy, R. (1993), se ha referido a ella como un elemento necesario del concepto de derecho. Ella establece la conexión entre el Derecho y la moralidad. Para ilustrarla, recurre al siguiente ejemplo: supongamos que en un Estado X una asamblea constituyente resuelve incluir en el artículo primero de la Constitución la siguiente frase: “X es una república soberana, federal e injusta”. Sin duda, este artículo es

manifiestamente defectuoso. Pero el defecto no es técnico, moral o convencional, sino conceptual: Con el acto de dictar una Constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una Constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto.

En tal sentido se afirma que, a pesar de que un sistema jurídico pueda carecer de autoridad legítima o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima. Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces sin que importe lo que además puede ser el derecho, tiene que ser capaz de poseer autoridad.

Contra estas ideas, Bulygin, E. (1991), ha aducido que los ejemplos de contradicción performativa presentado por Alexy, R. (1993) no son tales. En efecto, los artículos de la supuesta Constitución son prescripciones y no descripciones. Si fueran descripciones carecen simplemente de sentido porque no tiene sentido ordenar que una Constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no lo tiene ordenar que un país debe ser rico o los árboles verdes. Ciertamente algunas Constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescriptas y ordenadas.

En caso de que estos artículos no sean entendidos como prescripciones sino como declaraciones políticas, lo más que podría decirse es que el artículo que afirma la injusticia de la Constitución, es expresión de una “falla política pero no conceptual”.

En conclusión, el argumento de la pretensión de corrección carecería de fundamentación y la tesis de la vinculación parecería “pender en el aire”.

4.1.5 El argumento de la razonabilidad práctica. Pretensión de razonabilidad

Si la institucionalización del Derecho es algo razonable dada nuestra condición humana, esta exigencia de razonabilidad requiere que el concepto mismo de Derecho incluya elementos de moralidad.

La tesis de que hay algo así como razón práctica y que el Derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre Derecho y moralidad: ambos están vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, al mismo tiempo difieren por ser modos diferentes de ella, teniendo diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican.

Según Nino, C. (1989), entre las normas jurídicas y las morales existiría una “relación de identidad de caso”: Hay casos de normas morales que son normas jurídicas puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de la clase de normas morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento es un juicio moral especial.

Contra esta idea, Laporta, F. (1996), niega la existencia de una relación conceptual entre Derecho y moral. Partiendo de una concepción del sistema jurídico o del “Derecho como un todo”, en tanto “la unión de reglas primarias y secundarias que organizan el uso de la fuerza con pretensión de monopolio”, sólo existiría una relación conceptual entre Derecho y moral si de este estado de cosas o actividad “se pudiera siempre predicar una naturaleza moral, es decir, fueran siempre un estado de cosas o una actividad *moralmente buenos* o *moralmente correctos*. Por ello,

Hemos de tener buen cuidado de no identificar apresuradamente “racionalidad” y “moralidad”. Regular el uso de la violencia privada es, seguramente, un artificio racionalizador de cara a la posibilidad misma de satisfacer ciertas preferencias, es decir, es un medio instrumentalmente adecuado para conseguir el objetivo de esa satisfacción. Pero esa *racionalización* de la vida no es lo mismo que su *moralización*. Las reglas de la violencia pueden ser inmorales e injustas sin que eso afecte en principio a su función racionalizadora.

4.1.6 El argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad

Cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas). En este sentido, para no pocos autores las llamadas leyes raciales de Nuremberg, al establecer claramente tipos penales, contribuyeron a aumentar la seguridad en el sentido de que fue entonces claramente previsible la nulidad de los matrimonios mixtos entre arios y judíos.

Por ello, se ha podido afirmar que las leyes de Nuremberg fueron adecuadas para poner fin a la inseguridad jurídica que favorecía todo tipo de terror hasta entonces dominante en el ámbito de la discriminación de los judíos; crearon una normativa que prometía a las víctimas ciertas posibilidades de protección. *Naturalmente el contenido material de las leyes raciales era injusto* pero, a diferencia de lo que hasta entonces ocurría, era una injusticia calculable y la experiencia de la vida bajo una dominación totalitaria enseña que ella es más fácil de soportar que la pura arbitrariedad incalculable.

En el caso de sistemas totalitarios no habría, pues, conflicto alguno entre seguridad e injusticia. La cuestión es saber si existe algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en el doble significado de la palabra. Un sistema tal tendría que utilizar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para la aplicación de sanciones, borrar toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes y hasta manifestar una cierta tendencia a castigar precisamente a aquellas personas que, también de acuerdo con las disposiciones proclamadas, son inocentes.

El paso decisivo hacia la eliminación de la más elemental seguridad jurídica se da cuando la clase de los culpables es abierta, es decir, el régimen no provee ningún criterio de demarcación. Es el caso del terrorismo de Estado, que puede ser entendido como una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el

ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.

Las medidas propias del terrorismo de Estado suponen una regla de reconocimiento que contradice el núcleo mismo, no sólo de toda posible justificación del Estado, sino también de toda explicación de su génesis. Se reestablecen las condiciones de la situación pre-estatal con una intensidad aún mayor que la concebida por Hobbes: mientras que en el estado de naturaleza hobbesiano los hombres-lobo tenían una igualdad de fuerzas aproximada, en el caso del terrorismo de Estado, el gobierno mismo es un “lobo aullante”.

En esta situación, la violación extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguridad, es decir, los valores de justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza derrumbarse.

Contra estas ideas Laporta (1996), sostiene que un estado de cosas al que se llame “paz” simplemente porque las agresiones entre particulares y la violencia privada no están permitidas o no se producen empíricamente no es, necesariamente, un estado de cosas moralmente valioso. Cabe, desde luego, preguntarse si un tal estado de cosas no asegura al menos la supervivencia y, por lo tanto, es instrumentalmente conveniente respecto de esa supervivencia meramente física. Pero aún si esto fuera así, no es muy seguro que de ello se pudiera inferir su carácter moralmente valioso

4.1.7 Positivismos y moralidad interna del Derecho

Hart, H. (1982), afirma que si no distinguimos el Derecho de la moral corremos el riesgo de que la ley positiva pueda suplantar a la moralidad. Para él, la idea de los juristas críticos del régimen nazi, que dice que superado un cierto nivel de iniquidad, el Derecho deja de ser Derecho, implicaba que las leyes, sólo por ser tales, están revestidas de una cierta dignidad moral. Ello enajenaba a los ciudadanos cualquier posibilidad de crítica al derecho. Del hecho de que una regla viole ciertas pautas morales no implica que *no* sea jurídica. Y de que una regla fuera moralmente deseable no puede seguirse que sea jurídica. Hart niega que *conceptualmente* haya una conexión necesaria entre Derecho y

moral. Niega que para definir el Derecho, para hallar un concepto de Derecho, hayamos de acudir a ingredientes de moralidad.

Contra esta idea se afirma que el Derecho tiene que ver con la idea de someter a normas la conducta de los individuos, y si esto es así, el Derecho tiene que tener ciertos componentes morales ineludiblemente. ¿Qué clase de componentes? Fuller distingue entre “una moralidad de la aspiración” y una “moralidad del deber”. La primera sería el conjunto de máximos objetivos que una sociedad considera deseables y en la consecución de los cuales atribuye un especial reconocimiento a los individuos. La moralidad del deber trataría más bien de “mínimos” que de máximos. Sería el conjunto de normas básicas que posibilitan la convivencia social.

Pero hay también un conjunto de componentes morales que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora, entonces corren el peligro de perder su propia identidad como sistema jurídico. Estos componentes según él son: las leyes deben ser **generales** y no particulares, **inteligibles**; deben ser **no contradictorias**, no deben ordenar un **comportamiento imposible**; deben ser razonablemente **estables**; debe haber una *coherencia* entre las normas y la actitud de la administración en general. Si un sistema jurídico no cumple esos componentes, haría imposible su propia pervivencia como tal.

También para Hart hay tres tesis básicas que definen una Teoría del Derecho como positivista:

1. La tesis de las fuentes sociales del Derecho; un sistema jurídico se produce por la existencia de algún tipo de práctica social.
2. La tesis de la separación entre Derecho y moral.
3. La discrecionalidad judicial: en todo Derecho habrá casos no previstos en las normas; es decir, que todo derecho tiene zonas indeterminadas o incompletas.

Además, para Hart, el sistema jurídico se compone de estas reglas y de otras “secundarias”, “reglas de reconocimiento”. Frente a Fuller, Hart buscaba mantener la separación entre Derecho y moral sobre la base de encontrar para lo jurídico un *rasgo* predominantemente empírico.

Hart distingue las normas morales de las jurídicas recurriendo a rasgos ulteriores, que son cuatro:

1. La importancia de las normas morales: en toda sociedad, la observancia de dichas normas es considerada como algo muy importante.
2. La inmunidad al cambio deliberado: las reglas morales, a diferencia de las jurídicas, no pueden ser creadas.
3. El carácter voluntario de las transgresiones morales indica que el reproche moral queda excluido cuando no hay voluntariedad, lo que no siempre ocurre con el Derecho.
4. La forma de presión moral no consiste en apelar a sanciones, sino una apelación a las reglas morales mismas por ser algo importante en sí.

4.1.8 Diferencias entre moral y Derecho

Desde nuestra óptica, es menester diferenciar la moral y el Derecho, así:

1. **El Derecho se refiere a las relaciones interhumanas externas:** se refiere a las conductas **externas** y no a las convicciones íntimas, que son esenciales para el comportamiento moral. El orden social no depende de que el motivo de la conducta deseada sea el respeto hacia los demás o el temor a la pena. Aunque el orden jurídico llega a su consolidación por las convicciones morales y la actitud de los miembros de la sociedad. La frontera entre lo *público* y lo *privado* es difusa y no siempre ha sido respetada.
2. **El Derecho hace referencia a obligaciones de contenido determinado.** Los derechos representan pretensiones de contenido determinado de las personas individuales y sociales. Se fundamentan obligaciones de los demás para satisfacer estas pretensiones. Estas obligaciones no son obligaciones morales, en principio.
3. **El Derecho autoriza a coaccionar la conducta.** La conducta exterior dirigida por el Derecho debe estar garantizada para que el orden social pueda subsistir. El *poder de coacción* garantiza esa conducta. Sto. Tomás (1960) y Hegel (1968) coinciden en destacar el poder de

coacción como componente esencial del Derecho, aunque no como su esencia. Para ellos, el derecho es anterior al poder. En la línea opuesta se sitúa Hobbes (1979), y todas las teorías positivistas, colectivistas e individualistas.

Concluamos este apartado señalando que la esencia y la dignidad del Derecho residen en que éste consiste en la pretensión moral de una actuación autónoma y sin obstáculos; ello se garantiza mediante el empleo de la coacción. Para que la coacción sea efectiva no se ha de usar más de lo imprescindible y calculando previamente las consecuencias que acarreará

Se sigue también que la relación Derecho - moral ha sido desigualmente tratada por filósofos y juristas. Así:

- Para *Kant*, Derecho estricto es el que no tiene elementos éticos, aquel que no exige otros motivos para la voluntad que los puramente formales y externos.
- *Hegel*, en cambio, se opone al concepto formal del Derecho y a la separación de moral y Derecho; el fundamento del Derecho es el espíritu y su lugar y punto de partida más próximo la voluntad, que es libre.

5. Sobre el carácter contingente y variable de su objeto

Desde la famosa frase de Von Kirchmann, se ha criticado duramente el carácter científico del Derecho, pues las tres o cuatro palabras del legislador que convierten bibliotecas enteras en basura significa, en primer lugar, que el poder político legislativo está por encima de la cultura jurídica sistematizada a manera de ciencia, y, en segundo lugar, que el objeto de estudio de la denominada jurisprudencia (el Derecho positivo) viene a ser un **objeto cambiante y contingente**; esto es, no susceptible de conocimiento científico.

Para Kirchman, el fiscal prusiano, no había ciencia de lo variable, lo singular y lo contingente. Pero en contrario, en lo que se refiere estrictamente al derecho, si bien éste se caracteriza por un necesario cambio a nivel de la legislación,

ello acontece en un proceso de evolución que, en el caso de desaparición de ciertas instituciones, las conserva en su historia misma, tal como acontece con la ciencia natural cuando conserva disecados especímenes extintos.

El cambio, sucede en todas las esferas de la realidad, en unas en mayor medida, y en otras, en menor medida, pero sucede, acontece, existe. Además, los métodos, sistemas y conceptos permanecen por lo general, por encima del cambio inexorable de las leyes. Por ejemplo, la tradición jurídica romana todavía impera en la actualidad en los países de Europa continental y Latinoamérica en el sistema romano germánico que nos rige. El cambio no ha sido tan drástico e inarticulado, sino progresivo a través de los siglos, teniendo en cuenta que el Derecho no se restringe ni se reduce solamente a la ley, toda vez que también cuentan la doctrina y la jurisprudencia.

Del mismo modo, el concepto de ciencia que se maneja hoy en día tiene un alcance mayor que el de la antigüedad. **Con la superación del positivismo la ciencia contemporánea se apoya sobre todo en su dimensión multidisciplinaria.**

Asimismo, junto a las ciencias naturales y exactas, están las denominadas "ciencias del espíritu", "ciencias de la cultura", "ciencias sociales", y "ciencias humanas", las cuales tienen por objeto estudiar las acciones e instituciones humanas y sociales, los hechos culturales del ser humano, regidos ya no por el principio de causalidad, solamente, que caracteriza a los hechos naturales, **sino por la intencionalidad y la referencia a valores**, que en el caso del derecho se ha de sumar su nota que lo caracteriza por excelencia: **la imputación.**

En esa medida, dependiendo del concepto que se tenga sobre lo que es ciencia, se podrá o no hablar del carácter científico del Derecho. Es en este momento cuando aparece el paradigma contemporáneo de lo científico como aquello que da un cierto halo de respetabilidad intelectual, prestigio y aprobación, que según el mencionado paradigma sólo puede ser brindado por

lo científico. Esto es tan cierto como que el Derecho se basa en criterios de imputación, partiendo con fines generales de ordenación de la sociedad.

Por lo tanto, no se trata de evitar el cataclismo cuando se defiende el carácter científico del Derecho. La defensa del mismo tiene que ser por una real convicción. También es de aclarar que cuando hablamos del derecho no lo reducimos a la dogmática jurídica ni mucho menos, pues la misma resulta ser tan solamente **un nivel de la ciencia jurídica**.

En ese orden de ideas, Atienza, Manuel (1985), sostiene que la jurisprudencia no es una ciencia, sino una técnica, sin que ello implique negar su importancia o dejar de considerarla como una actividad estimable y socialmente útil.

Es de destacar también que Atienza formula su tesis del **carácter técnico de la jurisprudencia** en referencia estricta a la dogmática jurídica, siendo concebida la misma como el primer nivel básico de la ciencia del Derecho, sin comprometer en su tesis a los otros dos planos (el Derecho comparado y la teoría general del Derecho).

Desarrollando su tesis, Manuel Atienza se apoya en Mario Bunge para sostener que en la Dogmática jurídica se presentan la mayor parte de los rasgos diferenciales de la tecnología, partiendo por el hecho que la Dogmática jurídica importa un conjunto de actividades encaminadas en última instancia a **la realización de una actividad práctica**: la que consiste en resolver problemas jurídicos concretos, aunque dichos problemas revistan cierto carácter abstracto, dado que, al fin de cuentas, impera en la Dogmática jurídica la preocupación por encontrar soluciones a los problemas prácticos del Derecho. Eso sucede porque la Dogmática jurídica tiene como objeto de estudio al Derecho positivo, y éste sólo se concibe alrededor de una concreta sociedad humana, con problemas concretos que resolver.

En conclusión, el objeto de estudio del Derecho, al tener carácter fáctico o existencial, es cambiante como cualquier otro de la misma naturaleza. La diferencia estaría en su mayor o menor variabilidad. A la vez, se infiere que el Derecho tiene u

En conclusión, el objeto de estudio del Derecho, al tener carácter fáctico o existencial es cambiante como cualquier otro objeto de la misma naturaleza, la diferencia está en su mayor o menor variabilidad. A la vez, se infiere que el Derecho tiene una practicidad, establecida en el carácter técnico de la jurisprudencia. Desde este análisis es una **tecnología social**.

6. La naturaleza del Derecho

Según una de las filosofías mas relevantes sobre el tema como es la filosofía de la cultura de corte neokantiano, representado por Mayer, E., Lask, G., Radbruch y otros, el Derecho constituye un **fenómeno histórico-cultural** integrado por un sistema de normas y principios jurídico-sociales institucionalizados, de carácter preceptivo y generalmente justiciable y coercible.

Dicho sistema de normas y principios (ordenamiento jurídico) tiene como tarea y función regular el status y la conducta externa de los miembros de un determinado grupo social, satisfaciendo determinadas exigencias de carácter **técnico-formal** (seguridad jurídica) y **ético-material** (justicia y demás principios de legitimación del Derecho).

Como consecuencia de esta tesis, el Derecho tendría como finalidad perfeccionar, técnica y éticamente un sector del orden de la vida social (orden jurídico), para procurar y asegurar a sus miembros el bienestar general (bien común).

En esa misma línea, reafirma Montoro Ballesteros, A. (1999, págs.68, 69):

“El Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, no se nos presenta en su plenitud ontológica como producto de un acto aislado del hombre sino como resultado de un complejo proceso histórico; proceso que un sector de la doctrina ha denominado proceso de la validez jurídica.

En el curso de dicho proceso el Derecho se va gestando y constituyendo mediante la incorporación, articulación e integración de elementos de naturaleza y significación muy variada (se trata de elementos de carácter puramente ideal, axiológico o espiritual que se articulan e integran con otros de naturaleza normativa e incluso de significación puramente real, fáctica o sociológica). Dentro de ese proceso la doctrina, en su afán de penetrar en el análisis, comprensión y explicación del fenómeno jurídico, ha distinguido diferentes momentos cada uno de los cuales es indicativo de una dimensión constitutiva del Derecho. Dichas fases o momentos - designados con términos no siempre coincidentes- son los constituidos por la **legitimidad** (validez filosófica), **la positividad** (validez dogmática) y **la eficacia** (validez sociológica). Se trata en definitiva de tres momentos del proceso ontológico a través del cual se genera y constituye el Derecho hasta alcanzar su plenitud

7.-Sobre la esencia del objeto del Derecho

La noción de **Esencia**, en latín “*essentia*”, es uno de los fundamentos primarios o básicos estudiados por aquella disciplina filosófica denominada *Ontología*. Hablar de *esencia*, es hablar de aquello que todo *Ente* o *Ser* posee y que es permanente. De por sí, se deriva que nada puede darse, ni en la realidad ni en la mente, si no posee alguna esencia.

Ahora bien, haciendo una evaluación de la *Naturaleza Ontológica del Derecho*, resulta necesario y a la vez complejo el poder determinar aquello que pueda ser llamado “**Esencia del Derecho**”, en latín “*essentia iuris*”, esto es, la unidad primordial del *Derecho*, el núcleo central o básico, el *quid*, el meollo profundo sin el cual el *Derecho* no podría ser lo que es.

Los estudiosos de la disciplina de la Filosofía del Derecho concuerdan en señalar que el más importante de sus temas es el que se encuentra vinculado a la determinación del concepto o esencia del derecho, ya que las disciplinas jurídicas especiales; -D. Civil, Penal, Administrativo, etc.-, lejos de establecer ¿Qué es el Derecho?, lo dan por definido y por conocido, limitándose tan solo a exponerlo y sistematizarlo (García Toma: 1988).

Entre los varios conceptos de Derecho, tenemos el que lo describe como el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. De la misma manera se señala que el Derecho es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

Desde el punto de vista objetivo, se dice del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social (Bobbio, N.: 1999).

Esta última concepción de Derecho, controvertida y discutida puesto que plasma una limitación extrema del concepto de Derecho a un nivel puramente normativo, se enfoca solo desde el punto de vista material (existencial) y no esencial.

En tal sentido, coincidiendo con Ponce de León, “el Derecho tiene una Esencia, esto es, aquello por lo que el Derecho es lo que es; o bien, aquella nota o conjunto de notas que constituyen al Derecho en sí, y que le son tan necesarias que, quitada una, parece el concepto propio del Derecho” (Ponce de León: 1949, p. 263).

Por otro lado, el Derecho tiene una Existencia, es decir, aquello material o real que se puede concebir como una actuación de la esencia; esto es, la actual presencia del Derecho en el orden físico o aquello por lo que el Derecho intrínseca y formalmente se constituye presente en el orden de la naturaleza.

Desde la concepción lusnaturalista, se afirma que efectivamente existe una noción universal en donde se engloban todas las manifestaciones de lo jurídico que supone una base indiscutible del sentido ontológico del Derecho. Este principio esencial, el cual abarca dentro de sí todos los derechos que han habido y son en el mundo, se llama “**Justicia**”.

La *Justicia, por ende*, sería el principio fundamental de la moralidad, virtud entendida como la aplicación escrupulosa de las normas que regulan las relaciones de los individuos o grupos de individuos en cuanto partes del todo social. Ahora bien, esta virtud tiene como objeto el *Derecho*. El *Derecho objetivo* supone un *Derecho subjetivo* de la persona o sociedad a quien se

debe y que implica en los demás, la obligación moral a acatarlo. Finalmente, en esta concepción, el *derecho natural* y la *ley natural* son las que confieren el derecho objetivo y subjetivo. La virtud de la Justicia, entonces inclina de un modo permanente a las personas a dar a cada uno su derecho.

Cuando las distintas formas de Justicia cumplen su objeto, dando a cada uno – personas, familias, sociedades intermedias y comunidad política- lo que le es debido, su derecho, todos los sectores del Estado cumplen su misión y están orgánica y jerárquicamente ubicados en el cuerpo social y, por eso mismo, se logra el bien de la comunidad: el Bien Común.

El orden logrado por la Justicia, el orden justo de la sociedad y el bien común son lo mismo, son denominaciones distintas que indican una misma realidad: el orden logrado en la sociedad para conseguir su fin, el mismo fin que ostenta el Derecho como disciplina jurídica.

En esa línea de análisis, la Justicia es la virtud básica de la convivencia social, y al decir que es una virtud, nos estamos refiriendo a aquella *pureza esencial* que no tiene valor en sí misma, sin su *existencia* o *materialización* (hechos, normas). *Esencia* y *Existencia* forman una unidad, inseparable, pues *esencia* y *existencia* no son dos “cosas”, sino dos “principios” de una sola cosa: *el Derecho*, y están entre sí estrechamente compenetrados. El *ente*, cada ente, es unidad de *esencia* y *existencia*; pues ninguna *esencia* puede darse en la realidad sin que tenga *ser*; sin que *exista*, ni tampoco cabe que algo que realmente *existe* no tenga *esencia* alguna, no consista en algo determinado.

El hombre es por naturaleza un ser social, que necesita de la sociedad para alcanzar la perfección, tanto material como espiritual. Para que la sociedad preste al hombre esta ayuda es necesaria la *virtud de la justicia* que regula las relaciones humanas en la convivencia social, impera a cumplir los propios deberes, a respetar los derechos ajenos y garantizar los propios.

La *disciplina Jurídica* tiene una base por excelencia en la *justicia*, el *derecho*, y las virtudes que la regulan. *Justicia* (virtud y esencia) y *derecho* (hechos, normas, existencia) son nociones que están desde que el *Derecho* como *Ente* (ciencia o disciplina jurídica)) pudo haber nacido, y no hay más diferencia entre ellos en el sentido de que ambos (justicia y derecho) forman un solo Ente,

indivisible y ontológico: *Derecho*. **Así, mientras la Justicia es la esencia del Derecho; el derecho (normas y hechos) es la existencia del Derecho.**

El ámbito de la Justicia es la vida comunitaria; por eso es la gran ordenadora de las relaciones sociales. Su misión es regular la reciprocidad de derechos y deberes entre los hombres. La Justicia protege y garantiza los derechos y deberes fundamentales, pues es su esencia, observa y juzga las condiciones que afectan a los diversos sectores de la sociedad, vigila y guía la disparidad de oportunidades económicas y orienta las circunstancias sociales de modo que favorezcan la convivencia pacífica de los pueblos.

La Justicia es aquella esencia que nos lleva a comprometernos con el otro y otros y que busca que la convivencia sea ecuánime y pacífica, donde juntos y solos a la vez busquemos el bien común, la equidad y coherencia en la sociedad, anhelo perenne del Derecho.

Del Derecho se ha dicho que es un conjunto de **normas jurídicas** que forman un sistema cerrado, al punto que las soluciones hay que buscarlas en las propias normas, criterio válido durante mucho tiempo y que, por lo demás, hay cierta cuota de certeza que ofrece seguridad jurídica a las relaciones sociales que se desarrollan en ese lugar y tiempo.

En principio, digamos que es un conjunto de normas de carácter general, que se dictan para regir sobre toda la sociedad o sectores preestablecidos por las necesidades de la regulación social, que se imponen de forma obligatoria a los destinatarios, y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción o la respuesta del Estado a tales acciones.

Estas normas no son resultado solamente de elementos racionales, sino que en la formación de las mismas inciden otros elementos, tales como intereses políticos y socioeconómicos, de valores y exigencias sociales predominantes, en tanto condicionan una determinada voluntad política y jurídica, que en tanto se haga dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. A su vez esas normas expresan esos valores, conceptos y exigencias, y contendrán los mecanismos para propiciar la realización de los mismos a través de las

conductas permitidas, prohibidas o exigidas en las diferentes esferas de la vida social.

La diversidad social y de esferas en que metodológica y jurídicamente se pueden agrupar, es consecuencia del nivel de desarrollo no sólo de las relaciones, sino también de la normativa y de las exigencias de progreso de las mismas, pero aún con esta multiplicidad de normativas existentes, el Derecho ha de ser considerado como un todo, como un conjunto armónico. Esa armonía interna puede producirse por la existencia de la voluntad política y jurídica que en ellas subyace.

En sociedades plurales, por ejemplo, la armonía de la voluntad política depende de la coincidencia de intereses de los grupos político partidistas predominantes en el legislativo y en el ejecutivo, así como de la continuidad de los mismos en el tiempo. Cambios también se pueden producir con las variaciones de los intereses socioeconómicos y políticos predominantes, al variar la composición parlamentaria o del gobierno. Asimismo, en sociedades monopartidistas y con presupuesto de la unidad sobre la base de la heterogeneidad social existente, la armonía de la voluntad normativa es mucho más factible si bien menos democrática, lo que no quiere decir que se logre permanentemente; la base de la armonía radica en en los intereses únicos del partido.

Doctrinalmente se defiende la existencia de unidad y coherencia; pero lo cierto es que en la práctica lo anterior es absolutamente imposible en su aspecto formal, aún a pesar de los intereses y valores en juego, por cuanto las disposiciones normativas se promulgan en distintos momentos históricos, por órganos del Estado diferentes, e incluso dominados éstos por mayorías políticas o con expresiones de voluntades políticas muy disímiles. Igualmente no siempre hay un programa pre elaborado para actuación normativa del Estado (programas legislativos), sino que la promulgación de una u otra disposición depende de las necesidades o imposiciones del momento.

En tales situaciones se regulan relaciones sociales de una forma, con cierto reconocimiento de derechos e imposiciones de deberes, con determinadas limitaciones, se establecen mandatos de ineludible cumplimiento; y estas disposiciones pueden ser cuestionadas por otros órganos del Estado,

derogadas por los superiores, o modificadas por los mismos productores meses o años después. Es decir, en el plano formal, haciendo un análisis de la existencia de una diversidad de disposiciones, si encontráramos disposiciones que regulan de manera diferente ciertas instituciones, o las prohíben, o las admiten, o introducen variaciones en su regulación, o que también en el proceso de modificación o derogación, se producen vacíos o lagunas, es decir, esferas o situaciones desreguladas.

En el orden fáctico, y usando argumentos de la teoría política, las bases para la armonía las ofrece, ciertamente, la existencia de una voluntad política predominante, y de ciertos y determinados intereses políticos en juego que desean hacerse prevalecer como ya antes expusimos. Y desde el punto de vista jurídico-formal, la existencia de un conjunto de principios que en el orden técnico jurídico hacen que unas disposiciones se subordinen a otras, que la producción normativa de un órgano prime sobre la de otros, que unas posteriores puedan dejar sin vigor a otras anteriores, como resulta de los principios de jerarquía normativa no por el rango formal de la norma, sino por la jerarquía del órgano del aparato estatal que ha sido facultado para dictarla o que la ha dictado; de prevalencia de la norma especial sobre la general; que permita que puedan existir leyes generales y a su lado leyes específicas para ciertas circunstancias o instituciones y que permitan regularla de forma diferenciada, y aun así ambas tengan valor jurídico y fuerza obligatoria.; o el principio de derogación de la norma anterior por la posterior, por sólo citar algunos ejemplos.

8. Cognoscibilidad del objeto: Habiéndose determinado la objetividad del fenómeno jurídico, además de su naturaleza predominantemente social y su interrelación con la cultura; es menester incorporar al hombre, el cual es el ser con quien se relaciona directamente el Derecho.

Si el hombre es un ser social – individual y concreto; se entiende que su constitución como ser humano biológico, psíquico y socio-cultural ha sido producto de una larga evolución histórica, en relación directa con el trabajo y su práctica social. **En tal sentido, el hombre no solamente tiene la posibilidad de ser influido por el medio social y el medio natural, sino que a la vez está estructurado a nivel físico-químico, a nivel genético, a nivel**

neurofisiológico, a nivel de pensamiento abstracto y lógico, a nivel psíquico; para autoconstituir su personalidad en base a su conciencia social y de clase, como un ser diferente a los demás.

El hombre en síntesis, es pues, el centro de todas las relaciones sociales, culturales y naturales; con cierta autonomía relativa por su posición de clase, para reaccionar frente a ello en sentido de afirmación y de negación dialéctica, en aras de su singularidad frente al todo.

Se infiere, pues, que el tema del Derecho no es simple, por la complejidad de interacciones que de afuera hacia adentro y de adentro hacia fuera operan en el hombre, en el sujeto; sin embargo si es posible conocer e investigar, de modo científico y tecnológico el proceso jurídico del hombre. La prueba de ello, está en que existen, sin ninguna duda, disciplinas científicas y tecnológicas que directa o indirectamente han ido contribuyendo a explicar mejor el fenómeno jurídico : Historia del Derecho, Filosofía del Derecho, Psicología jurídica, Sociología jurídica, Antropología jurídica...

SUBCAPÍTULO IV: NUESTRA PROPUESTA

1. Sobre la esencia del objeto

Caracterizamos esencialmente al Derecho como **una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada**, lo cual implica no sólo una nueva concepción acerca del Derecho, sino también, obviamente, una modificación o aporte significativo a la teoría de las fuentes, así como **vincularlo a una dimensión política** donde lo ideológico y el poder no serán elementos ni ajenos ni secundarios en el momento de intentar definirlo, o de mostrar cómo se presente a sí mismo y cómo funciona en la realidad.

Ello no significa atribuirse un patrimonio exclusivo en la consideración de lo jurídico, no sólo porque algunas de las tesis que se expondrán ya han sido sostenidas por juristas que no se reconocen a sí mismos como críticos, y de hecho, no lo son, sino también porque algunas de estas tesis han sido

corroboradas con el paso del tiempo y hoy, de alguna manera, forman una especie de patrimonio común de quienes intentan ver al derecho tal cual es y funciona, antes que como idealmente se quiere presentar.

Para ir a un ejemplo casi reciente y de significativa trascendencia para la vida política e institucional de cualquier país, nadie que conozca el proceso de gestación de la reforma constitucional del año 1992 en el Perú, puede ignorar cómo se jugaron en ella las cuestiones de poder y de qué manera se hicieron evidentes las dimensiones políticas e ideológicas que configuraron la reforma, y cómo aún hoy siguen pesando en la producción de otras normas jurídicas que son su consecuencia.

Sería ingenuo pretender que sólo se tuvo en cuenta el interés general, o altas consideraciones de justicia, y peor aún sería apartar estas cuestiones de la consideración del objeto en atención a una pretendida pureza que no existe ni siquiera en el laboratorio del científico. De las negociaciones previas y concomitantes que febrilmente se sucedieron, donde se pusieron en juego todas estas dimensiones, nacieron y se configuraron normas fundamentales para la vida de la Nación, y si bien esto es una verdad de Perogrullo, separar estas instancias de producción de las normas de la consideración de las normas mismas, sería para nosotros escindir al objeto mismo para quedarnos con lo que más nos conforma o mejor se ajusta a la idea previa que tenemos del Derecho, sin poder llegar a poder decir acabadamente qué cosa es el Derecho.

Se trata pues, de atender tanto al estudio «interno» como al estudio «externo» del objeto científico, o como diría Kuhn (1971), si bien no son conceptos asimilables, también tanto a la historia interna como a la historia externa de la ciencia. Volviendo a nuestro ejemplo, podemos y debemos, por supuesto, mostrar cuáles son y cómo evolucionaron los derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución, pero también cuáles fueron los sectores sociales y políticos en pugna cuyas negociaciones dieron lugar a esta norma y no a otra cualquiera en esta determinada situación histórica.

Hay que destacar que uno de los principios fundamentales que informan el quehacer de aquéllos que intentan elaborar una teoría crítica es fuertemente el

del antidogmatismo. Con esto quiero decir que en la medida en que nuestras apreciaciones intentan estar vinculadas a los procesos sociales en que se van gestando las normas, siempre cambiantes, y son sometidas a una verificación interdisciplinaria, así como a constante crítica, es obvio que también están abiertas no sólo a nuestros propios cuestionamientos sino también a los cuestionamientos de las otras corrientes.

La verdad no sólo tiene un carácter fuertemente consensual sino que además se va modificando, no es un puerto seguro al que llegamos para quedarnos allí sino uno nuevo, para luego, cuando sea necesario, emprender otra travesía que nos lleve a uno mejor.

2. Encuadre epistemológico

Siguiendo los lineamientos marcados por el filósofo y jurista argentino Enrique Marí en sus textos «Neopositivismo e Ideología» (1974), diremos que la teoría crítica tiene una filiación materialista que atiende a la consideración del objeto de la ciencia del derecho en su proceso de producción y no como producto ya terminado, teniendo en cuenta cómo la ideología y el poder se manifiestan en su constitución y atendiendo a los cuatro principios básicos que distinguen, prima facie, a la epistemología materialista de la anglosajona, a saber:

- a) las relaciones entre ciencia e ideología
- b) la consideración de la matemática como una teoría (epistemológica materialista) y no como un lenguaje, como lo hace la epistemología anglosajona.
- c) la cuestión del problema científico y filosófico de la verdad
- d) el modelo de epistemología recortado sobre las ciencias físico naturales y formales (anglosajones) o sobre las ciencias sociales (materialista).

Distinciones éstas que nos llevarán a poner en la base de la epistemología jurídica crítica, entre otros, a los siguientes presupuestos:

- A. El origen de las doctrinas
- B. Su núcleo ideológico
- C. La articulación de su contenido con la base material que las sustenta
- D. Las matrices sociológicas de los modelos teóricos

- E. Las propias leyes del movimiento real de las estructuras sociales y políticas
- F. Una consideración crítica del objeto de esta ciencia, que uniendo el estudio «interno» al «externo», sea que se entienda esta distinción en el sentido que la desarrolla Poulantzas (1977), o bien complementándola con la que hace Kuhn(1971) entre historia interna e historia externa de la ciencia, permita un análisis que evite la reproducción acrítica de lo dado.

Precisamente desde la vinculación que se hace entre el producto norma jurídica y sus mecanismos de conformación insertos en lo social, se apunta a una crítica que pueda, en su caso, ser transformadora de lo existente desde una metapositividad jurídica, ya que no se considera a lo jurídico como agotado en lo positivo.

Es obvio que para los críticos, (si nos atenemos a la clásica distinción entre dogmática jurídica, sociología jurídica y política jurídica), no es el de la dogmática el paradigma de «ciencia normal», dicho esto en términos kuhnianos, sino una adecuada integración de estas tres instancias que en ningún caso habrán de entenderse en términos metafísicos ni propios de una racionalidad idealista. Y siempre con el auxilio de las otras ciencias sociales que predominan en cada una de estas áreas, por ello el principio de la interdisciplina al que ya se aludiera precedentemente.

Por eso Marí, E. (1974) afirma, refiriéndose a la lógica deóntica, que la misma expresa una marcada función indicativa pero partiendo de una reflexión incapaz de articular el fenómeno lingüístico (el contenido formal de las directivas) con la compleja textura de los hechos sociales, desatendiendo el fenómeno ideológico tanto por el lado de su presencia en el objeto real, como por el lado de su reproducción en el objeto de conocimiento.

En este sentido a la lógica moderna debe reconocérsele su valor, en cuanto analítica, así como sus límites, en cuanto su dominio no se extiende a una parte fundamental del proceso de formación del objeto científico, cuál es el trasvasamiento del nivel jurídico al económico social, en qué se inserta, y dónde opera la lógica dialéctica.

La función de la ciencia social es captar al objeto real en su nacimiento y en sus complejas relaciones, articuladas dentro de un todo complejo estructurado,

que es **la formación económico social**. Y la identificación de la ideología no se produce sino desde el campo de la ciencia, que, por supuesto, **no es ni puede ser neutral, mucho menos cuando se trata de una ciencia que afecta tan decididamente la conducta y la vida toda de las personas como sucede con el Derecho**.

Los métodos que se agotan en una mera descripción pasiva del objeto, tienden a apartarse cada vez más del objeto real a medida que muestran, en crecientes grados de aparente fidelidad, las líneas visibles del mecanismo social vigente. Al prescindir de la ideología, elemento que impregna tanto el universo histórico social como el discurso que lo reproduce, estos métodos no siguen el movimiento total y real de la sociedad y de sus formaciones, mostrando de esa manera un objeto, cuanto menos, incompleto.

3. Consideraciones acerca del sujeto

El sujeto que menta la ley, es en realidad el sujeto moderno, cartesiano, absolutamente racional, dueño de su voluntad, centro del conocimiento, donde, como dice Foucault (2002), hace eclosión la verdad.

El aporte de ciertas disciplinas como la lingüística, el psicoanálisis o el materialismo histórico, nos muestra por el contrario que el sujeto no es un hombre libre absolutamente dueño de su voluntad y de sus acciones. Se trata en realidad de un sujeto descentrado, de un sujeto sujetado, que lo está por las estructuras lingüísticas a las que adviene cuando ya se encuentran conformadas, por los procesos históricos de los que sólo o fundamentalmente es una especie de portador y por las instancias que emanan de su inconsciente, que no conoce en su totalidad y que no siempre puede manejar.

Este sujeto que no sólo lleva una carga de alienación en el sentido que Marx le daba al término, sino que además es tan vulnerable a sí mismo y a la ley, debido a estas sujeciones que acabamos de mencionar, y que fueran desarrolladas fundamentalmente a partir de las elaboraciones de Saussure, Freud y Althusser, carga con una impronta que no es precisamente la que supone la ley ni el discurso jurídico que de ella emana.

Así, el sujeto de derecho, uno de los conceptos jurídicos fundamentales alrededor del cual se estructura y organiza todo el derecho moderno, como si fuera en realidad preexistente a su interpelación y constitución por las palabras de la ley, no deja de ser una categoría histórica propia de la modernidad, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen (libertad, autonomía) sin reparar que, «la «humanidad», la «vida humana», lo «humano», el «hombre», no son realidades dadas de una vez y para siempre, que se traducen en conceptos generales y abstractos, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextuadas. En todo caso, son conceptos contruidos y no dados de antemano, a los que no sólo cabe descubrir, sino a los que cabe desmontar para averiguar cómo se han constituido y como funcionan.

Estas presuposiciones igualadoras no se hacen cargo ni de las diferencias ni de las deficiencias de esa concepción moderna del sujeto, organizan las conductas de los hombres como si ellos fueran aquello que no son, e impiden la emergencia de las diferencias. Traen como directa consecuencia la elaboración de ficciones que puedan sustentar esta concepción y hacer operativo el funcionamiento del Derecho, y en este «como si» de las personas y las cosas que se sabe que es de otra manera pero que no se asume como categoría a tener en cuenta, la ficción termina imponiéndose sobre la realidad de las personas como si fuera la propia realidad.

Detrás del «buen padre de familia», del «heredero», del «menor de edad», de la «mujer casada», etc., queda eludido el orden de lo simbólico que preexiste al sujeto, fijándole posiciones, deseos, frustraciones y proyectos que él cree obra y producto de sí mismo y de los que se siente dueño, en esa ilusión de autonomía y de libertad que le oculta que el mundo externo, a través de las relaciones sociales y su peculiar distribución del poder, tiene su propia estructura de organización que de alguna manera lo determina.

Al mismo tiempo que se produce esta situación de no reconocimiento de las diferencias, se ejerce desde el poder una acción de sollicitación de los inconscientes, de manipulación de las voluntades, donde el amor al poder, el deseo del amo, determinan en los súbditos conductas y acatamientos, y explican con una mayor riqueza dónde residen los mecanismos que posibilitan

a las normas ser eficaces, así como tener vigencia. Esta vinculación a la que se alude, de la vigencia con el consenso así como de la eficacia con la obediencia, necesaria, conocida y aceptada por la Teoría general del Derecho, puede ser entonces, además, pensada desde otro ángulo, a partir de la consideración del orden simbólico como matriz fundamental del comportamiento social, y de las estructuraciones de lo imaginario como red compleja de representaciones engendradas en el seno mismo de las prácticas sociales, las que actuarían como indicadores del consenso que el orden jurídico genera en aquéllos a quienes debe ser aplicado, y consecuentemente, de su eficacia en orden al cumplimiento voluntario del mismo, ya que no sólo la coacción implícita en el orden de la ley explica su cumplimiento.

La fuerza, que muchas veces es violencia, el «amor al amo», la autorepresión, la sublimación de los deseos, todo forma un entramado de compleja aprehensión que vincula, en este sentido, al Derecho con el discurso de la moral y de la ética y que lo convierte, además, en un discurso constituyente de los sujetos.

La ley forma parte de este montaje a través de su pretensión igualadora, y en tanto y en cuanto interpela a los sujetos como si fueran todos iguales, tiene una función de constitución de los mismos, en ese intersticio de la dualidad que opera como mecanismo que los somete al cumplimiento, y que al mismo tiempo garantiza su vigencia.

Desde una concepción del sujeto como la que sucintamente se acaba de describir, la Teoría Crítica usando la interdisciplinariedad, ha intentado desmontar las ficciones de libertad, autonomía e igualdad que tanto han servido para liberar como para oprimir, en tanto y en cuanto han pretendido una universalización a todas luces insustentable. Sin contar que en todos estos casos estamos hablando, de todas maneras, de un sujeto moderno aunque no lo sea en términos rigurosamente cartesianos. Éste ya no tan nuevo horizonte de la posmodernidad, que para algunos ya ha pasado y para otros se hace más evidente que nunca, así como los fenómenos de exclusión social que se están dando con diferentes características a escala mundial, pueden sin duda traer nuevas tendencias o nuevos enfoques en la cuestión de la subjetividad que en su caso habría que investigar.

4. Sobre el discurso jurídico

Otro de los temas fundamentales, es el que se relaciona con el discurso jurídico. En Argentina, Enrique Marí, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, y Lucía Aseff han trabajado la cuestión, desde distintos abordajes que incluyen la lingüística saussuriana y sus actualizaciones, los desarrollos de Foucault, las elaboraciones de Eliseo Verón sobre semiosis social, entre otros.

El primer libro que se publica en Argentina con trabajos de alguno de los autores anteriormente mencionados, como novedoso espacio en el orden de la Teoría del Derecho, por la editorial Hachette, lleva como título, precisamente, «El Discurso Jurídico» y data del año 1982.

Frente a las teorías de la argumentación jurídica que tanto auge han tenido en la segunda mitad del presente siglo, y que se refieren fundamentalmente a cuestiones de carácter procedimental como garantía de decisiones sustentables por la mayoría, la teoría crítica trabaja con una noción de discurso **que pone en primer plano su materialidad así como su carácter de productor de sentido social, al mismo tiempo que es producto de ese sentido social, y que piensa al discurso jurídico como estrategia en la ardua tarea de distribuir o consolidar el poder.** Así, mientras por una parte se trata de un discurso oscuro,

críptico y muchas veces enmascarador, por la otra se maneja con una teoría comunicacional clásica, aquella que supone que habiendo un código común, un emisor y un receptor, en tanto y en cuanto no existan interferencias en el canal de transmisión, todos los mensajes llegan a destino (la ley se presupone conocida por todos), como si no estuviera en su corazón mismo una permanente articulación con los mitos y ficciones que lo hacen operativo, como si la regla en la sociedad no fuera la opacidad y como si todos los mensajes fueran unívocos en vez de llevar en sí una multiplicidad de efectos posibles.

El discurso jurídico, en cuanto organizador de conductas, no tiene como propósito primario reflejar la realidad sino configurarla, en la medida en que **el Derecho no es sólo un instrumento de comunicación sino, fundamentalmente, un instrumento de control social.**

En este aspecto, desde la teoría crítica se ha insistido en poner atención sobre aquello que está silenciado en el discurso, ya que lo simbólico ocupa su lugar para disimular o esconder el verdadero conflicto que no está allí, ya que por esa operación de desplazamiento puede verse cómo el sentido no siempre opera en dependencia lógica con las estructuras del sistema lingüístico, lo que nos exige poner nuestra atención en aquello que no está dicho en el discurso, o sea, dar curso a una función inversa a la del dogmatismo, que exige que sean dichas las palabras que deben decirse y no otras, porque el sentido ritualista, y antiguamente mágico, de lo dicho, así lo exige, so pena de no producir los efectos deseados como sucedía por ejemplo con ciertos actos jurídicos formales del Derecho Romano.

Así el Derecho es entendido como una formación discursiva, como una red semiótica o red significante, que en tanto materia significante, produce sentido social y es producido por él, teniendo siempre en cuenta que el proceso de producción de sentido se vincula a los mecanismos de base del funcionamiento social, recibiendo de éste múltiples restricciones, y donde existen dos dimensiones insoslayables para el análisis como lo son la ideología y el poder.

Pocos sectores de la realidad como el Derecho cumplen tan acabadamente esta función de transformación de operaciones discursivas, de alguna manera teóricas, en operaciones no discursivas de naturaleza práctica, en la medida en que el discurso jurídico está siempre suponiendo o exigiendo una determinada conducta externa, sea de acción u omisión, un determinado comportamiento directamente ligado a consecuencias también determinadas.

Es importante destacar en este punto, en orden a la construcción de una teoría del sentido como dependiente de un sistema productivo, teniendo en cuenta que un sistema productivo está constituido por una articulación entre producción, circulación y consumo, ya que ello saca al Derecho de los textos colocándolo dentro de los hechos, dentro de la compleja red de significaciones y comportamientos anudados que configuran este sentido social jurídico, ya que el Derecho, al promover o desalentar determinadas conductas de los sujetos, inviste de significación todos sus actos.

El concepto de circulación designa precisamente el proceso a través del cual el sistema de relaciones entre condiciones de producción y condiciones de recepción es, a su vez, producido socialmente. «Circulación es el nombre del conjunto de mecanismos que forman parte del sistema productivo, que definen las relaciones entre gramática de producción y gramática de reconocimiento, para un discurso o un tipo de discurso dado». Situaciones éstas que en el discurso jurídico están perfectamente tematizadas y delimitadas por los mecanismos de elaboración, sanción y publicación de las leyes, normalmente establecidas en los textos constitucionales. «La historia de un texto, o de un conjunto de ellos, consiste en un proceso de alteraciones sistemáticas, a lo largo del tiempo histórico, del sistema de relaciones entre gramática de producción y gramática de reconocimiento «(Las citas son del texto «Semiosis Social» de Eliseo Verón).

No otra cosa es la labor de interpretación de la ley que hacen permanentemente sus operadores (fundamentalmente los jueces, pero también los doctrinarios, los litigantes, los legisladores) en la permanente reconstrucción del sistema jurídico que permita que leyes («textos») ya fijas, cristalizadas, sancionadas, siempre iguales a sí mismas, puedan adaptarse a los tiempos y situaciones siempre cambiantes que se someten a su arbitrio.

5. La comprensión del Derecho

El tema de la opacidad del Derecho, que está íntimamente relacionado con el de la comprensión del derecho, ha sido trabajado por Carlos Cárcova en un excelente artículo donde da cuenta de que existe una opacidad de lo jurídico que no siempre permite comprender a los hombres el sentido de sus actos en cuanto abarcados por la ley. «El Derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena... Los hombres son aprehendidos por el Derecho aún antes de nacer y por intermedio del Derecho sus voluntades adquieren ultraactividad, produciendo consecuencias aún después de la muerte. El Derecho organiza, sistematiza y otorga sentido a ciertas

relaciones entre los hombres: relaciones de producción, relaciones de subordinación, de apropiación de los bienes».

Este fenómeno de desconocimiento o de no comprensión que varía de individuo en individuo pero que está presente en todos porque no todos, ni aun los juristas, conocemos todo el derecho, más se acentúa cuanto más se descende en la escala social. Por ello, el desconocimiento es planteado como un subproducto de la anomia y de la marginación social, fenómenos ambos que, al menos en nuestra sociedad, van en incremento por situaciones puntuales sobre las que no vale la pena abundar, entre ellas la falta de empleo y de contención social, la corrupción generalizada, la falta de confianza en las instituciones y en los gobernantes, etc., si bien, «En el otro extremo de la realidad, esa fuente del desconocimiento resultaría de la complejidad de los procesos simbólicos que operan en las sociedades altamente desarrolladas y, consiguientemente, con un también alto nivel de integración. En efecto, la interacción de los hombres es allí, cada día, más sofisticada. Acude a mecanismos de comunicación simbólica y a procesos de alto grado de abstracción, asentados en prácticas materiales especialmente tecnificadas.»

Éste no sería en realidad un efecto no deseado, propio de la indudable complejidad de las sociedades contemporáneas y del subsistema jurídico en particular, si bien el desconocimiento se encuentra mediado por esta complejidad. El autor lo ve más bien como una demanda tendiente a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social, en el mismo sentido que también la ideología proporciona una visión que es más bien una representación necesariamente deformada de las relaciones que los hombres tienen con sus condiciones materiales de vida y entre sí, antes que la percepción real de esas relaciones.

No es éste un problema menor en tanto y en cuanto contribuye a la manipulación de los sujetos, a la consolidación de aquéllos que ejercen el poder, y a la indefensión de los súbditos. No es tampoco un problema ajeno a la teoría general del derecho en la medida en que de alguna manera contribuye a su operatividad, así como a sus formas de aplicación, donde

desde el derecho positivo se supone una ley conocida por todos, mientras que en verdad es desconocida por la mayoría, hecho que los operadores jurídicos saben muy bien, aunque no forme parte de sus teorizaciones y de sus prácticas habituales.

Frente a esta problemática deberían pensarse otras formas de distribución del saber de los juristas que promoviera un mayor conocimiento de las leyes, como medio de asegurar una mejor protección de los derechos, desacralizando el discurso de la ley, acercando sus contenidos a los súbditos a través de los diversos medios que hoy la tecnología pone a nuestro alcance, incluyendo los de comunicación masiva, y promoviendo la educación tanto general como específica, en la medida en que es el saber uno de los lugares claves desde los que se puede confrontar con el poder.

Finalmente, tanto este autor como Roberto Bergalli, argentino radicado en España, dedicado fundamentalmente a temas de Control Social, (que no forma parte del grupo vernáculo de Teoría Crítica pero mantiene contactos con algunos de sus integrantes), han estudiado con cierto detenimiento las formas que adquiere la administración de justicia en Argentina y en Latinoamérica, así como las corrientes hermenéuticas dentro de las cuales los jueces se desenvuelven y fundamentan sus decisiones, atendiendo siempre a una seria deficiencia de juridicidad y a una acentuada intervención de la politicidad en el sentido más prosaico del término, o sea, atendiendo a las demandas y condicionamientos de los partidos y sectores políticos que posibilitaron el acceso de los jueces a su función. Sin dejar de reparar en la función política que éstos ejercen, en el sentido más amplio y noble de la palabra, los mecanismos de selección que aún no han sido modificados y que al presente generan grandes controversias en el seno del Poder Legislativo porque se ponen en juegodecisivas instancias de poder, dan cuenta sin duda de dónde está uno de los nudos problemáticos de la cuestión, aún sin solucionar, diagnóstico en el que seguramente coinciden muchos abogados, más allá de su filiación jusfilosófica.

CAPÍTULO IV:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. La evaluación epistémico crítica del status epistemológico del objeto del Derecho, nos permite comprobar:

1.1. Que existe una historicidad del término “derecho”, cuyo resultado nos muestra que no ha tenido una sola línea de significación, y que se ha derivado de 2 términos: **directum** (encaminar, enderezar, dirigir), cuanto de **ius**(guiar, conducir). Hoy en día el término “Derecho” se usa para nombrar a la disciplina así como al objeto de estudio,

1.2. Una historicidad de la disciplina del Derecho: 1º) Como racionalidad **pre sistemática** ligada al pensamiento mitológico del primitivismo, luego al pensamiento filosófico griego y, 2º) Como racionalidad: **sistemática**, que se inicia con el derecho romano y continúa con las escuelas y corrientes diversas de corte idealista y materialista que van creando Teorías del Derecho,

1.3. La existencia de una Comunidad investigadora que ha seguido el curso de una racionalidad filosófica, primero, y luego de una racionalidad científica,

1.4. Un objeto de estudio propio: **el derecho** (aunque parezca tautológico), el cual, tiene:

a) Facticidad, que se expresa como realidad jurídica (conjunto de manifestaciones jurídicas espontáneas y oficiales que se dan en un contexto histórico), y fenómeno jurídico (que interrelaciona dialécticamente 3 dimensiones: hecho, norma y valor jurídico); con un sentido télico, axiológico y práctico; el cual es la regulación de la conducta del ser social, históricamente,

b) Un origen, que se remonta a la sociedad primitiva, a partir de las relaciones sociales entre los hombres, regulados por las costumbres morales, las cuales tienen un carácter mítico religioso. Surgiendo luego la Dogmática jurídica como disciplina y técnica racional del Derecho con los romanos y principalmente con los Glosadores,

c) Objetividad, la cual es singular por la relación sujeto – objeto, en la cual hay relación intersubjetiva y por ende es imposible asumir una neutralidad absoluta,

d) No una plena delimitación de su objeto, porque mantiene una relación con la moral (vía la justicia), con el Poder(vía la Política), con la ideología(vía la filosofía idealista o materialista),

e) El mantenimiento relativo de Instituciones, métodos, sistemas y conceptos; a pesar de la contingencia y variabilidad del objeto,

f) Su practicidad, establecida en el carácter técnico de la jurisprudencia. En tal sentido es una tecnología social,

g) Su naturaleza, es ser un fenómeno social, histórico y cultural; integrado por un sistema de normas y principios jurídico – sociales institucionalizados de modo preceptivo, generalmente justiciable y coercible para regular la conducta de las personas,

h) Una esencia, que para el lusnaturalismo estaría dada por la Justicia como constante de regulación de las relaciones humanas en la convivencia social. Para nosotros, es una práctica social específica en la que se expresa históricamente los conflictos, acuerdos y tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social; y que para su estudio debe ser vinculado a una dimensión política e ideológica, debe establecer un análisis riguroso del sujeto y del discurso jurídico a nivel interdisciplinario (Antropología, Psicología, Sociología, Lingüística, Semiótica...), para desmontar las ficciones de libertad, autonomía e igualdad universalizados de modo alienante.

2. En suma, la evaluación epistémica crítica del objeto del Derecho, nos permite afirmar que su status epistemológico es el de ser una CIENCIA y TECNOLOGÍA SOCIAL compleja en desarrollo, porque reúne las condiciones básicas de tipo epistemológico para ser considerada como tal: a) Historicidad como disciplina racional, b) Historicidad como Comunidad investigadora, c) Tener un objeto, que es el fenómeno jurídico como fenómeno social concreto, d) Poseer un corpus teórico, e) Insertarse de modo singular a nivel meta e interdisciplinariamente en una clasificación sistémica de las Ciencias y, f) Cumplir una función social. Asimismo, el nivel de científicidad del Derecho, no está a la altura de Ciencias duras o compactas como las CC.NN., sino que es una Ciencia difusa pero posible. Por último, el Derecho tiende a ser una disciplina teórica orientada necesariamente a la acción; de allí su carácter tecnológico.

RECOMENDACIONES

1. Consideramos que el modelo de evaluación epistémico crítico, se puede aplicar a otras Ciencias, y en particular a las Ciencias Sociales, para indagar su status epistemológico actual. Por ejemplo, sería interesante emprender una investigación epistemológica de la Sociología y de la Psicología, disciplinas que están muy relacionadas con el Derecho.

2. A pesar que este Modelo de evaluación epistémica, es de carácter teórico, puede intentarse incorporar indicadores, para hacer una evaluación de tipo cuantitativo a las disciplinas que sean analizadas epistemológicamente.

3. Es importante, a su vez, no sólo seguir evaluando epistemológicamente al Derecho como disciplina; sino lo más importante es que los Juristas y, particularmente, los que se están formando para ser abogados, entiendan que no sólo debemos ser operadores del Derecho, sino lo mas importante, ser investigadores, lo cual implica seguir construyendo ciencia jurídica, para así desarrollar el nivel de cientificidad de nuestra disciplina.

CAPÍTULO V:
REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS Y
ANEXOS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AFTALION, E.- VILANOVA, J. Introducción al Derecho. Editorial Abeledo-Perrot. 1994. Argentina.
2. AGAZZI, Evandro. El bien, el mal y la ciencia. Las dimensiones éticas de la Empresa científico-tecnológica. Editorial Tecnos S.A. 1996. España.
3. AGUSTÍN, Aurelio. La Ciudad de Dios. Editorial Hernando. 1983. Madrid.
4. ALEXY, R. Derecho y razón práctica. Edit. Distribuciones Fontamara S.A. 1993. México.
5. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. Editorial Eddile.1987. Lima-Perú.
6. ANDREIEV, I. La ciencia y el progreso social. Moscú, Editorial Progreso, 1979. Rusia.
7. AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Editorial B.A.C. 1960. Madrid.
8. ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho. Editorial Tecnos. 1985. España
9. ARISTÓTELES. Tratados de lógica. El Organon. Editorial Porrúa S.A. 1981. México.
10. AVELLANEDA, Justo. Lecturas de teoría de la ciencia. Lima, Editorial Juridica S.A. 1994. Perú.
11. BASADRE A., Jorge. Historia del Derecho. Tomo I. Editorial San Marcos. Segunda Edición.1997. Perú.
12. BERGALLI, Roberto. La ideología del control social tradicional. Editorial Temis. 1982. Bogotá.
13. BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Tercera Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Temis, 1999 Santa Fe de Bogotá, Colombia.
14. BULYGIN, Eugenio. Regla de reconocimiento ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Doxa.1991.
15. BUNGE, Mario. La Investigación Científica. Barcelona, 5ta Edición, Editorial Ariel. 1976. España.
Epistemología. Editorial Ariel, 1980. España.
La ciencia, su método y su filosofía . Buenos Aires, Ediciones Siglo XX . 1995. Argentina.
Vigencia de la Filosofía. Lima, Fondo editorial UIGV. , 1997.
Perú.

¿Qué es filosofar científicamente? . Lima, Fondo editorial

UIGV. 2001. Perú.

16. CÁRCOVA, Carlos. La opacidad del Derecho. Editorial Trotta S.A. 2004. Buenos Aires.
17. CICERON, Marco Tulio. Sobre la República. Editorial Gredos. 1991. Madrid
18. COHEN Y NAGEL. E. Introducción a la Lógica y al Método Científico, Lógica Aplicada y método científico. Ed. Amorrorte. 1993. Argentina
19. DE GORTARI, Eli. Iniciación a la lógica. Editorial Grijalbo S.A.1982. México.
20. DIEZ, José y MOULINES. Fundamentos de la Filosofía de La Ciencia. Editorial Ariel. 1997. España.
21. D'ORS, Alvaro. Una introducción al estudio del Derecho. Ediciones Rialp S.A.1963. Madrid.
22. FERRATER, J. Diccionario de Filosofía. Madrid. Tomo I y II. Edit. Alianza. 1979. España.
23. FOUCAULT, Michel. La antropología del saber. Editorial Siglo XXI. 2002. Buenos Aires.
24. GARCÍA AVILÉS, A. Introducción a la Metodología de la Investigación Científica. Editores Plaza y Valdez. 1997. México.
25. GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Derecho. Concytec, 1988. Lima.
26. GIBSON, Q: La Lógica de la investigación social. Madrid, Editorial Tecnos. 1974. España. ;
27. HART, H.L. Derecho y moral. Contribución a su análisis. Editorial Paidós. 1982. Buenos Aires.
28. HEGEL, G.W. Filosofía del Derecho. Editorial Claridad. 1968. Buenos Aires
29. HERNANDEZ GIL, A., Metodología de la Ciencia del Derecho, vol. I, (Concepciones y métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Expansión y superación del positivismo) 2a ed., 1981. Madrid.
30. HERNÁNDEZ SAMPIERI, R. Metodología de la investigación. Edit. Mc. Graw Hill Interamericana. 2003. México.

31. HOBBS, Tomás. Leviatán. Editorial F.C.E. 1980. México.
32. KEDROV- SPIRKIN. La ciencia. Editorial Nauka .1968 .Moscú.
33. KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. UNAM. 1983. México.
34. KUHN, Tomas. La estructura de las revoluciones científicas. Buenos Aires Editorial FCE. 1971. México.
35. KOPNIN, P.V. Lógica dialéctica. Editorial Grijalbo S.A. 1966. México.
36. LAPORTA, F.- GARZÓN VALDEZ E. Derecho y moral. Editorial Trotta. 1996. Madrid.
37. MARÍ, Enrique. Neopositivismo e ideología. Ed. Eudeba. 1974. Buenos Aires.
38. MONTORO BALLESTEROS, A. Sistema de Teoría Fundamental del Derecho. T.I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
39. MOSTERIN, Jesús. Los Conceptos Científicos. Editorial Trotta. 1993. España.
Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia. Editorial Alianza S.A. 2002. España.
40. MOZOS, J.L. de los. Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidos. 1977. Madrid.
41. NAGEL, E. La estructura de la ciencia. Editorial Paidós.1974. Argentina.
42. NINO, Carlos. Consideraciones sobre la Dogmática jurídica. UNAM.1989. México.
43. PEREZ SOTO, C. Sobre un concepto histórico de ciencia. De la epistemología actual a la dialéctica. Ediciones LOM. 1998. Chile.
44. PONCE DE LEÓN, S.J. Curso de filosofía: Metafísica general u ontología. Volumen III, Editorial Poblet, 1949. Buenos Aires.
45. POPPER, Karl. La lógica de la investigación científica. Editorial Tecnos. 1980. España.

46. POULANTZAS, Nico. Hegemonía y dominación en el Estado moderno. Editorial Siglo XXI. 1977. Argentina.
47. ROSENTAL, Iudín. Diccionario de Filosofía. Lima. Editorial Universo, 1986. Perú.
48. RUDNER, R. Filosofía de la ciencia social. Editorial Alianza .1980 España.
49. RUSSELL, Bertrand. El conocimiento humano. Su alcance y sus límites. Ediciones Taurus S.A. 1977. España.
50. SANCHEZ LUIS, M. Producir democráticamente el Derecho. UNSA. 1992. Arequipa.
51. SIERRA BRAVO, R. Metodología de las Ciencias Sociales. Editorial. Paraninfo. 1984. España.
52. SUÁREZ, Francisco. Sobre las Leyes. Editorial Labor. 1992. Madrid.
53. TAMAYO Y SALMORÁN, R. El Derecho y la Ciencia del Derecho. UNAM, 1986. México.
54. TERÁN PIMENTEL, M. Una aproximación a la concepción romana del Derecho. En *Dikaiosyne* No. 18. Año X. 2007.
55. TERRY D. TEMBRINK. Evaluación, guía práctica para profesores. Editorial Nancea. 1980. España.
56. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Editorial Temis S.A. 2001. Lima – Perú.
57. VARIOS. Curso de filosofía de la ciencia. Textos seleccionados. Editorial de la UNT. 2006. Perú.
58. VERÓN, Eliseo. La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad. Editorial Siglo XXI. 1988. Buenos Aires.
59. VIEHWEG, Theodor. Tópica y filosofía del Derecho. Editorial Gedisa S.A. 1995. Barcelona.
60. WRIGHT VON, G.H. Norma y acción. Una investigación lógica. Editorial Tecnos. 1971. Madrid.

ANEXOS

CUADRO No. 01

ASPECTO ONTOLÓGICO DEL DERECHO		RESULTADOS
1. Historicidad del término "derecho"		No ha tenido una significación única y lineal. Etimológicamente, ha derivado de 2 términos: directum (encaminar, enderezar, dirigir), cuanto de ius (guiar, conducir). Hoy en día el término "Derecho" se usa para nombrar a la disciplina así como al objeto de estudio,
2. Historicidad de la disciplina del Derecho		Tiene 2 etapas: 1°) Como racionalidad pre sistemática ligada al pensamiento mitológico del primitivismo, luego al pensamiento filosófico griego y, 2°) Como racionalidad: sistemática , que se inicia con el derecho romano y continúa con las escuelas y corrientes diversas de corte idealista y materialista que van creando Teorías del Derecho,
3. Historicidad de la Comunidad investigadora		La existencia de una Comunidad investigadora que ha seguido el curso de una racionalidad filosófica, primero, y luego de una racionalidad científica,
4. O B J	4.1. Facticidad	Entendida como concreta, empírica y objetiva, el Derecho se expresa como realidad jurídica (conjunto de manifestaciones jurídicas espontáneas y oficiales que se dan en un contexto histórico), y fenómeno jurídico (que interrelaciona dialécticamente 3 dimensiones: hecho, norma y valor jurídico); con un sentido télico, axiológico y práctico; el cual

E T O D E E S T U D I O		es la regulación de la conducta del ser social, históricamente,
	4.2.Origen	<p>Que se remonta a la sociedad primitiva, a partir de las relaciones sociales entre los hombres, regulados por las costumbres morales, las cuales tienen un carácter mítico religioso. Surgiendo la Dogmática jurídica como disciplina y técnica racional del Derecho con los romanos y principalmente con los Glosadores. De ello se infiere:</p> <p>a) <u>Objetividad</u>, la cual es singular por la relación sujeto – objeto, en la cual hay relación intersubjetiva y por ende es imposible asumir una neutralidad absoluta,</p> <p>b) <u>No una plena delimitación de su objeto</u>, porque mantiene una relación con la moral (vía la justicia), con el Poder(vía la Política), con la ideología(vía la filosofía idealista o materialista),</p> <p>c) <u>El mantenimiento relativo de Instituciones, métodos, sistemas y conceptos</u>; a pesar de la contingencia y variabilidad del objeto,</p> <p>d) <u>Su practicidad</u>, establecida en el carácter técnico de la jurisprudencia. En tal sentido es una tecnología social,</p>
	4.3.Naturaleza	Su naturaleza, es ser un fenómeno social, histórico y cultural; integrado por un sistema de normas y principios jurídico – sociales institucionalizados de modo preceptivo, generalmente justiciable y coercible para regular la conducta de las personas,
	4.4. Esencia	<u>Una esencia</u> , que para el lusnaturalismo estaría dada por la Justicia como constante de regulación de las relaciones humanas en la convivencia social. Para nosotros, es una práctica social específica en la que se expresa históricamente

		<p>los conflictos, acuerdos y tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social; y que para su estudio debe ser vinculado a una dimensión política e ideológica, debe establecer un análisis riguroso del sujeto y del discurso jurídico a nivel interdisciplinario (Antropología, Psicología, Sociología, Lingüística, Semiótica...), para desmontar las ficciones de libertad, autonomía e igualdad universalizados de modo alienante.</p>
	<p>4.5.Cognoscibilidad</p>	<p>A pesar de su facticidad, el estudio del objeto Derecho es complejo, por el conjunto de interacciones externas e internas, por la autonomía relativa del individuo humano, por la dialecticidad y dinamicidad del proceso jurídico. Sin embargo, si es posible investigar científica y técnicamente al fenómeno jurídico.</p>