

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO



**PLURALISMO HERMENÉUTICO Y CONFLICTO DE POSTULADOS  
FILOSÓFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO**

**M. Sc. ALEX WALDEMAR GONZÁLEZ CÓBAR**

GUATEMALA, FEBRERO DE 2020

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**PLURALISMO HERMENÉUTICO Y CONFLICTO DE POSTULADOS  
FILOSÓFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO**

**TESIS DOCTORAL**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

**M. Sc. ALEX WALDEMAR GONZÁLEZ CÓBAR**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO  
CON DISTINCIÓN CUM LAUDE**

Guatemala, febrero de 2020

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González  
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia  
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla  
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios  
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz  
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTE: Dr. Aníbal González Dubón  
VOCAL: Dr. Saúl González Cabrera  
SECRETARIA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

**NOTA:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

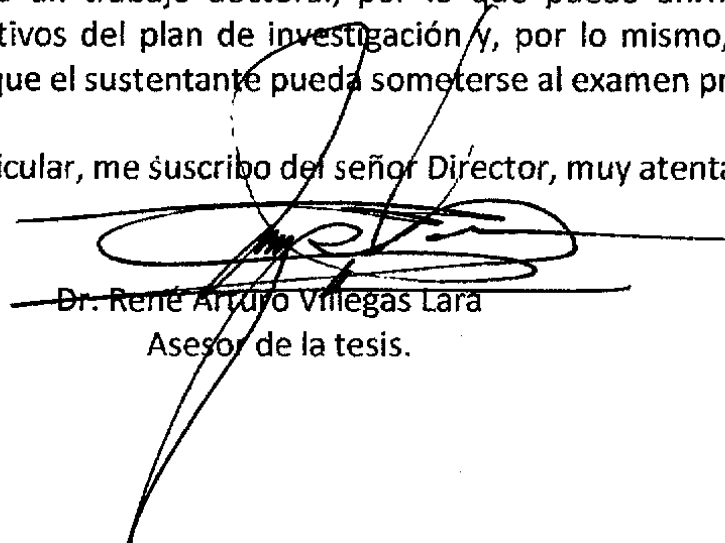
Guatemala, 10 de julio de 2019

Señor Director de la  
Escuela de Postgrado  
Doctor Luis Ernesto Cáceres  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de San Carlos.

Señor Director:

Cumpliendo con la tutoría de tesis del doctorando, Maestro ALEX WALDEMAR GONZALEZ CÓBAR, para la cual se me nombró, cumpla con informarle que el doctorando investigó el tema "PLURALISMO HERMENEÚTICO Y CONFLICTO DE POSTULADOS FILOSÓFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO", evidenciando dedicación en lo que proceso investigativo, realizándolo con responsabilidad. El tema es importante y de lo que trata, esencialmente, es relacionar la interpretación del derecho con las distintas corrientes filosóficas que existen en la teoría jurídica, pues, según la que se sustente, varía el enfoque que se le dé a la interpretación. Así, el positivismo, el iusnaturalismo o el realismo jurídico, entre otras, influyen en la tarea hermenéutica del Derecho. Por lo demás, la bibliografía consultada es suficiente para un trabajo doctoral, por lo que puedo afirmar que se cumplen los objetivos del plan de investigación y, por lo mismo, le doy mi aprobación para que el sustentante pueda someterse al examen privado.

Sin otro particular, me suscribo del señor Director, muy atentamente.



Dr. René Arturo Villegas Lara  
Asesor de la tesis.

Guatemala, 05 de febrero de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**PLURALISMO HERMENÉUTICO Y CONFLICTO DE POSTULADOS  
FILOSÓFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO**

Esta tesis fue presentada por el **M.A. Alex Waldemar González Cobar**, estudiante del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



~~Dra. Gladys Tobar~~  
~~Revisora~~  
~~Colegio Profesional de Humanidades~~  
~~Colegiada 1450~~


**Dra. Gladys Tobar Aguilar**  
Doctorado en Educación y Licenciatura  
en Letras.  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada. 1450

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**  
Guatemala, 7 de febrero del dos mil veinte.-----

En vista de que el MSc. Alex Waldemar González Cóbar aprobó examen privado de tesis con distinción **CUM LAUDE** en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 158-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“PLURALISMO HERMENÉUTICO Y CONFLICTO DE POSTULADOS FILOSÓFICOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**



**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la oportunidad de existir y ser quien soy. Por haberme ayudado siempre durante toda mi vida.
- A MI MAMÁ:** **Edda Coralia Cóbar Sandoval**, por ser la persona más maravillosa de todo el mundo, quien siempre me ha brindado amor, cariño y apoyo incondicional en todo lo que he realizado; quien siempre me ha empujado y animado a perseguir absolutamente todo lo que he logrado. Este logro también es tuyo, gracias madrecilla, te quiero mucho.
- A MI QUERIDA ESPOSA:** **Jeannett Chang Chau**, mi linda, quien es el amor de mi vida, por ser la persona que me hace feliz y me complementa en este mundo. Mi preciosa esposita, te amo con todo mi corazón. Gracias por apoyarme y tenerme paciencia en la elaboración de este trabajo.
- A MI HERMANO:** **Tomy Daniel González Cóbar**, porque sin importar el problema, siempre has estado allí para apoyarme; mi niñez y mi vida nunca hubiera sido igual sin vos.
- MI FAMILIA:** A mis tíos, mis primos, mi papá y mis abuelitos (que en paz descansan), quienes forman una parte muy importante de mi vida. Sin su ayuda, cariño, consejos y amistad no sería la persona que soy hoy, han sido una gran influencia.
- A MIS SERES QUERIDOS, BREK:** Por estar siempre a mi lado. Jamás los olvidaré.
- A MIS MAESTROS:** Quienes desinteresada y excelsamente me han compartido su conocimiento y sabiduría. Han sido una guía imprescindible en este camino académico. Doctor René Arturo Villegas Lara, Doctor Jorge Mario Rodríguez Martínez, Doctor Aníbal González Dubón, Doctor Ovidio David Parra Vela, Doctor Julio César Díaz, Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez y Licenciado Rafael Godínez Bolaños, entre otros.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, - USAC-:** Mi *alma mater* intelectual.

## Índice

### Pluralismo hermenéutico y conflicto de postulados filosóficos en la interpretación del derecho



Página

Introducción .....	i
<b>Capítulo I</b>	
<b>1. Postulados filosóficos sobre la posibilidad del conocimiento absoluto .....</b>	<b>1</b>
1.1. Teoría del conocimiento (posibilidad del conocimiento verdadero) .....	1
1.2. Concepto de ciencia .....	11
1.3. Paradigmas .....	13
1.4. Derecho: ciencia, cultura o práctica .....	15
1.5. Ciencias sociales, ciencias naturales, ciencias ideales .....	18
1.6. Consideraciones finales .....	32
<b>Capítulo II</b>	
<b>2. La hermenéutica.....</b>	<b>35</b>
2.1. Hermenéutica e interpretación .....	35
2.2. Interpretación jurídica .....	36
2.3. Teorías sobre la interpretación en relación con su posibilidad cognoscente.....	38
2.3.1. Cognitivismo .....	38
2.3.2. Escepticismo .....	39
2.3.3. Teoría intermedia.....	41
2.4. Teorías sobre la interpretación, según su forma de cognición .....	42
2.4.1. Teoría lingüística .....	42
2.4.2. Teoría subjetiva o intencional .....	43
2.4.3. Teoría axiológica u objetiva .....	45
2.5. La interpretación jurídica orientada por las teorías de la filosofía jurídica .....	47
2.6. Interpretación según el método .....	48
2.6.1. Interpretación gramatical .....	48
2.6.2. Interpretación correctora .....	53
2.6.3. Interpretación sistemática .....	54
2.6.4. Interpretación adecuadora o conforme .....	55
2.6.5. Interpretación histórica .....	56
2.6.6. Interpretación teleológica .....	57
2.6.7. Interpretación evolutiva .....	58
2.7. Otras técnicas interpretativas .....	59
2.7.1. La subsunción .....	59
2.7.2. La ponderación y la proporcionalidad .....	60
2.8. Clases de interpretación según el intérprete .....	61
2.8.1. Auténtica .....	61
2.8.2. Jurisprudencial .....	62
2.8.3. Doctrinaria .....	63
2.8.4. Administrativa .....	63
2.9. La especialidad de la interpretación constitucional .....	64
2.9.1. Carácter abierto .....	65
2.9.2. Politicidad .....	66
2.9.3. Carácter axiológico .....	68





2.9.4. Consideraciones sobre la interpretación constitucional .....	69
2.10. La lógica y la interpretación jurídica .....	73
2.10.1. Posibilidad de la aplicación de los principios lógicos a las normas jurídicas.....	73
2.10.2. Lógica jurídica .....	75
2.10.3. Principios supremos de la lógica jurídica .....	77
2.10.3.1. Principio lógico jurídico de contradicción .....	78
2.10.3.2. Principio lógico jurídico de tercero excluido .....	81
2.10.3.3. Principio especial de contradicción .....	82
2.10.4. Contradicción normativa y criterios de validez .....	83
2.11. Problemas que se dan en la interpretación .....	85
2.11.1. Antinomias .....	85
2.11.2. Lagunas legales .....	88
2.11.2.1. La norma integradora .....	92
2.11.2.2. La analogía .....	93
2.11.3. Relaciones de interés en la interpretación .....	97
2.12. Consideraciones hermenéuticas críticas .....	99
2.12.1. Pensamiento hermenéutico de Hans-Georg Gadamer .....	99
2.12.2. Razón y hermenéutica .....	111
2.12.3. El discurso y argumentación jurídica de Robert Alexy .....	115

### Capítulo III

<b>3. Conflictos entre postulados filosóficos jurídicos e implicaciones en la interpretación y aplicación del derecho .....</b>	<b>121</b>
3.1. Teorías filosóficas sobre el concepto de derecho.....	121
3.1.1. Iusnaturalismo .....	121
3.1.1.1. Iusnaturalismo precristiano .....	130
3.1.1.2. Iusnaturalismo teológico .....	131
3.1.1.3. Iusnaturalismo racional .....	132
3.1.1.4. Escuela clásica iusnaturalista o iusnaturalismo extremo .....	133
3.1.1.5. Iusnaturalismo atenuado .....	133
3.1.1.6. Ética y moral .....	134
3.1.1.7. Diferencias entre ética y moral .....	137
3.1.1.8. Valores .....	138
3.1.1.9. Deontología y axiología .....	143
3.1.1.10. Justicia .....	144
3.1.2. Iuspositivismo .....	150
3.1.2.1. Positivismo ideológico o clásico .....	158
3.1.2.2. Positivismo teórico .....	160
3.1.2.3. Positivismo metodológico o conceptual .....	161
3.1.2.4. Positivismo incorporacionista .....	163
3.1.2.5. Teoría pura del derecho .....	164
3.1.2.5.1. Norma hipotética fundamental .....	166
3.1.2.6. Orden (seguridad jurídica) .....	167
3.1.3. Sociología del derecho .....	170
3.1.3.1. Jurisprudencia de intereses .....	175
3.1.3.2. Escuela de derecho libre .....	176
3.1.3.3. Realismo jurídico .....	178
3.1.3.3.1. Realismo jurídico norteamericano .....	179
3.1.3.3.2. Realismo jurídico escandinavo .....	180
3.1.3.4. Iusculturalismo, una visión cultural del derecho .....	181



3.1.4. Neoconstitucionalismo .....	187
3.1.4.1. Neoconstitucionalismo teórico .....	196
3.1.4.2. Neoconstitucionalismo ideológico .....	197
3.1.4.3. Estado legal y constitucional de derecho .....	198
3.1.4.4. Una perspectiva sociológica del neoconstitucionalismo .....	201
3.1.4.5. Derechos humanos .....	202
3.2. Conflicto de postulados filosóficos que influyen en el desarrollo del concepto de derecho, su interpretación y aplicación .....	204
3.2.1. Dificultades en la determinación del concepto derecho .....	204
3.2.2. Consideraciones sobre el conflicto de postulados filosóficos en la conceptualización e interpretación del derecho .....	212
3.2.3. Justicia y orden .....	228
3.2.4. Consideraciones e implicaciones hermenéuticas de la relación entre derecho y moral .....	230
<b>Consideraciones finales .....</b>	<b>241</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>249</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>251</b>

## Introducción

Dentro de la experiencia jurídica y en el discurso y argumentación jurídica surgen distintas posturas en relación con el concepto de derecho, su interpretación y el concepto de las distintas instituciones que lo sustentan. Generalmente, dicho conflicto surge de las distintas posiciones dogmáticas preconcebidas en relación con este.

Muchas veces dichas discusiones arriban a perspectivas irreconciliables, con resultados aparentemente infructuosos. Lo que provoca la interrogante crítica del grado de cientificidad del derecho.

Mediante el presente trabajo se pretende profundizar en la naturaleza de este problema, buscar las causas que lo estimulan, así como los posibles efectos que puede provocar, particularmente en la forma de interpretar y aplicar el derecho.

El esfuerzo intelectual e investigativo que se realizará en el presente trabajo surge, principalmente, del planteamiento de problemas sobre si existe alguna forma o método universalmente válido de interpretar el derecho. Si es posible determinar, en casos concretos, el contenido real, verdadero y universalmente válido del derecho. Derivado de esta problemática gnoseológica y hermenéutica, se despierta la curiosidad filosófica con relación a si existen diversas posturas filosóficas específicamente jurídicas que puedan influir en el desarrollo del concepto de derecho y en la forma en cómo se interpreta y aplica este.

De esta manera, y con el afán de saciar esta curiosidad filosófica y científica en relación con las interrogantes planteadas, en el primer capítulo del presente trabajo se abordan teorías filosóficas y epistemológicas, en general, que permitan mostrar la discusión primordial sobre la posibilidad de la verdad, la realidad y su conocimiento verdadero. Base gnoseológica de la que dependerá toda concepción teórica e interpretativa del derecho. Para luego profundizar sobre el concepto de ciencia y sus paradigmas, con el objeto de afrontar la interrogante suscitada sobre la seriedad o exactitud científica del derecho. Así, se pretende profundizar en





relación con el concepto de derecho. ¿Por qué existen tantas aproximaciones distintas a este concepto? Si puede ser catalogado como una ciencia o no, si es una disciplina científica o únicamente un arte pragmático, o si es únicamente un producto de la cultura social. Se pretende indagar, de esta manera, básicamente sobre el concepto de ciencia y las teorías del conocimiento y su respectiva relación con el derecho.

Posteriormente, en el segundo capítulo se realiza un análisis de la hermenéutica, y se exploran diversas teorías, métodos y técnicas interpretativas con el objeto de investigar la posibilidad o imposibilidad teórica, lógica y práctica de que exista un método y un resultado interpretativo verdadero, unívoco y absoluto de los textos normativos y, en general, del derecho. Se pretende, así, ahondar en la interpretación de las normas y los textos normativos desde sus diferentes perspectivas, en especial, desde puntos de vista gramatical, lógico, lingüístico y argumentativo. Tomando en cuenta, también, los conflictos hermenéuticos, lógicos y sistémicos que representan las antinomias, lagunas legales y la analogía.

Ya con una perspectiva teórica, epistemológica, lógica, filosófica y hermenéutica del problema, en el tercer capítulo, se abordará la situación de la existencia de diversas corrientes filosóficas en torno al derecho, que todas las personas que crean, interpretan, aplican o estudian el derecho poseen implícita o explícita, consciente o inconscientemente. Y de esta manera, se investiga las consecuencias teóricas y prácticas de este conflicto o diversidad de posturas filosóficas y jurídicas. Se trata de mostrar la inevitable influencia que tienen estas corrientes o la adscripción consciente o inconsciente a ellas, en la manera de interpretar y aplicar el derecho.

A través de esta investigación teórica conceptual se aspira a analizar brevemente los elementos relevantes de las teorías filosóficas del derecho consideradas en este trabajo como principales o más influyentes en el conocimiento del derecho. Entre estas el iuspositivismo, el iusnaturalismo y la sociología del derecho y realismo jurídico y la corriente jurídica del neoconstitucionalismo. Se pretende mostrar los vínculos de coherencia, congruencia y contradicción que



existen entre estas posturas filosóficas jurídicas. Se pretende mostrar algunas de las distintas perspectivas desde las cuales se puede conceptualizar y analizar el derecho, así como las consecuencias teóricas y prácticas que esto implica, especialmente en el campo de la interpretación y aplicación del derecho. Además, se pretende profundizar en la moral, la ética, la axiología y la deontología. Así como en la relación o tensión entre moral y derecho. Si existe o no una vinculación necesaria entre estos. También, se aborda una perspectiva sobre la relación y tensión entre justicia y orden, y la relación entre justicia e igualdad. Se procura resaltar, además, la perspectiva sociológica del derecho.

Al igual que en todas las paradojas filosóficas, este trabajo no pretende generar de forma arbitraria o presuntuosa una solución definitiva y absoluta al conflicto descrito. Sino que el modesto objetivo de este es el de mostrar la discusión existente en torno al tema y problemas planteados, sus distintos argumentos, causas y efectos probables, así como presentar una argumentación racional al respecto con el fin de considerar la corroboración o refutación de la hipótesis que se plantea más adelante, debido a que las discusiones filosóficas generalmente no arriban a una conclusión definitiva, sino simplemente pretenden el crecimiento personal, intelectual, espiritual y académico por medio de la discusión de distintas ideas y concepciones del mundo. Por lo que el objetivo principal de esta investigación es este crecimiento descrito, tanto del lector como del investigador, en torno a las distintas corrientes y concepciones del derecho, desde su base epistemológica, hermenéutica y filosófica.

Derivado de los problemas principales planteados, en este trabajo de investigación se pretende abordar problemas y paradojas como las siguientes que se suscitan en el estudio, interpretación y aplicación del derecho: resoluciones judiciales tan abiertamente distintas con la interpretación de un mismo texto normativo jurídico. Generalmente, por parte de jueces distintos, pero aún más paradójico, cuando es por parte de un mismo juez.

En conflictos concretos, muchas veces cada parte y/o sus abogados interpretan de una forma distinta un mismo texto normativo jurídico. De igual



manera, muchas veces, subsumen o encuadran de forma distinta un mismo hecho a una misma norma jurídica o a otras normas.

Se trata de investigar la razón o la causa de la existencia de tantas opiniones sobre la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o acerca de la aplicación de este a un hecho concreto. Y si esto es lógica e ideológicamente posible, o si existe una forma única de arribar a la interpretación y aplicación correcta de un mismo texto normativo jurídico. Se indaga si es posible extraer una única norma jurídica absoluta, irrefutable y correcta de un texto normativo, si es posible una exégesis perfecta a través de una manera o método hermenéutico universalmente válido.

Se tratará de abordar esta paradoja también desde la perspectiva de casos difíciles, especiales, en los que una interpretación puede afectar la vida, salud, integridad o dignidad de las personas. Casos difíciles en los que existe duplicidad de normas aplicables, antinomias o en los que se enfrentan diversos principios o valores.

Además, a manera de preámbulo del análisis descrito que se realiza, se estima pertinente manifestar que se considera que gran parte de los esfuerzos del estudio, enseñanza e investigación del derecho deberían enfocarse en la filosofía y en el estudio hermenéutico. En la filosofía, ya que esta nos permite reflexionar en torno a los temas y elementos esenciales del derecho, realizar un análisis crítico de sus fundamentos y concepciones desde el fondo de nuestra conciencia y razón, y no aceptar cualquier información de forma dogmática o acrítica. Y la hermenéutica debido a que es una rama de la filosofía tan importante para la interpretación y comprensión de sistemas que expresan un sentido o un significado, sistemas lingüísticos, como el derecho, por lo que no puede dejarse de lado en el estudio de este.





Y la verdad se entiende como la correspondencia del conocimiento humano con la realidad.

Así, surge la pregunta: ¿es posible conocer la verdad absoluta, esa concordancia del conocimiento humano (en cierto grado subjetivo) con la realidad material (puramente objetiva)?

En relación con la posibilidad del conocimiento, existen dos teorías radicalmente opuestas: el dogmatismo y el escepticismo. El dogmatismo propugna la efectiva posibilidad del conocimiento. Mientras que el escepticismo afirma la imposibilidad de este.

Para el dogmatismo no existe ningún problema o duda de la posibilidad del ser humano de adquirir el conocimiento absoluto del mundo externo. Tiene plena confianza en la razón humana. Esta incluso puede ser conceptualizada como una confianza hasta cierto grado ingenua que no toma en cuenta la percepción y los límites de esta, así como la capacidad de pensamiento de la conciencia. Así podemos encontrar dogmatismos de tipo teórico, ético y religioso. El dogmatismo teórico que se refiere al conocimiento teórico irrefutable basado en ideas o sistemas concebidos racionalmente. Y el dogmatismo ético y religioso que se refiere al conocimiento absoluto e incuestionable de los valores, ya sean morales o religiosos. Y como su nombre lo indica, se basa en el “dogma” que es una doctrina fijada, incuestionable e irrefutable (Hessen, 2007, pp. 18-19).

Para el escepticismo, a una conciencia cognoscente le es imposible aprehender un objeto de forma completa y absoluta. Este escepticismo existe en diversos grados, unos más flexibles que otros. Ya que el escepticismo más radical indica que toda aprehensión del objeto por parte del sujeto es imposible. Niega la posibilidad real de contacto entre el sujeto y el objeto y por ende esta concordancia de la imagen. El escepticismo crítico o medio indica que sí es posible que el sujeto aprehenda una imagen del objeto, únicamente que nunca se tendrá certeza de que esa imagen aprendida del objeto o juicio que se emita corresponderá con la realidad. Que no existe una certeza absoluta de que una afirmación sea verdadera, sino





únicamente existe la probabilidad que esta sea verdadera (Hessen, 2007, pp. 19-21). A pesar de también ser criticado, el escepticismo es, de alguna manera, la espina que genera la duda del investigador y del filósofo y que evita dar por sentada como verdad absoluta el conocimiento previo que le es inculcado al ser humano por la sociedad y su entorno. Y es esta duda o curiosidad la que genera el avance o cambio de paradigmas y meditación de la ciencia y la filosofía.

Además, en cuanto a la forma de acceder al conocimiento, encontramos el racionalismo y el empirismo. El racionalismo establece que es posible conocer la realidad mediante el pensamiento puro, sin necesidad de ninguna premisa empírica. Esta postura tiende a indicar la existencia de un conocimiento universalmente válido y fundamentar el conocimiento en premisas lógicas matemáticas. Y así, tiende de alguna manera a la dogmatización de la razón. Esta postura racionalista extrema puede llegar a utilizar el concepto de verdad, no como la corroboración del conocimiento con la realidad, sino conceptualizarla exclusivamente como la concordancia del pensamiento con este mismo (lógica). Mientras que el empirismo indica que todo conocimiento se basa en la experiencia a través de los sentidos y que esta es la fuente principal del conocimiento humano, contrario a lo que indica el racionalismo. De alguna manera tiende al escepticismo de la razón.

Existen teorías intermedias que tratan de conciliar al racionalismo con el empirismo. Manifiestan la importancia tanto de la razón, como de la experiencia, como fuentes del conocimiento humano. El intelectualismo indica que el conocimiento y nuestros conceptos de los objetos, si bien utilizan la razón y la experiencia, no son un patrimonio a priori de nuestra razón, sino se derivan de la experiencia. El intelectualismo postula que primero existe un contacto del sujeto con el objeto mediante la experiencia sensorial, luego se aprehenden mediante la razón, el sujeto extrae la esencia e imagen del objeto mediante la razón. En cambio, la postura intermedia denominada apriorismo, a pesar de reconocer también la importancia de la razón y la experiencia en el fenómeno del conocimiento, indica que la forma del conocimiento procede del pensamiento, de la razón. Mientras que la materia del conocimiento procede de la experiencia. Afirma así, Hessen, que



"Los conceptos sin las intuiciones son vacíos, las intuiciones sin los conceptos son ciegas". Pero al contrario que el intelectualismo, el apriorismo afirma que en el proceso de conocimiento, el ser humano primero utiliza la razón, basándose en sus conceptos a priori y luego llena estos conceptos con la experiencia. Ambas posturas propugnan la necesidad de un pensamiento racional en torno a las percepciones, con el objeto de dar orden a las caóticas percepciones y así poder arribar al conocimiento (Hessen, 2007, pp. 31-34).

Otra teoría de adquisición del conocimiento, que plantea Hessen (1981, pp. 107-115), es la de la intuición. Esta se refiere a la adquisición inmediata del conocimiento, a la aprehensión inmediata de la imagen del objeto sin necesidad de una reflexión o meditación profunda a través de la razón. Afirma que existen tres tipos de intuiciones: una de carácter racional, otra emotiva y una última volitiva. Por medio de la intuición racional se accede al conocimiento de las esencias de los objetos. A través de la intuición emotiva, que utiliza los sentimientos, se conocen los valores. Se determina lo bueno y lo malo, la belleza y la fealdad. Esta es una de las teorías que se utilizan para explicar la validez de la axiología y la ética y sus diferentes doctrinas y jerarquización de valores. Esta última también se utiliza para explicar y fundamentar la religión y sus doctrinas. Además, afirma que por medio de la intuición volitiva, se conoce la existencia de los objetos y la voluntad subjetiva.

De la posibilidad de acceso al conocimiento, ya sea mediante el racionalismo o mediante el empirismo, o posturas intermedias a estas, surge la idea de la validez universal del conocimiento adquirido, con el objeto de poder aseverar su verdad o efectiva correlación con la realidad. No solo porque la verdad es el norte que guía nuestra curiosidad científica, sino también por la utilidad pragmática de realizar actividades cotidianas y construir o reformar el mundo con base en conocimientos ciertos e infalibles.

Ante la necesidad del conocimiento con validez universal, existen filósofos que fundamentan la realidad que se pretende aprehender en la corriente del realismo. Los objetos tienen existencia real, independientes de ser pensadas o no por una conciencia cognoscente. Existen diversos tipos de realismo: "1) el realismo



ingenuo para el cual el conocimiento es una reproducción exacta de la realidad” para este realismo basta con el conocimiento empírico que nos proporcionan nuestros sentidos; “2) el realismo crítico, que afirma que no podemos aceptar sin crítica el conocimiento dado por los sentidos, pues debemos someter a examen tal conocimiento para comprobar en qué medida corresponde a la realidad tal cual ella se da; tal examen acerca este tipo de realismo al racionalismo”. Implica que la información que nos proporciona los sentidos debe ser comprobada críticamente con la razón, esta postura acerca el empirismo al racionalismo; y “3) el realismo científico para el cual es la ciencia la que proporciona el mejor conocimiento de la realidad; en ella, la razón y la experiencia se necesitan para conocer la verdad. Según su principio básico, el racionalismo científico rechaza otro tipo de conocimiento que pretenda tener el valor de verdad, como el conocimiento ordinario, el conocimiento religioso, el conocimiento místico y el metafísico”. Esta última postura idealiza a la ciencia cartesiana y el método científico, indicando que es el mejor método para conocer la realidad de forma verdadera. Al igual que la postura anterior afirma la necesidad de combinar la razón y la experiencia para conocer la verdad (Briones, 2002, p. 25).

La postura filosófica contraria al realismo es el idealismo, en donde la realidad no es externa, sino es interna y postula que los objetos físicos no pueden tener existencia aparte de la mente que sea consciente de ellos. Entre sus exponentes principales encontramos a filósofos como Platón, Leibnitz, Hegel. En esta postura se afirma que la materia es una manifestación del espíritu.

En cuanto al positivismo, este indica que para que un conocimiento sea verdadero, debe devenir de la experiencia sensible. Es una postura empírica crítica y científica del acceso al conocimiento. El positivismo afirma que la ciencia se basa en los hechos que han sido observados y percibidos por medio de los sentidos y que son analizados posteriormente por la razón. Como derivación del positivismo surge el positivismo lógico, que se basa en un empirismo total, apoyado en la lógica, una alta estimación de la ciencia y un rechazo total a la metafísica. En esta última

concepción filosófica sobre la adquisición del conocimiento se basa el Círculo de Viena con exponentes como Schlick y Carnap (Briones, 2002, pp. 28-30).



Otra escuela importante que explica la adquisición del conocimiento, es la filosofía analítica del lenguaje de Ludwig Wittgenstein. En esta se afirma que las palabras tienen múltiples significados y en realidad, son las personas las que le dan el significado o definición a las palabras. Por lo que no existe un único significado o definición ideal. Asevera, además, que la hermenéutica busca que una persona se entienda con otras en relación con el significado de un texto o un enunciado, que básicamente se refiere a la interpretación de los símbolos del lenguaje. Así, conceptualiza la interpretación como la recolección del sentido de los símbolos (Briones, 2002, pp. 33-37).

Una vez analizado este contexto epistemológico, se reitera la interrogante suscitada en relación con si: ¿es posible conocer la verdad absoluta, esa concordancia del conocimiento humano (en cierto grado subjetivo) con la realidad material (puramente objetiva)?

En congruencia con la hipótesis planteada en la presente investigación, se considera que la verdad absoluta es inalcanzable. En un análisis desde la perspectiva del realismo científico o desde la posición epistemológica del criticismo, la verdad absoluta es inalcanzable. Esta verdad producto de la conjunción de la razón y la experiencia debe ser la guía que oriente la investigación científica y filosófica. Y aunque en realidad nunca se llegue a alcanzar la verdad por completo, con cada descubrimiento o conocimiento adquirido, la ciencia se enriquece y la humanidad se acerca tan solo un poco más a ella. Cuando tratamos de atrapar el conocimiento del mundo objetivo, nos acercamos un poco más a la verdad, aunque en realidad nunca la alcancemos, según Karl Popper (1973, p. 57) y su teoría de las redes con las que el ser humano intenta atrapar el conocimiento del mundo, las cuales se tornan cada vez más finas.

En el fondo, la postura anterior recae más en un postulado escéptico que en el dogmatismo racional, pero atenuado por la búsqueda de acercarse a la verdad.



Esto, con el objeto de evitar el estancamiento en un pesimismo intelectual y de esta manera, buscar incrementar y mejorar el acervo intelectual actual de la humanidad. Y así, lograr avances científicos y del conocimiento cada vez más cerca de la realidad y la verdad.

Además, se considera que la verdad, al igual que el conocimiento de la realidad, nunca será completamente objetiva, siempre tendrá cierto grado de subjetividad. Esta es una de las razones por las cuales se considera que la verdad absoluta es inalcanzable. La imposibilidad de esa concordancia irrefutable del conocimiento humano con la materia objetiva.

Ya que el conocimiento es un fenómeno de la conciencia. En el conocimiento interacciona la conciencia con el objeto, el sujeto con el objeto. El fin del conocimiento es que el sujeto aprehenda al objeto. Aprehenda esta imagen que la puede conceptualizar a través de sus elementos o propiedades esenciales y accidentales y así categorizarlos u ordenarlos mentalmente para su comprensión.

Si bien la realidad o universo objetivo existe aunque no sea pensado, o sin necesidad que una mente esté consciente de este, al momento de ser objeto de análisis por parte del ser humano, el conocimiento de este universo objetivo siempre sufrirá cierto grado de influencia subjetiva. Y si esta influencia subjetiva se observa incluso en ciencias naturales que tienden a ser más objetivas, con más razón, afecta a las ciencias culturales o del espíritu. Debido a esta subjetividad, se considera que la verdad absoluta es inalcanzable en las ciencias naturales y con más razón, lo es también en las ciencias culturales.

La inalcanzabilidad de la verdad absoluta en las ciencias naturales la podemos observar con el ejemplo del giro Copérnico (Papp, 1996, p. 107). Este giro ocurre en el siglo XVI, cuando la comunidad científica consideraba que el sol giraba alrededor de la tierra y esto era considerado como una verdad absoluta científica y comprobada. Pero posteriormente se comprobó que la verdad objetiva era rotundamente diferente a lo que se consideraba en esa época como una verdad científica comprobada y absoluta. No era el sol el que giraba alrededor de la tierra,



sino, la tierra la que giraba alrededor del sol. Luego teorías gravitacionales de Isaac Newton, tan respetadas y consideradas como una verdad absoluta, fueron refutadas por la teoría de la relatividad de Albert Einstein (Papp, 1996, pp. 250-251) y así muchos ejemplos más de refutaciones de teorías que en determinada época se consideraban una verdad absoluta científica.

Otro ejemplo interesante, de cómo teorías de las ciencias naturales que eran consideradas una verdad absoluta son refutadas, es la teoría del gato de Schrödinger de la física cuántica (Galíndez, 2007, pp. 33-35). Esta teoría rompe el esquema de objetividad de la física tradicional y establece que la realidad no es en sí misma, sino que esta es definida por el observador. Esa materia objetiva es definida, también, por la perspectiva subjetiva. Esta teoría ha sido comprobada científica y objetivamente en los niveles microscópicos de la materia. Establece que un gato que se encuentra encerrado dentro de una caja junto a una sustancia química contenida en un frasco en el cual existe un cincuenta por ciento de probabilidad que la sustancia escape y mate al gato y un cincuenta por ciento de probabilidad de que la sustancia sea contenida y el gato viva.

De acuerdo con esta teoría de la física cuántica, el gato hasta antes de abrir la caja está en estados superpuestos en el que se encuentra vivo y muerto a la vez. Esto sucede debido a la propiedad de onda de los electrones por medio de la cual pueden estar en dos lugares al mismo tiempo, esta es una propiedad comprobada a nivel microscópico. Y este estado de onda en el que el gato está vivo y muerto a la vez, solo es alterado por el observador. El gato se define como vivo o muerto a partir de que el observador abre la caja y estos estados superpuestos de la propiedad de onda se alteran. Y de esta manera, el sujeto altera la realidad objetiva, situación que era inconcebible con la física tradicional en el que la realidad es objetiva y ajena a la subjetividad del observador. Pero, esta teoría cuántica de las propiedades de onda descritas ha sido científicamente comprobada a nivel microscópico, comprobando como el sujeto sí altera y/o puede alterar la realidad objetiva. Incluso, en la actualidad existen computadoras cuánticas que funcionan con base en estos principios y propiedad de onda de la materia.



Estas teorías son relevantes para demostrar cómo ni siquiera en el ámbito de las ciencias naturales, se puede arribar a una verdad absoluta. Debido a que el conocimiento que aprehendemos del mundo no es completamente objetivo, sino está influenciado por la subjetividad, la forma en que percibimos el mundo.

En el contexto de la argumentación de la posibilidad, o más bien la imposibilidad, del conocimiento completamente objetivo de las cosas y fenómenos, Zapata nos da el razonamiento siguiente:

Los fragmentos de Nachlass escritos en 1887-1888 son un verdadero ejercicio de duda hiperbólica nietzschiana en los que se cuestiona aún la misma fenomenalidad del mundo exterior que es considerado como un producto de la imaginación. “Tengo para mí -escribe Nietzsche- que la fenomenalidad igualmente del mundo interior [...] puede ser pura imaginación”. Esta afirmación está en el contexto del espíritu del ataque contra el positivismo que centra su hipótesis en los hechos, para Nietzsche, por el contrario, son los hechos propiamente los que no existen: «los hechos, es precisamente lo que no existe, solamente existen las interpretaciones» (Zapata, 2007, p. 39).

Además, es necesario no solo resaltar el razonamiento de la imposibilidad de comprensión y acceso al conocimiento completamente objetivo de las cosas físicas y fenómenos que podemos percibir de forma empírica a través de nuestros sentidos, debido a que no es posible conocer la esencia de las cosas. Ya que esta catalogación de las esencias es nuevamente redirigida a la opinión subjetiva del observador. Y, además, la percepción del objeto y de sus elementos esenciales y accidentales está nuevamente limitado a los sentidos restringidos y las capacidades de percepción del observador. Por lo que los seres humanos únicamente podemos describir nuestra percepción de estos objetos físicos y fenómenos y compararla con la percepción de otros seres humanos con los que tenemos contacto, ya sea forma oral, a través de textos o de forma virtual.



Este contacto social provoca ciertos consensos intersubjetivos de descripciones comunes de los objetos y fenómenos. Esta descripción o concepto intersubjetivo, es la descripción más cercana a una concepción puramente objetiva a la que en realidad se puede arribar. Ya que todo enunciado o conceptualización que se haga siempre tendrá un trasfondo subjetivo, toda vez que se basa en la percepción del mundo del interlocutor.

De esta manera, para la corroboración o refutación de la hipótesis planteada en la presente investigación, se torna sumamente importante el estudio de la epistemología y gnoseología. Ya que son aquellas ramas de la filosofía que estudian la adquisición del conocimiento, sus teorías, problemas, límites y posibilidades.

De la misma manera que se indicó que la verdad debe ser la guía que oriente nuestra necesidad y curiosidad científica y filosófica, se puede establecer que, conjuntamente con la verdad, se debe buscar la justicia a través del derecho. Si bien la justicia absoluta es imposible de alcanzar o tan siquiera de definir y conceptualizar de forma unánime, debe ser la guía que oriente nuestra curiosidad y necesidad científica y filosófica en torno al derecho. Por lo que esta es el fin del derecho, junto con otros valores fundamentales como el orden, la paz social, la igualdad, el bienestar humano natural, pero sobre todo la justicia.

La justicia es el fin primordial y la necesidad axiológica más relevante del ser humano con el objeto de lograr una vida plena, integral y feliz, tanto a nivel individual como colectivo. Por lo que esta es el fin primordial del derecho y es probablemente en sí misma la razón más relevante de la existencia del derecho. Como ha indicado Mujica (expresidente de Uruguay), durante la Cumbre de la Tierra de la ONU en Brasil en junio de 2012, la vida es un camino corto tan trascendental que no se puede gastar en cuestiones banales y que el propósito principal de esta debe ser la felicidad.

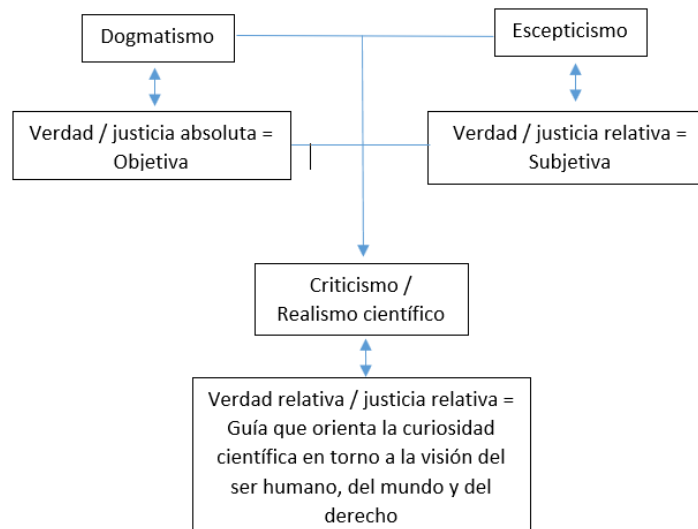
De esta manera se considera, por parte del investigador, que la felicidad es un bienestar personal que se adquiere de forma empírica a través de los sentidos, así como de la cultivación intelectual de la razón e incluye una realización plena e





integral de las personas. Pero no es una felicidad exclusivamente egocéntrica, ya que lo único que permitirá una felicidad real, que también es imposible de definir de forma unánime y objetiva, tanto de forma sensorial como intelectual, es la felicidad propia junto con la felicidad del resto de personas. Y el camino para lograr esta finalidad, en cierto grado utópica del ser humano, es la justicia, que si bien utópica al igual que la verdad absoluta, debe ser el fin que guíe la conducta de las personas y por ende al derecho.

### Mapa conceptual de la posibilidad del conocimiento verdadero



## 1.2. Concepto de ciencia

La ciencia es valiosa como herramienta para domar la naturaleza y remodelar la sociedad; es valiosa en sí misma, como clave para la inteligencia del mundo y del yo; y es eficaz en el enriquecimiento, la disciplina y la liberación de nuestra mente. (Bunge, 1981, p. 23).

La ciencia es un sistema de conocimientos que analiza, investiga e interpreta fenómenos naturales, sociales e ideales. Es un conocimiento sistematizado, que se realiza a través de la observación y el reconocimiento de patrones regulares, para así, por medio de la razón, poder formar conocimientos ordenados, principios y leyes generales, con el objeto de aprehender y comprender el mundo.



De conformidad con Ferrater Mora (1994, p. 545), el conocimiento científico es un "saber culto o desinteresado, que es un saber teórico, susceptible de aplicación práctica y técnica, que es un saber riguroso y metódico".

En la definición anterior se observa cómo algunos filósofos y estudiosos agregan dentro de las propiedades o características de ciencia o del conocimiento científico, que este debe ser adquirido con un método científico cartesiano. Este saber científico debe ser comprobable o al menos refutable o falsable, en términos de Karl Popper (1973, pp. 39-40), en la realidad objetiva, siendo esta caracterización importante para diferenciar lo que se conoce como ciencias naturales de las ciencias culturales o del espíritu.

A largo de la historia la ciencia también ha sido clasificada entre ciencias formales, ciencias naturales y ciencias culturales. Las ciencias formales no tienen un contenido fáctico u objetivo como las ciencias fácticas o empíricas, dentro de las que se incluyen las ciencias naturales y sociales. Las ciencias formales, como su nombre lo indica, únicamente tienen un contenido puramente formal o ideal. Su contenido de estudio se refiere a las formas válidas y racionales de inferencia. Entre estas ciencias formales se encuentran la lógica y la matemática.

En cambio, las ciencias naturales y sociales tienen un contenido fáctico. Las ciencias naturales estudian los fenómenos que se dan en la naturaleza, independientes y sin intervención del ser humano. Entre estas se encuentra la física, la química, la astronomía, la biología, etcétera. En cambio, las ciencias sociales estudian, analizan e interpretan los fenómenos que involucran al ser humano con su intervención voluntaria o accidental dentro de la sociedad. Entre estas ciencias encontramos al derecho, la economía, la sociología, la política, etcétera.

Esta clasificación, como cualquier otra, no es unánime. Y por ende, surge la tensión doctrinal y práctica en relación con si la ciencia natural, generalmente, positivista, debe prevalecer y debe ser aplicada con los mismos métodos cartesianos a las ciencias sociales.



Sobre este conflicto Leonarda García (2008) en su trabajo “Aproximación epistemológica al concepto de ciencia: una propuesta básica a partir de Kuhn, Popper, Lakatos y Feyerabend”, afirma que existe la:

Necesidad de superar la perspectiva positivista que definía el conocimiento científico únicamente como el que es sometido a una rigurosa comprobación experimental, dado que se apunta, sin caer en una simplificación excesiva, que un enunciado científico también es aquel que es sistemático, metódico, racional, coherente y que está ordenado en función de un principio que le confiere una importante cohesión interna.

### 1.3. Paradigmas

Los paradigmas se refieren a una teoría o idea principal, generalmente, de carácter filosófico, epistemológico o científico, que está conformada o rodeada por un conjunto de subteorías que defienden y se basan en esa teoría fundamental.

Un paradigma establece los problemas que deben investigarse, la metodología que se debe utilizar para obtener un conocimiento confiable y la forma como se deben comprobar, explicar e interpretar los resultados de la investigación.

El paradigma con esas características es aceptado por una comunidad científica determinada que así se diferencia de otra..., según Kuhn, la investigación científica se desarrolla en cada momento en torno a paradigmas aceptados. Sus productos, sus resultados, constituyen la ciencia normal, en un período histórico determinado. Un paradigma logra su predominio por la aceptación de una comunidad científica que lo legitima, porque da respuesta a problemas que otros paradigmas vigentes hasta ese momento no lo hacían. (Briones, 2002, p. 80).

Para Kuhn los cambios de paradigma se convierten en cambios o revoluciones científicas en torno a sus bases conceptuales y metodológicas. Así,



los factores históricos y sociológicos influyen en el progreso o cambio del conocimiento científico. Concibe este progreso o cambio en el pensamiento científico, o incluso filosófico o epistemológico, por el paso de un paradigma a otro que reemplaza al anterior. Por supuesto, la creación o aceptación de un nuevo paradigma depende del consenso de una la comunidad científica en torno a sus teorías principales, bases conceptuales y metodológicas.

Las revoluciones científicas significan un cambio de paradigma, por medio de la cual el anterior es sustituido total o parcialmente por uno nuevo con el cual es incompatible. Cuando este nuevo paradigma puede explicar una serie de problemas y anomalías es, porque no pueden ser resueltas por el paradigma anterior (Briones, 2002, p. 81).

Para Lakatos los programas de investigación científica que desplazan a otros, se denominan progresivos. Aquellos que son desplazados son denominados regresivos. Además, afirma que los programas progresivos son capaces de predecir hechos nuevos, desconocidos hasta el momento; mientras, los regresivos, únicamente son capaces de explicar hechos conocidos, y no los nuevos. Es importante resaltar que la crítica destructiva, o incluso la refutación y la demostración de una inconsistencia, no elimina en sí un programa de investigación científica o paradigma (Briones, 2002, pp. 82-83). Generalmente, solo lo debilita, ya que para destruir un paradigma se deben destruir consistentemente las teorías secundarias que rodean la teoría principal. Además, es necesario, no solo destruir el paradigma anterior, sino lograr el consenso y convicción de la comunidad científica en torno a la validez y eficacia del nuevo paradigma que lo sustituirá.

Al respecto de estos paradigmas, Feyerabend (1981, pp. 254-298) realiza una crítica contra el método que utilizan la mayoría de los programas científicos. Indica que los principios lógicos únicamente juegan un rol muy pequeño en los esfuerzos que hacen progresar a la ciencia. Es más, indica que el intento de darles validez universal solo obstaculizaría la ciencia en lugar de hacerla avanzar. Además, afirma que los programas de investigación científica no se pueden comparar, ya que incorporan diferentes conocimientos previos, prejuicios,



creencias, cosmovisiones, influencias culturales y sociales. Por lo que no hay un método científico o una racionalidad científica universalmente válida que pueda ser la guía infalible para cada investigación. Así concluye Feyerabend en que “las ideas que los científicos emplean para actualizar o modificar lo conocido o para avanzar por lo desconocido solo rara vez se conforman a los preceptos estrictos de la lógica o de la matemática pura”.

#### **1.4. Derecho: ciencia, cultura o práctica**

En diferentes épocas se ha discutido la naturaleza del derecho. Se ha debatido intensamente si este es una ciencia o no. El postulado que predominaba hasta antes del siglo XIX era que el derecho no era una ciencia. Esto cambió con el positivismo jurídico, aunque antes, con el renacimiento y los movimientos del derecho natural, se inició el estudio del derecho romano en Europa, en la familia romano germánica del derecho.

Se sostenía que el derecho no era general y absoluto como las ciencias naturales o matemáticas. Que sus bases, reglas e instituciones no son permanentes, sino cambian de acuerdo con el lugar y época en el cual se crean o utilizan; y difieren de acuerdo con la cultura, costumbres y pensamientos que predominan en ese lugar y época. Argumentaban que las leyes científicas naturales eran aplicables y sus aseveraciones eran comprobables, tanto en el pasado como en el presente o el futuro, en cambio las leyes jurídicas cambian constantemente por lo que sus postulados no son aplicables en todo momento y lugar.

Desde un ángulo antropológico, la cultura es el conjunto de ideas, pensamientos, visión del mundo, valores y patrones de conducta creados por la sociedad y la tradición. Es un acervo de conocimientos, ideas, valores, actos y costumbres que se realizan de forma repetitiva y son legitimadas por las personas que las realizan o a quienes afecta, ya sea que estas las hayan iniciado o las hayan



heredado de sus antecesores. Así, el derecho no es una ciencia, es simplemente un producto asistemático del ser humano, un producto de la cultura que no puede ser sistematizado.

Posteriormente, otras corrientes filosóficas indican que las ciencias no generan únicamente leyes absolutas, como las que rigen en las ciencias naturales. La ciencia también genera patrones regulares y lógicos con los que se puede predecir de forma regular, aunque no exacta, resultados que provienen del comportamiento humano como tal y como parte de una sociedad. Es así como surgen las ciencias culturales, humanísticas, jurídicas y sociales. Ciencias que no se basan en un resultado exacto, sino en la comprensión y deducción de posibles resultados que dependen y provienen de la conducta, pensamiento y actividades de los seres humanos. Estas ciencias estudian la conducta humana tanto en su psiquis (psicología), como las instituciones que este crea: derecho, lenguaje, sociedad, etcétera (ciencias sociales y jurídicas).

De esta forma se le da el carácter de ciencia al derecho, lo explican como un conjunto de conocimientos obtenidos de la observación y reconocimiento de patrones regulares, por medio de los cuales se pueden deducir de forma razonable y sistemática los resultados de determinadas acciones y conductas humanas.

El derecho es una ciencia que estudia de manera sistemática los fenómenos, principios, teorías, instituciones y normas jurídicas que regulan la conducta del ser humano. Estudia cuál es su fin y naturaleza. Estudia los fenómenos sociales, cómo y porqué se crea el derecho, cuál es su impacto sobre la sociedad, si es aplicado o no, si es legítimo o no. Estudia todas las distintas posibilidades de sus efectos sobre las personas que lo crean y a quienes abarca el efecto de sus disposiciones. Así, se considera que el derecho sí es una ciencia, una ciencia del espíritu y de la cultura. No es una ciencia formal como la matemática o la lógica ni es una ciencia natural como la física, pero es una ciencia que ayuda a la comprensión de los actos y comportamientos humanos, a la forma en que crean su cultura, como la conservan y la transforman, la forma en que se rigen bajo patrones que ellos o la mayoría legitiman y aceptan como lo correcto y adecuado. El derecho es la ciencia que



estudia una de las áreas de esta cultura, los aspectos relativos a la imposición formal o no de estos patrones comunes o costumbres con el objeto de lograr los fines que un grupo de personas en determinado lugar y época consideran correctos o apropiados.

Es importante tener en cuenta, que el derecho no es únicamente una ciencia, como veremos más adelante en la concepción teórica filosófica del iusculturalismo de Peter Habërle, el derecho también es un producto de la cultura. Ya que puede ser conceptualizado como una ciencia, pero también como un fenómeno. Fenómeno producto de la interacción del ser humano en la sociedad, que pasa a formar parte de la cultura, de ese conjunto de conocimientos de cómo debe ser el comportamiento humano que surgen de la interacción social, tanto interacción presente como interacción histórica. Y es un fenómeno cultural no solo desde la perspectiva de la creación y modificación de estas pautas de conducta obligatorias o deseables, sino también desde la perspectiva de su aplicación práctica, efectividad, actitud social hacia este. El grado de legitimidad y eficacia que produce.

El derecho como expresión de la cultura o como ciencia, es una versión práctica de la realidad. No se limita únicamente a los conceptos, teorías, principios o estudio de textos normativos jurídicos, sino, tiene también el fin de ser aplicado y poder modificar o afectar esa realidad cotidiana para lograr los fines o intereses de quienes aplican estos conceptos. De forma judicial, el juez realiza una interpretación y aplicación oficial y estatalizada de los textos normativos o principios jurídicos, con el objeto de aplicarlos y hacer valer las consecuencias jurídicas establecidas en las normas jurídicas.



### **1.5. Ciencias sociales, ciencias naturales, ciencias ideales**

Otro problema filosófico relevante que se presenta en la teoría de la ciencia es determinar si las ciencias sociales, dentro de las cuales se encuentra el derecho, deben utilizar el mismo método de las ciencias naturales; o las primeras deben utilizar uno distinto.

La postura filosófica que afirma que las ciencias sociales son ciencias naturales, se inclina por un paradigma positivista, cuantitativo y explicativo. Afirman la separación del sujeto o investigador del objeto que estudia.

En cambio, la postura filosófica que afirma que las ciencias sociales son ciencias culturales, postula un paradigma no positivo, sino cualitativo e interpretativo. Se les atribuye una condición y esencia espiritual a las ciencias sociales, estableciendo que existe un vínculo inseparable entre el sujeto o investigador con el objeto que estudia. A diferencia de las ciencias naturales, que afirman la existencia de leyes genéricas universalmente válidas y que todo efecto tiene una causa, las ciencias de la cultura aceptan que sus preceptos no son universalmente válidos ya que conllevan cierto grado de subjetividad, tanto individual como colectiva o social. Además, señalan que no hay causa y efecto preestablecido en los fenómenos sociales y culturales, sino todos sus elementos, sujetos (investigadores y actores) y objetos de estudio, están en una constante interacción y modelamiento mutuo y simultáneo que hace casi imposible diferenciar las causas de los efectos.

En relación con esta naturaleza de las ciencias sociales, ya sea como ciencias positivas, o como ciencias interpretativas o comprensivas es necesario explicar primero la corriente positivista, que las explica como una totalidad de fenómenos naturales.

Auguste Comte, precursor del positivismo filosófico, estableció la existencia de leyes invariables, universalmente válidas. Afirmó que el único conocimiento fiable y válido deviene de la ciencia y rechazó todo conocimiento que no proviniera de





hechos objetivos, empíricamente perceptibles, rechazando todo conocimiento metafísico. Del mismo modo y años después Hans Kelsen, en su teoría pura del derecho, rechaza y excluye como conocimiento válido del derecho todo aquel que deviene de lo metajurídico, como la ética, la política o lo social, partiendo de una posición normativista e indicando que solo estas pueden ser percibidas de forma empírica. Se considera que esta posición positivista, en términos del positivismo epistemológico de Auguste Comte, es más cercana a la postura filosófica jurídica de la sociología o fenomenología en la que el estudio del derecho se basa en el estudio de los fenómenos sociales empíricamente perceptibles u observables.

Para Comte, todas las ciencias deben usar el mismo método y por este se refiere al método científico cartesiano positivista de las ciencias exactas físico-matemáticas. De esta manera, concibió la ley de los tres estadios sucesivos por los que ha pasado el desarrollo del conocimiento y la historia del mundo (Briones, 2002, pp. 45-46). Estos estadios son el teológico, que es una explicación divina de los fenómenos. El siguiente es el estadio metafísico que es una forma dogmática de validar los conocimientos obtenidos mediante la razón de la propia conciencia cognoscente, sin que estos hayan sido plenamente corroborados o refutados mediante lo empírico, o sea una corroboración mediante los sentidos, la observación y la experimentación material. El tercer estadio es el positivo, ya que en este último es donde los investigadores buscan las leyes invariables en todas las ramas de las ciencias, mediante la observación empírica y métodos rigurosos. Así, desde la perspectiva de Comte, muchos filósofos, en especial los analíticos, argumentan que las ciencias sociales como el derecho, deben utilizar el método empírico de las ciencias exactas o naturales.

De conformidad con Briones (2002, pp. 48), Emile Durkheim sostiene un paradigma positivista en las ciencias sociales, frente a la posición idealista de la ciencia social y se adhiere a una postura realista. Indica, así, que la sociología debe estudiar los hechos sociales de forma empírica.

Los hechos sociales son definidos por Durkheim (1956, p. 5) como “maneras de actuar, de pensar y de sentir que están dotadas de un poder de coerción”. Los



cuales son hechos inmateriales que corresponden a valores y normas internas cuya coerción implica que su incumplimiento produce algún tipo de sanción social. Asimismo, indica que ellos se explican por las causas que los producen y por la función que cumplen. Esta función social de los hechos puede ser catalogada como una contribución positiva o negativa al mantenimiento o cambio de la estructura social.

Otra perspectiva positivista de las ciencias sociales se encuentra en el racionalismo crítico de Karl Popper. Con una postura del realismo científico, indica que la vida está dirigida a actuar sobre la realidad exterior, tanto vida cotidiana como actividad científica y que el problema de la verdad y de la falsedad de nuestras afirmaciones, hipótesis y teorías no tendría sentido si no existiera una realidad externa (Briones, 2002, pp. 50-51). Afirma Popper, citado por Briones, que las ciencias empíricas son sistemas de teorías y define a estas últimas como las conjeturas que hace el científico sobre la realidad. De esta manera, nunca será posible tener certeza que una teoría es verdadera, ya que siempre cabe la posibilidad de que sea falsa.

Popper indica que:

Nuestras teorías son invenciones y pueden ser suposiciones defectuosamente fundadas, conjeturas audaces, hipótesis. Con ellas creamos un mundo: no el mundo real, sino nuestras propias redes con las cuales intentamos atrapar el mundo real. Esas redes pretenden racionalizar el mundo, explicarlo y dominarlo. Y tratamos de que la malla sea cada vez más fina. (Popper, 1973, p. 57).

Toda teoría se encuentra en cambio continuo, se trata de perfeccionarlas cada vez más. Popper aboga por la utilización del método de deducción en el que basa las teorías para las ciencias sociales. Así, propone una ciencia o teoría social tecnológica, una ingeniería social que se base en el método de ensayo y error para modificación de instituciones sociales. Un método que produzca resultados

comprobables, que puedan ser objeto de contrastación empírica (Briones, 2002, p. 52).



Siempre desde esta perspectiva positivista de las ciencias sociales, Pierre Bourdieu manifiesta que en estas debe existir una ruptura epistemológica, por medio de la cual el investigador debe rechazar todas sus ideologías, nociones y tradiciones propias, al investigar el fenómeno social (Briones, 2002, p. 54). Esto, es algo muy difícil, ya que el ser humano no es una tabla rasa. Los conceptos por medio de los cuales categorizamos, comprendemos y racionalizamos el mundo, son parte de nuestra psiquis. Y sea que los obtuvimos mediante una abstracción pura de la razón, o bien que los obtuvimos empíricamente a través de nuestras relaciones sociales o por pura observación y percepción, es imposible para el investigador deshacerse de estos preconceptos que determinan la conciencia en la forma de percibir el mundo.

Contrariamente a la postura positivista, nos encontramos con la de autores como Dilthey, Ricker y Webber.

Por ejemplo, para Wilhem Dilthey (1949, pp. 16-17), las ciencias sociales son ciencias del espíritu, de la cultura. Y argumenta que la cultura no es un fenómeno completamente externo, es también interno y forma parte del individuo, ya que el individuo la crea, a diferencia del objeto de la ciencia positivista que estudia objetos puramente externos que no pueden ser modificados por el pensamiento del individuo. Así, los fenómenos sociales se deben comprender, no explicar de forma positiva, realizando un contraste empírico con la realidad con el objeto de probar o refutar su validez.

De conformidad con Briones (2002, p. 58), Heinrich Rickert argumenta que las ciencias culturales se diferencian de las ciencias naturales esencialmente, porque estas últimas utilizan un método general. Buscan conocimientos generales aplicados al objeto de estudio. Su objeto es extraer conceptos universalmente válidos, leyes universales. Mientras que las ciencias culturales utilizan el método individualizador o idiográfico que radica en la búsqueda de singularidades. Busca

extraer los elementos particulares que individualizan y diferencian a un fenómeno determinado.



Briones (2002, pp. 59-60) cita la diferencia que plantea Max Weber, entre las ciencias naturales y las ciencias sociales. Para Weber las ciencias sociales analizan fenómenos de la realidad social en relación con su significación cultural, la cual no es compatible con una ley general. Ya que la orientación de esta adquisición del conocimiento cultural, es comprender la individualidad de un fenómeno social particular. Explica el fenómeno, no con una ley general, como en las ciencias naturales, sino basada en una individual imputación causal. Afirma que la comprensión en las ciencias sociales se refiere a construcciones conceptuales abstractas de un fenómeno social cultural que se forman por medio del método inductivo del conocimiento obtenido del análisis de varios eventos concretos individuales que conforman el fenómeno analizado. Agrega que esta es una construcción conceptual que se realiza desde la perspectiva subjetiva del investigador. Además, será un concepto abstracto, ideal e intelectual que no existe en la realidad. Concluye en que las ciencias culturales buscan la individualización causal y comprensión de los fenómenos objeto de estudio, mientras las ciencias naturales buscan la imputación causal generalizada y universal de los fenómenos.

Alfred Schutz, citado por Briones (2002, 62 y 63), es otro pensador que defiende la postura comprensiva e interpretativa de las ciencias sociales, contraria a las bases explicativas y universalizadoras de las ciencias naturales. Schutz establece las bases fenomenológicas de las ciencias sociales, ya que se enfoca en el fenómeno de la intersubjetividad. Plantea las interrogantes de cómo se accede a la mente y pensamientos de otras personas, o cómo se logra el consenso de perspectivas y percepciones entre personas distintas. Este pensador indica que la respuesta es la intersubjetividad que se logra en el mundo social. Se refiere a una comprensión recíproca de sus conciencias. Argumenta que los conceptos y teorías de todas las ciencias, incluyendo a las ciencias sociales, se basan en el conocimiento común. Con esto se refiere no solo experiencia de un individuo, sino al bagaje de conocimientos e interpretaciones de los individuos que conforma la



sociedad actual y probablemente más importante, de los individuos de generaciones anteriores que nos muestran una organización y sistematización conceptual ya concebida del mundo que percibimos. Siempre con el objeto de comprender el mundo, poder sobrevivir dentro de este y utilizar este conocimiento para lograr realizar los intereses individuales de nuestra propia conciencia y aquellos que son socialmente inculcados. Indica que en la vida cotidiana es donde se da la intersubjetividad y es allí, en el conocimiento científico, en donde los seres humanos aplicamos las tipificaciones y categorizaciones lingüísticas y conceptuales predeterminadas por nuestros antecesores y la sociedad.

Lucien Goldmann, indica que la diferencia principal entre las ciencias naturales y las sociales se centra en la objetividad. Debido a que en la ciencia cultural existe identidad parcial entre el sujeto y el objeto del conocimiento, esto genera un problema de objetividad, ya que los resultados que se llegan a obtener de un método o un sistema en el que no existe completa imparcialidad, se tornarán en una percepción o concepción ideológica del fenómeno analizado. “Para juzgar y comprender sus juicios y los de los demás, el investigador debe relacionarlos con la estructura social para captar sus significados y con los hechos que pretende explicar y describir, encontrar en ellos la verdad que puedan contener” (Briones, 2002, p. 66).

En relación con la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales y culturales, desde una perspectiva idiográfica, los autores Yvonna Lincoln y Egon Guba dan una diferenciación epistemológica relevante. Así, en su libro *Investigación Naturalística*, indican que desde la perspectiva positivista de las ciencias naturales, “existe una sola realidad exterior, fragmentada en variables y procesos independientes, cualquiera de los cuales puede estudiarse independientemente de los otros. La investigación de ellas puede llegar a su predicción y a su control”. Mientras que desde la perspectiva interpretativa y comprensiva de las ciencias sociales “existen múltiples realidades construidas, que solo pueden estudiarse en forma holística. Las investigaciones de ellas serán inexorablemente diferentes (cada investigación levanta más preguntas que



respuestas) de modo tal que el control y la predicción no son posibles, aun cuando algún nivel de comprensión (verstehen) puede ser alcanzado por el investigador”. Asimismo, indican que el objetivo de la investigación de las ciencias naturales, desde una perspectiva filosófica analítica, es “desarrollar un cuerpo nomotético de conocimientos en la forma de generalizaciones que son verdaderas tanto temporalmente como contextualmente (ellas se mantendrán en cualquier tiempo y lugar)”. Mientras que el objetivo de las investigaciones en las ciencias sociales es “el de desarrollar un cuerpo idiográfico de conocimientos en la forma de hipótesis de trabajo que describen casos individuales” (Lincoln y Guba, 1985, pp. 37-38).

Actualmente, esta distinción se debate incluso en el seno mismo de las ciencias naturales. Se debate si la perspectiva interpretativa y comprensiva es aplicable a las ciencias naturales. Esto implica un intento de un cambio de paradigma de las ciencias en general, que consiste en reconocer la falta exactitud de estas últimas y la imposibilidad de generar una verdad absoluta o leyes generales absolutas. De esta manera, el cambio de paradigma descrito consiste en reconocer que el método científico genera resultados y conocimientos probables, por ende, leyes únicamente probables, no absolutas. Sin embargo, este proyecto de cambio de paradigma no niega la utilidad práctica y avance que representa el poder predecir y controlar, de alguna manera probable, los hechos y fenómenos a través de la ciencia.

Briones (2002, p. 115) argumenta que “las ciencias sociales que han buscado constituirse de acuerdo con el modelo de las ciencias naturales no han podido formular teorías deductivas como se dan en aquellas ciencias”. Ya que es muy difícil, si no imposible, generalizar las instituciones o afirmaciones que se realizan en las ciencias sociales o culturales con un rango de validez universal. Lo más cercano a la predicción universal de los fenómenos sociales son las probabilidades estadísticas que devienen de estudios estadísticos sobre estos.

Así, “las ciencias sociales interpretativas no han logrado alcanzar ni la estructura lógica de las ciencias naturales ni la explicación deductiva de los fenómenos sociales que estudia”. Por lo que debido a “la característica idiográfica

de sus estudios (estudio en profundidad de casos individuales) implicaría que habría tantas teorías como estudios realizados” (Briones, 2002, p. 116).



En relación con el derecho, se ha llegado incluso más lejos, ya que una de las posturas predominantes ha sido el positivismo jurídico. Para muchos juristas y filósofos esta corriente ha sido superada. Esta última plantea que las ciencias sociales deben utilizar el mismo método cuantitativo y lógico de las ciencias naturales. El primer tropiezo que tiene esta teoría es que la lógica, junto con la matemática, son las únicas ciencias formales, por lo que se basan en conceptos puramente ideales que son exactos y pseudo irrefutables en el ámbito racional. Pero al momento de aplicarse a un contenido material, sus preceptos formales no se tornan suficientes. Un ejemplo de esta insuficiencia que demuestran al momento de tomar un contenido material son los problemas no resueltos por la matemática que es una de las ciencias formales irrefutables. Problemas que se han comprobado empíricamente en la realidad, pero no se han podido demostrar matemáticamente, estos son conocidos como los problemas de Hilbert y los problemas del milenio (Hilbert, 1902, 478 y 479).

Otro ejemplo que se puede citar es en relación con la interpretación de normas jurídicas, en la postura filosófica del derecho consistente en el iuspositivismo. A través de la lógica, se pueden establecer mecanismos o principios formales lógicos de interpretación de textos normativos, pero muchas veces estos contienen lagunas legales, normas ambiguas y antinomias que son imposibles de resolver a través de la lógica positivista objetiva y deben recurrir a parámetros subjetivos de interpretación y solución naturalista, concretamente a los principios del derecho y principios primarios del ser humano, a los cuales la lógica positivista objetiva contraría e invalida acérrimamente por indicar que son parámetros subjetivos, morales, no científicos. Además, el iuspositivismo, siempre a través de la lógica, muchas veces no logra que las conductas humanas se orienten hacia la justicia que es la estrella que guía el derecho así como su mismo fin y menos resuelven los problemas sociales fenomenológicos. Y de esta manera se puede ver como la ciencia formal de la lógica, irrefutable en su ámbito ideal, se torna



insuficiente para el derecho al interpretarlo y aplicarlo a fenómenos o hechos sociales concretos, se torna insuficiente al momento de aplicarse a un contenido material.

Siempre dentro del debate la ubicación de las ciencias sociales como ciencias explicativas positivistas o como ciencias interpretativas comprensivas, o incluso en la discusión de la determinación conceptual y metodológica de la misma ciencia, en general, es importante enfatizar en que el pensador René Descartes influyó decisivamente en desarrollo de la ciencia occidental actual, especialmente en cuanto al método de adquisición de conocimiento verdadero y universalmente válido (Fernández et al., 2006, pp. 403-406). Método que ha sido aplicado incluso a las ciencias culturales por medio de la filosofía analítica. De esa manera que el adjetivo “cartesiano” en relación con la descripción conceptual de la ciencia en general y su método “científico” positivista estricto devienen de este pensador.

Cualquier revolución de la física del siglo XX, ha colisionado inevitablemente con una ciencia, incluida la ciencia jurídica desde un punto de vista positivista, que ha sido construida en la posición empírica de lo lógico-formal. En este sentido, los aportes de Kurt Gödel han sido importantísimos para la refutación de esa posición clásica newtoniana-cartesiana de la ciencia.

Kurt Gödel, nacido en Brünn (hoy República Checa) en 1906, asume con su *teorema de incompletitud* (1931) una posición esencial en la comprensión del mundo observado, al demostrar que incluso los sistemas formalizados consistentes, que contienen aritmética, son siempre incompletos [a manera de cómo se ejemplificó anteriormente en esta investigación los problemas de Hilbert]. A este enfoque en los años siguientes se agregaron los teoremas de Turing, Church y Tarski, los cuales demostraron con una lógica más profunda la postura de Gödel. Estas deducciones comprobaron que el ideal de un método deductivo, axiomático, completo y sin ambigüedades no es posible. (Trainini, 2004, p. 209).





La ciencia apela a la racionalidad. La estricta aplicación de la lógica a los métodos de adquisición de conocimiento, a las conclusiones y en general a las formas de pensar. La lógica es una ciencia formal o abstracta y, por ende, generalmente utiliza herramientas abstractas como las matemáticas. “En esta interpretación matematizada, signológica, soslayamos la acumulación del error que inevitablemente nos conduce a una instancia posible, y no real. La probabilidad introdujo un paliativo” (Trainini, 2007, p. 134).

El positivismo, visto desde la filosofía analítica, ha dejado fuera de la ecuación el factor humano individual, único imposible de universalizar de forma real, y no arbitraria. Este se encuentra representado por distintas variables como la conciencia propia y las emociones, sentimientos, deseos y valores culturales que se derivan de esta y de su socialización histórica definida por su propio entorno.

La ciencia es parcial, fragmentaria, dominada por la inteligibilidad no revelada de la naturaleza, ya sea por ignorancia o por propio comportamiento del sistema, esto último resumido como principio de incertidumbre de Heisenberg y teoría del caos. ... La ciencia busca a través de su lenguaje una situación ideal en la necesidad de entender el universo, pero el teorema de incompletitud hace que la ciencia ideal no sea posible. El sueño de Newton, como su manzana, yace caído y ya no podemos aprehender al logos solamente a través de un modo deductivo, axiomático y formal. La incertidumbre acecha. Y esto fue entendido por las revoluciones físicas del siglo XX. (Trainini, 2007, p. 134).

Trainini argumenta que no es posible la comprensión absoluta del universo, ya que este no se puede reducir arbitrariamente a una forma abstracta del conocimiento. Este motivo hace que la comprensión del universo sea incompleta, no solo en su profundidad y extensión semántica, sino también en la propia metodología de la adquisición de este conocimiento.

El lenguaje simbólico de la ciencia, por lo tanto, es aproximado. El método científico colisiona con esta afirmación que lo limita, pero lo vuelve real. Esta



percepción de la ciencia y de la realidad está autorreferida por nuestra conciencia. Somos rehenes de nuestra condición, salvo que pudiésemos observar externo a nuestro propio acto consciente. Además, la aritmética es una herramienta abstracta de la cual se halla exenta la función del tiempo que impregna a los procesos biológicos. (Trainini, 2007, p. 134) y sociales.

En relación con la incursión de la física cuántica y el cambio de paradigma que esta representa para las ciencias cuantitativas, Trainini (2007, p. 135) argumenta lo siguiente:

Un mundo externo invariable a nuestra posición consciente ha sido la visión natural del científico. Este legado que se extiende desde el siglo XVII se ha diluido con la física cuántica. La materia tiene propiedades intrínsecas que produce cambios azarosos e imprevisibles en relación con lo observado. Por su parte, existe una indeterminación a través de la propiedad de la conciencia de interpretar el mundo, situación que nos vuelve participantes de lo observado, y no meros espectadores.

Como se indica, la postura tradicional del científico cartesiano positivista se basa en el realismo, en el que existe un mundo externo completamente objetivo ajeno a la conciencia subjetiva del ser humano. Lo cual no consideramos erróneo, con este estudio o hipótesis, simplemente se argumenta la imposibilidad que la adquisición del conocimiento de este mundo externo pueda realizarse de forma completamente objetiva. Ya que en el proceso de aprehensión de la imagen del mundo externo y formación de nuestro conocimiento de este, influye inevitablemente nuestra propia conciencia, forma de pensar, conocimientos y prejuicios adquiridos previamente, así como nuestras propias limitaciones perceptivas humanas.

Tal y como lo argumenta Trainini, esta concepción científica cartesiana de la filosofía analítica, está siendo refutada por la actual física cuántica que rompe con el paradigma mecánico y de la lógica tradicional, introduciendo estados de la materia que no podrían existir de acuerdo con el principio de identidad, y no



contradicción de la lógica tradicional. O bien con la introducción que hace la física cuántica en relación con la importancia y determinación subjetiva de la realidad en la que influye el observador, fenómeno que no sería congruente con la posición realista en la que se basa la ciencia cartesiana positivista. O incluso al introducir teorías como la de la indeterminabilidad o del caos que no son congruentes con la posibilidad de arribar a verdades certeras, universales y absolutas con base en la lógica y matemática abstractas, sino únicamente como, lo reconocen algunos científicos positivistas, se arriban a simples conclusiones probables de los hechos observados. De cierta forma, congruente con la teoría falsacionista de Karl Popper.

El concepto de ciencia cartesiana promueve la explicación lógica y mecánica del mundo. Lo cual ha sido relativamente exitoso hasta el límite de la molécula. El estudio de elementos más pequeños que ese límite, contradice esta lógica mecánica ya que se torna imposible y aleatoria. Ya que no existe explicación mecánica entre la probabilidad y la indeterminación. De esta manera se puede intuir razonablemente que los conocimientos e información que obtenemos no son completamente objetivos. Nosotros, lo seres humanos investigadores y observadores, somos parte de lo observado; y, además, la limitación lógica de la simbología abstracta que usamos nos advierte que hay indeterminación en cuanto al manejo de la información (Trainini, 2007, p. 134).

La afirmación de que un mundo objetivo externo se halla en contradicción con los hechos que experimentamos, que están influenciados y marcados por nuestra conciencia, o de que no existe una percepción fija, absoluta, universal e inmutable de la realidad, es completamente impactante, sobre todo si derivamos de una disciplina o pensamiento positivista, de una perspectiva explicativa y universal de la ciencia.

Para Descartes un sistema axiomático no es una ciencia, es un estorbo. La observación del universo a través de sus leyes se vuelve axiomático a través de estas etapas: 1) realidad, 2) inteligencia, 3) dialéctica. Cada uno de estos pasos supone una desviación creciente de la verdad ansiada. Además, partimos de una limitación, aquella que tiene el pensamiento lógico. Reunir a



la conciencia con la materia puede tener un tinte que lastima y desesperanza al científico, pero que en esencia lo vuelve digno de su posición dentro de lo natural. Lo decía Niels Böhr (Premio Nobel de Física): [...] cuando llegamos a los átomos, solo cabe hablar el lenguaje poético... La principal premisa del círculo de Viena era que lo que no es verificable empíricamente no tiene sentido. ¿Pero era el cálculo suficiente? ¿Permitía deducir todas las fórmulas válidas? Kurt Gödel logró el resultado más revolucionario de la lógica del siglo XX con su teorema de incompletitud. El hecho a considerar en los sistemas formales es que no podemos usar el sentido común o, en general, cualquier documento ajeno al sistema. El teorema de Gödel es bastante sencillo de entender una vez que hemos introducido la paradoja del mentiroso. En conclusión, descubrió que existían afirmaciones verdaderas que no podían ser probadas dentro del sistema. Y esto para el formalismo constituyó un duro revés. (Trainini, 2007, p. 135).

Esta paradoja del mentiroso de Epiménides indica que "Todos los cretenses son mentirosos". Al analizar esta afirmación se observa que si es verdad que todos los cretenses mienten, entonces es mentira su afirmación, pues Epiménides, es cretense. Por lo que no existe una forma de enunciar esta afirmación verdadera sin que dentro del sistema o parámetros de la lógica sea considerada como una mentira, ya que contiene la paradoja semántica y lógica de que dentro de la misma afirmación verdadera, Epiménides indica que es un mentiroso. Por lo que esta afirmación no puede ser probada dentro del mismo sistema. La limitación del análisis lógico de "lo dicho" no permite la comprensión verdadera de "lo que se quería decir" en términos de Gadamer, que se desarrollará más adelante en esta investigación. Y si la afirmación es falsa, entonces puede ser verdad que todos los cretenses, incluso Epiménides, mienten.

De esta manera, ejemplificada en este caso con la paradoja del mentiroso, Kurt Gödel (1981, pp. 45, 46, 53-56, 62, 72, 75-77, 81, 85-87, 164, 165, 188-189) argumenta su *teorema de incompletitud*, una incompletitud del sistema lógico analítico. Ya que es una oración semántica y lógicamente paradójica, ya que no



cumple con los principios lógicos de identidad, y no contradicción. Debido a que es de alguna manera verdadero y falso a la vez. Este mismo problema, afirma, ocurre en sistemas formales como la lógica y la matemática.

Indica Trainini (2007, p. 135), que:

Debemos entender que la verdad es una relación entre el mundo y un lenguaje a través de lo semántico. Y también que los hechos del mundo se conceptúan a través del lenguaje. Pero el lenguaje puede hablar, simbolizarse y referirse a sí mismo. Por eso al preguntarnos por la verdad o falsedad de enunciados que hablan sobre ellos tropezamos con paradojas semánticas.

De igual manera lo expone Gödel (1981, pp. 45 y 46), en relación con las paradojas lógicas o sentencias indecibles que se producen cuando un sistema u objeto se refiere a sí mismo.

Es interesante resaltar que Gödel es uno de los matemáticos que forman parte del círculo de Viena. Con su teorema de la incompletitud sostiene que existen enunciados o afirmaciones verdaderas que son imposibles de demostrar dentro de un sistema formal a través de sus propias reglas y símbolos. Por ejemplo, en su teorema plantea que la demostración o refutación matemática de las matemáticas es imposible a través del límite de sus propias reglas, axiomas y simbología. Es imposible comprobar la validez de las matemáticas por medio de un algoritmo matemático. De igual manera, no es posible comprobar la validez formal y lógica de la Lógica, por medio de sus axiomas, reglas y postulados formales. Este teorema de la incompletitud, también hace alusión a aquellas afirmaciones que no pueden ser demostradas mediante un razonamiento matemático, como los ya mencionados problemas de Hilbert. De igual manera sucede en el ámbito de la lógica, como sistema formal, en el que pueden existir afirmaciones que pueden ser comprobadas de forma empírica y que no pueden ser demostradas ni refutadas a través de un razonamiento lógico. Este teorema plantea la existencia de limitaciones e inconsistencias que no permiten considerar a los axiomas y simbología de estos



sistemas formales como métodos infalibles de obtención de un conocimiento absolutamente verdadero, ya que no forman un sistema consistente ni completo. No forman un sistema consistente en el sentido que no tengan contradicciones, y no forman un sistema completo en el sentido que mediante sus axiomas, símbolos y fórmulas se pueden demostrar o refutar todas las afirmaciones o problemas (Gödel, 1981, pp. 38-52, 53-56, 62, 72, 75-77, 81, 85-87 y 163-198). Si bien son métodos sumamente útiles de forma pragmática y teórica, es imposible obviar que tienen cierto grado arbitrario, ya que sus axiomas y simbología son creados por el ser humano, por lo que, en el fondo, su aplicación y la efectiva congruencia de los conocimientos con estos métodos no asegura una verdad absoluta.

## **1.6. Consideraciones finales**

La diversidad de posturas epistemológicas y filosóficas en general es un problema de dimensiones exorbitantes con el que se encuentra toda persona al interpretar un texto normativo. Ya que interpreta textos normativos del cual pretende extraer las normas. Estos textos normativos son representaciones de ideas sobre cómo debe ser la conducta de las personas. Representan objetos ideales e intangibles. Y, como ya se analizó en este capítulo, existe una gran dificultad, si no, una imposibilidad de realizar una corroboración completamente objetiva y verdadera del conocimiento de un objeto material con la realidad, la cual es aún más dramática al tratarse de la corroboración del conocimiento o interpretación de un objeto ideal como las normas jurídicas, que no posee materia que pueda ser percibida por nuestros sentidos.

A esta situación, se le suma el hecho que el lenguaje puede hablar, simbolizarse y referirse a sí mismo, lo cual, además, del problema de la imposibilidad del acceso al conocimiento verdadero absoluto, produce paradojas lógicas y semánticas que tienen relación con el teorema de Gödel sobre la incompletitud de los sistemas formales como la lógica y matemáticas en los que se

basa la ciencia positivista cartesiana que aspira a la universalización y exactitud de sus resultados.



Por lo que el hecho de determinar la verdad absoluta del significado del texto normativo (lenguaje), o dicho en otras palabras, la correlación verdadera de la interpretación del texto normativo con la norma que representa, se torna, generalmente, una actividad imposible o carente de validez universal.

En el próximo capítulo se continuará analizando la posibilidad o no de la existencia de una interpretación universalmente válida del derecho y los textos normativos, pero ahora desde la perspectiva específica del concepto de la hermenéutica y del análisis de la existencia de un método unívoco y certero. O bien, por el contrario, la posibilidad intelectual y racionalmente sostenible de la inexistencia de un único método válido que deba prevalecer sobre los demás.







## Capítulo II

### 2. La hermenéutica

En este capítulo se analiza la existencia de una interpretación válida de los textos normativos, desde la perspectiva específica del concepto de hermenéutica y el análisis de la existencia de un método unívoco y certero; o bien la posibilidad de la inexistencia de un único método válido que debe prevalecer sobre los demás.

#### 2.1. Hermenéutica e interpretación

La hermenéutica es una rama de la filosofía que trata del tema de encontrarle el sentido a las cosas, por lo que estudia y analiza los métodos, teorías y problemas de la interpretación. No se debe confundir el concepto de hermenéutica con el de interpretación, ya que la interpretación es la aplicación de la hermenéutica. Así, la interpretación es la actividad por medio de la cual se aplican los principios y teorías hermenéuticos.

De esta manera el título de la presente investigación “Pluralismo hermenéutico y conflicto de postulados filosóficos en la interpretación del derecho”, intenta resaltar el conflicto que provoca en la interpretación jurídica, no solo los postulados filosóficos del derecho, sino a la vez esta pluralidad de teorías y métodos hermenéuticos.

El término hermenéutica, etimológicamente, deviene del término “Hermes”. En la mitología griega, Hermes era el dios que transportaba los mensajes del Olimpo a los seres humanos. Pero no solo transportaba estos designios, sino también los interpretaba para que los seres humanos los pudieran comprender.

La hermenéutica es el fundamento filosófico, epistemológico e histórico de la interpretación. Es en cierta forma paralela al estudio del pensamiento. Ya que al igual que el pensamiento, es la búsqueda de la interpretación de la realidad. En el



caso del derecho, se refiere a la interpretación de la realidad en relación con el aspecto normativo de la conducta de la humanidad.

La interpretación es la actividad intelectual por medio de la cual se extrae el significado del objeto interpretado. Puede significar también la elaboración de suposiciones en torno a objetivos, razones o intenciones de un agente; o encontrarle el sentido a una acción, o conjeturar una relación de causa efecto entre ciertos hechos (Guastini, 2014, p. 2). De esta manera, el concepto de interpretación no es unánime, ya que provoca ambigüedad en relación con su alcance. Algunos autores consideran que interpretar es comprender y extraer el significado de cualquier cosa que contenga un sentido: símbolos, acciones o conductas que puedan simbolizar algo que tiene algún mensaje o sentido. También hay otros autores para quienes la interpretación es únicamente encontrar el significado de las estructuras lingüísticas.

## **2.2. La interpretación jurídica**

En el caso del derecho, interpretar significa entender el sentido del texto, subsumiendo en la hipótesis jurídica el hecho y aplicar la correspondiente consecuencia jurídica. En el derecho se interpretan los textos normativos con el objeto de extraer su significado, entendiendo que la norma es el resultado de la interpretación. No es la norma la que se interpreta, sino el texto normativo. Se trata de atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje.

Uno de los problemas lógicos que presenta la interpretación jurídica, es que se debe extraer la norma, de un texto redactado en un lenguaje natural. Y el lenguaje tiene los problemas inherentes e ineludibles de vaguedad, indeterminación y múltiples acepciones semánticas (contextuales), por lo que la mayoría de los textos pueden ser interpretados de formas distintas por personas distintas. Estos problemas inherentes al lenguaje natural no pueden ser eludidos por completo, pero sí disminuidos por la claridad del discurso, entiéndase la claridad con la que se redacte el texto de la norma jurídica.



Para Guastini (2014, pp. 3-8), existen dos posturas en relación con el concepto de interpretación jurídica, uno restringido y uno amplio. El concepto restringido de interpretación jurídica establece que solo se requiere interpretación cuando el significado de un texto jurídico es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho, por lo que, su aplicación es dudosa o controvertida. En el caso de aquellos textos normativos cuyo significado es claro, y no controvertido, no requieren de interpretación, sino simplemente se aplica. Por el contrario, el concepto amplio de interpretación jurídica establece que la interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a un texto normativo, independientemente de que sea claro, o con dudas o controversias. Todo texto, en cualquier caso requiere interpretación.

La interpretación amplia es más acorde con la lógica debido a que el hecho de considerar que un texto es claro o dudoso, es en sí una interpretación. Y la atribución de claridad del texto, más que excluir la controversia, puede ser el objeto mismo de la controversia. El texto es claro solo si los intérpretes concuerdan en su significado; esto quiere decir que la supuesta claridad no es una propiedad del texto, sino el fruto de una decisión interpretativa o de varias decisiones interpretativas concordes.

Como no es lo mismo texto que norma, la interpretación tiene como objeto los textos normativos, no las normas, mientras que la aplicación tiene por objeto las normas. El objeto de la interpretación es extraer las normas del texto, como el simple ejercicio hermenéutico.



## **2.3. Teorías sobre la interpretación en relación con su posibilidad cognoscente**

Como ya se argumentó anteriormente en el primer capítulo de la presente investigación, en el apartado epistemológico, existen distintas posturas en relación con la posibilidad del conocimiento y del conocimiento verdadero y absoluto. De igual manera y como reflejo y consecuencia epistemológica, en la teoría de la interpretación jurídica surgen estos mismos problemas. En relación con la posibilidad o no de acceder al conocimiento verdadero de las normas jurídicas y el derecho. De esta manera, se analizarán las posturas del cognitivismo, el escepticismo y la teoría intermedia.

### **2.3.1. Cognitivismo**

La teoría cognitiva indica que interpretar es una actividad de conocimiento, “es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (autoridad legislativa)”. Se basa en la creencia que las palabras incorporan un significado propio intrínseco que depende de la relación natural entre palabra y realidad. No hay espacio para la discrecionalidad judicial (Guastini, 2014, p. 13).

Sobre la teoría cognitiva, los juristas Juan José Moreso y Josep María Vilajosana, manifiestan lo siguiente:

Para esta posición, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S. De acuerdo con esta concepción, la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos proposicionales, susceptibles de verdad o falsedad. La interpretación del derecho es una actividad cognoscitiva sobre cuya base es siempre posible determinar unívocamente el significado de los textos considerados. Cada cuestión



jurídica admite, así, una única respuesta correcta: la que hace que el enunciado interpretativo sea verdadero. (2004, p. 159).

Las ideas anteriores se complementan con lo siguiente:

Esta concepción ha estado asociada durante mucho tiempo al llamado formalismo jurídico, que sostenía el mito de la certeza del derecho, normalmente por razones ideológicas. Participarían de esta actitud formalista la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana. Para estas visiones, la tarea de los jueces se basaría en una aplicación mecánica de las normas generales a casos individuales. Los jueces no pueden (ni deben) en el trámite de aplicación efectuar ninguna modificación en aquellas normas. (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 159).

### **2.3.2. Escepticismo**

Por su parte, la teoría escéptica “sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión”. No existe un significado propio de las palabras, “toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado su emitente, o el que le incorpora el que la usa y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada”. Indica que las “normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado”. Esta interpretación es sostenida por el realismo jurídico. Se le critica que, en toda sociedad determinada, las palabras admiten una vasta, pero limitada diversidad de significados y un significado atribuido fuera de este rango o cuadro socialmente aceptado de significación será difícilmente sostenible (Guastini, 2014, pp. 15-16).

Sobre la teoría escéptica, Moreso y Vilajosana, indican que:



Según esta posición, interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que tiene el significado S. De acuerdo con esta concepción, la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos no proposicionales, carentes de valores de verdad. La interpretación del derecho no es una actividad cognoscitiva, sino una actividad decisoria o estipulativa. Ninguna cuestión jurídica tiene, consiguientemente, una respuesta correcta, previa a la decisión judicial, por la sencilla razón de que los textos legales son radicalmente indeterminados. (2004, p. 160).

Establece que todo texto jurídico es interpretado por distintos intérpretes y esto siempre provocará distintas normas o interpretaciones (generalmente incompatibles). Establece que no hay significados anteriores a la interpretación, la cual es una tesis sostenida por la filosofía jurídica del realismo jurídico.

Aún desde una postura bastante moderada del escepticismo, se afirma que es muy difícil encontrar alguna norma o texto normativo que no esté exento de controversia interpretativa. Pero es importante resaltar que la existencia de disensos interpretativos no excluye la existencia de consensos interpretativos. (Guastini, 2014, p. 148) , pero este consenso, será un consenso intersubjetivo, que para nada implicará una verdad absoluta universal.

Según el escepticismo extremo, se le puede atribuir a cualquier texto normativo cualquier significado, especialmente por parte de los órganos judiciales con más jerarquía o de última instancia. Esta teoría escéptica es sostenida incluso por Hans Kelsen, uno de los máximos expositores del iuspositivismo, quien indicaba que “todo texto normativo ofrece a los intérpretes, no ya una sola posibilidad de interpretación, sino un marco de múltiples interpretaciones diversas, igualmente posibles o admisibles. Dicho de otro modo, todo texto normativo expresa potencialmente más de un significado”. Además, agrega en esta teoría, que existe la interpretación científica que se refiere a la verificabilidad teórica gramatical de la interpretación (del significado extraído) y la interpretación política que se refiere a la decisión sobre el significado de un texto. (Guastini, 2014, p. 150)



De esta manera, argumenta que “a veces los intérpretes y especialmente los órganos de aplicación, se salen del marco de los significados abstractamente posibles y atribuyen al texto normativo en cuestión un significado nuevo, que no encaja entre los verificados o verificables mediante interpretación científica”. Y hasta incluso una sentencia con una interpretación de este tipo (fuera del marco interpretativo abstractamente posible) tendrá, aunque sea de forma temporal, efectos jurídicos. (Guastini, 2014, p. 150 y 151)

La objeción moderada del escepticismo establece que “es suficiente mostrar que los jueces siempre tienen discrecionalidad, ya que siempre tienen la posibilidad de escoger entre una pluralidad o marco de significados” e incluso el marco puede ser objeto de controversia en relación con que significados entran en este y cuáles no. (Guastini, 2014, p. 153).

### **2.3.3. Teoría intermedia**

Por último, la teoría intermedia argumenta que la interpretación puede tener ambas funciones descritas por la teoría cognoscitiva y la escéptica, ya que puede consistir en una actividad de conocimiento o puede consistir en una actividad de decisión discrecional. Indica que existen casos fáciles y difíciles de aplicación de normas; en los casos fáciles la interpretación es una actividad de conocimiento, pues el intérprete simplemente describe o descubre el significado del texto normativo; y en los casos difíciles la interpretación se convierte en una decisión discrecional, el intérprete decide el significado del texto normativo (Guastini, 2014, pp. 16-18). Ante esta afirmación, estimamos que la decisión de calificar a un caso como fácil o como difícil, es en realidad una interpretación previa. Como se indicó anteriormente, muchas veces la determinación de si un caso es fácil o difícil, necesita una actividad interpretadora, por lo que es en realidad el centro del problema hermenéutico.



Desde la postura del antiescepticismo y cognitivismo se argumenta que no todos los casos son difíciles o dudosos de interpretar, hay casos fáciles o claros, en los cuáles cabe una sola interpretación correcta, y no cabe la discrecionalidad del intérprete. (Guastini, 2014, p. 154)

La interpretación de los múltiples significados que puede tener una norma es la interpretación cognitiva. Mientras que la interpretación decisoria consiste en escoger el significado de la norma entre los diversos significados posibles de esta, entiéndase también, aplicar la norma al caso concreto, decidir si un caso concreto cae o no en el campo de aplicación de la norma. Si este puede ser subsumido en la norma jurídica. La interpretación decisoria presupone la interpretación cognitiva. La teoría del antiescepticismo tiene el problema que solo contempla la interpretación decisoria, aplicada en concreto, y no contempla la interpretación cognitiva o en abstracto que es la interpretación por excelencia. Es en esta interpretación cognitiva en la que radica principalmente el escepticismo de los múltiples significados y posibilidades de interpretaciones. Además, la interpretación decisoria o de subsunción tampoco ofrece una posibilidad unívoca y correcta de decisión y aplicación. (Guastini, 2014, pp. 156-157).

## **2.4. Teorías sobre la interpretación, según su forma de cognición**

### **2.4.1. Teoría lingüística**

En esta teoría, se concibe a las normas jurídicas como enunciados lingüísticos, que están únicamente compuestas por palabras “y en esas palabras agotan su ser”. “Las palabras en que las normas jurídicas se expresan no son mero vehículo de una realidad no lingüística que está por debajo y alimenta su sentido. Por lo tanto, la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de significado”. (García, 2004, p. 39).

Para esta teoría el derecho no es más que una experiencia lingüística. Desde una perspectiva moderada, se acepta que existen otros elementos metalingüísticos





que también forman parte del derecho, pero indica que al momento de interpretarlo, lo más importante son los textos, ya que son el aspecto más tangible e inmediato del derecho. Desde una postura más extrema de esta teoría, se niega que se deban utilizar estos elementos metalingüísticos valorativos, intencionales y sociológicos en la interpretación jurídica.

Esta teoría lingüística le otorga primacía al valor de la seguridad jurídica, “en cuanto certeza derivada de la comprensibilidad de las normas para el ciudadano” (García, 2004, p. 53).

Por razones obvias, esta teoría interpretativa le otorga preeminencia al método gramatical, ya que este se base en un análisis semántico, sintáctico, morfológico y lógico del lenguaje. Esta teoría es muy importante para la corriente del derecho positivo.

Esta teoría recibe críticas como las del excesivo formalismo e ingenuidad. Excesivo formalismo cuando únicamente toma en cuenta el aspecto lingüístico de la experiencia del derecho, dejando a un lado, aspectos como los valores que se impregnan y de las cuales surgen las normas, como las intenciones subyacentes del legislador por las cuales redacta el texto normativo, o como las de reconocer el derecho como fenómeno social, tanto en su faceta creadora como interpretativa. Así, se le critica que conceptualiza, de una manera formalista e ingenua, la interpretación jurídica como una mera actividad mecánica. Además, se le critica de ingenuidad cuando por medio de esta se descarta abiertamente los problemas de textura abierta, indeterminación y vaguedad del lenguaje.

#### **2.4.2. Teoría subjetiva o intencional**

Para esta teoría, las normas jurídicas son el vehículo por medio del cual se plasman la intención o la voluntad del legislador. La interpretación, en esta teoría, consiste en descubrir esta intención subjetiva.



Se le otorga un gran respeto y legitimidad al legislador, ya sea por su reconocimiento como persona individual, por ejemplo, Napoléon Bonaparte y su código civil Napoléonico; o por el cargo que ostenta, por ejemplo, por ejercer el cargo diputado del Congreso y haber sido elegido democráticamente para la creación de las normas jurídicas.

Esta teoría voluntarista le otorga preeminencia al valor de la autoridad y la legitimidad (García, 2004, p. 53).

Un claro ejemplo de esta teoría hermenéutica se encuentra en la postura constitucional norteamericana del originalismo, en la que se defiende que la interpretación de la Constitución de ese país debe hacerse en función de la intención, lo que pensaron, los padres fundadores al momento de crearla. Así, en esta teoría, se debe interpretar la voluntad original del legislador, y no la voluntad actual de la sociedad o del intérprete.

Esta teoría hermenéutica, sin descartar otros, les da preeminencia a métodos interpretativos como el histórico y el subjetivo. El histórico ya que procura desentrañar el pensamiento y la voluntad del legislador al crear la ley en determinado período histórico. Para lograr esto, debe analizar diarios de sesiones y discusiones del órgano legislativo, proyectos de ley previos, exposiciones de motivos y justificaciones de los proyectos de ley, entre otros.

Desde la perspectiva del método subjetivo, el intérprete debe descubrir lo que semánticamente el legislador quiso dar a entender mediante el texto, lo que denominan método subjetivo semántico. Además, puede utilizar el método teleológico subjetivo por medio del cual se pretende descifrar la finalidad por la cual el legislador consideró necesaria crear la norma. (García, 2004, p. 66)

Esta teoría intencional también recibe críticas en relación con la posibilidad lógica de descubrir la intención de otra persona. El pensamiento es una actividad interna y subjetiva. Por lo que la concordancia entre la intención y lo manifestado no está garantizada. Además, desde la perspectiva psicológica, pueden existir muchas



intenciones subyacentes u ocultas en las conductas y discursos del ser humano. Este problema se torna aún más grave cuando la intención o voluntad que se pretende develar no es de una sola persona, sino de varias, ya que, generalmente, las leyes no son creadas por una sola persona, sino por órganos parlamentarios pluripersonales.

Otra crítica que se le realiza a esta teoría intencional, resalta García Amado (2004, p. 43) es el desfase que puede existir entre una voluntad, finalidad o juicio valorativo plasmado en un período histórico, al pretender aplicarlo a una época actual. Es posible que esa finalidad y valoración histórica ya no sea legítima en la sociedad actual. Así, da el ejemplo siguiente: el principio de igualdad formal de la Constitución de los Estados Unidos de América, si se analiza desde la teoría intencional, se puede concluir que los “padres” creadores de esta no tenían la intención subjetiva e histórica de que ese mandato de igualdad amparara la equiparación jurídica entre personas de ascendencia caucásica y aquellas de ascendencia africana. Por lo que, si en la actualidad se interpreta esta norma bajo la teoría intencional, únicamente se podría adscribir la igualdad formal a personas de ascendencia caucásica. Esta perspectiva valorativa y social no sería aceptada en el sentir social actual ni en Guatemala ni en Estados Unidos de América.

### **2.4.3. Teoría axiológica u objetiva**

En esta teoría, la esencia de las normas jurídicas es de carácter axiológico. Considera que “el derecho, en su fondo o ser último, es un sistema de valores”. Así propugna que “el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo”. No se refiere, como en la teoría intencional, a un orden subjetivo de preferencias o finalidades establecidas por el legislador, sino a las finalidades en sí de la norma como un ente independiente objetivo. Se refiere a los contenidos valorativos y axiológicos que dan su razón de ser a la norma. Sustituye así, una teoría subjetiva por una objetiva. Deja



de enfocarse en los fines del legislador y prioriza los fines del ordenamiento jurídico (García, 2004, pp. 44-46).

Dentro de esta teoría se acepta que las normas responden a un fin y que este consiste siempre en dirimir un conflicto de intereses, estableciendo mediante estas, una preferencia entre estos intereses contrarios. Pero, tal preferencia no puede concebirse como una prioridad aleatoria que establece el legislador, sino que ha de entenderse como una prioridad establecida desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto. (García, 2004, p. 46)

Para esta teoría, la interpretación consiste en aprehender los valores que contemplan y en los que se cimentan las normas jurídicas y el derecho. Es una teoría de cognitivismo ético y axiológico. De esta manera, se observa la relación de esta teoría con la corriente del iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo.

Así, esta teoría objetivista, afirma García Amado (2004, p. 53), le otorga preeminencia al valor justicia.

Entre los métodos interpretativos a los que esta teoría axiológica les da preeminencia, se encuentran el de la jurisprudencia de valoraciones y el método teleológico objetivo. Estos se enfocan en la extracción y aprehensión de los valores y las finalidades del ordenamiento jurídico.

Existe también, una teoría interpretativa objetiva, que se aparta de la axiológica. En esta se procura sociologizar al derecho y le otorga una perspectiva historicista. Este deja de considerarse como una razón intemporal y ahistórica para conceptualizarse como una respuesta histórica y contingente a problemas cambiantes. De esta manera, afirma que la interpretación no es una labor científica de descubrimiento de conceptos universalmente válidos, expresión de una razón jurídica intemporal, sino que es la búsqueda del sentido de mandatos históricos que persigue solucionar de la mejor manera problemas actuales que se generan en las relaciones sociales (García, 2004, p. 45). Esta objetivación del derecho la acerca la corriente de la sociología jurídica.



## **2.5. La interpretación jurídica orientada por las teorías de la filosofía jurídica**

La interpretación jurídica, para la corriente positivista, se refiere exclusivamente a extraer el significado de los textos normativos: comprender y extraer las normas que contienen y representan. Desde otras posturas filosóficas jurídicas no iuspositivistas, las normas no se encuentran únicamente en los textos normativos, sino también en los fenómenos sociales, en los principios, en el derecho natural no positivado, o en la faceta de inagotabilidad del lenguaje de “lo no dicho, pero que se quería decir” en términos de Gadamer.

Con este objeto de extraer estas normas jurídicas, se han creado y argumentado la validez de diversos sistemas, métodos y técnicas interpretativas. Algunos pensadores hermenéuticos sostienen que uno de estos métodos es el único que puede y debe prevalecer para arribar a conclusiones interpretativas verdaderas y universalmente válidas.

Estas ideas de hegemonismo metodológico se argumentan generalmente desde la filosofía analítica y desde la perspectiva filosófica iuspositivista del derecho. Argumentando la necesidad de la utilización exclusiva de métodos gramaticales y lógicos, así como el de la subsunción.

Pero, estas corrientes no son las únicas que pretenden monopolizar la argumentación del método correcto. En general, la mayoría de las posturas filosóficas jurídicas pretenden, desde su concepción propia del derecho y desde la postura epistemológica de cada pensador, defender un método correcto para extraer la norma.

Por ejemplo, el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo propugnan métodos como el teleológico objetivo, la ponderación de principios y la interpretación extensiva y correctora del derecho. Apela a métodos de extracción de las normas



universales a través de la razón inherente al ser humano. Indica que todo método interpretativo de las normas debe hacer prevalecer la dignidad del ser humano.

El realismo jurídico y sociología del derecho propugnan métodos completamente empíricos para extraer las normas de los fenómenos sociales, extraer el derecho vivo que se crea en las relaciones sociales. Utiliza métodos adecuados del derecho como la interpretación evolutiva. Este último también es utilizada por el neoconstitucionalismo.

Existen, también, pensadores como Gadamer y pensadores de la filosofía hermenéutica que manifiestan que es imposible establecer la superioridad o validez absoluta de un método hermenéutico en particular.

Así, existen una variedad y multiplicidad de métodos al que muchos atribuyen validez universal y que propugnan que debe ser el método a utilizar para extraer el significado correcto del derecho, de las normas jurídicas o de estos textos normativos, dependiendo de la concepción jurídica correspondiente. Por lo que se abordará el análisis de algunos de estos sistemas, métodos y técnicas hermenéuticos.

## **2.6. Interpretación, según el método**

### **2.6.1. Interpretación gramatical**

Debido a la intrínseca relación del conocimiento y la lógica con la lingüística, es importante analizar el método de interpretación gramatical o literal. Este último atribuye a una disposición o norma el significado literal más inmediato que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales, incluyendo las sintácticas.

Los dos principales argumentos de esta interpretación son los del argumento del lenguaje común y el argumento a contrario. “El argumento del lenguaje común apela sencillamente al significado ordinario y común de las palabras y a las reglas



gramaticales de la lengua usualmente aceptadas”. Las palabras del lenguaje común, aún definidas en el diccionario tienen diversos significados, pueden estar definidas en ley, o incluso definirse o extraer su significado de la doctrina o uso de los juristas o de las especialidades técnicas. El argumento a contrario establece que el “legislador ha dicho exactamente lo que quería decir y es evidente que lo que no ha dicho no quería decirlo, si hubiese querido decirlo, lo habría dicho”. Se trata de la negativa a atribuirle significados más amplios o extensivos a la norma. Este mismo argumento a contrario puede ser utilizado por medio de la exclusión para la formación o producción de normas contrarias o a la inversa excluyendo lo no contemplado en la norma inicial e incluso puede ser utilizado para resolver las lagunas del derecho a partir de esta norma opuesta implícita (Guastini, 2014, pp. 26-30).

El primer problema que presenta la interpretación jurídica son los problemas intrínsecos del lenguaje en que está escrito el texto. Como se dijo anteriormente, desde la teoría de la interpretación literal, la interpretación del derecho consiste en interpretar textos normativos con el objeto de extraer su significado, extraer la norma, que es el resultado de esta interpretación. No es la norma la que se interpreta, sino el texto normativo.

La actividad de interpretar los fragmentos del lenguaje implica abordar sus problemas intrínsecos. Todo lenguaje tiene los problemas inherentes e ineludibles de vaguedad, indeterminación y múltiples acepciones semánticas (contextuales), por lo que la mayoría de los textos pueden ser interpretados de forma distinta por personas distintas. Estos problemas inherentes del lenguaje no pueden ser eludidos por completo, pero sí disminuidos por la claridad del discurso, entendiéndose la claridad con la que se redacte el texto de la norma jurídica.

De hecho, existen otros problemas interpretativos que no devienen del lenguaje, sino de construcciones dogmáticas, más o menos artificiosas, de los intérpretes. Estos problemas devienen:

- De la doctrina



- De criterios socio culturales
- De criterios personales
- Del margen de discrecionalidad

Estas construcciones interpretativas pueden provenir de conceptos doctrinales acuñados por los juristas o de la historia de las instituciones jurídicas, o bien de criterios socioculturales, que comprenden los valores, principios y costumbres establecidos por la sociedad que mediante la repetición constante de ciertas conductas o pensamientos, llegan a ser considerados como normas y pautas sociales. Tanto la doctrina como los criterios socioculturales son al menos algo más objetivos, ya que suelen tener un fundamento académico o histórico sustentable en la colectividad. Pero estas construcciones pueden ser producto también de interpretaciones más arbitrarias que provienen del pensamiento o criterio personal. Lo cual difícilmente garantiza la objetividad y da lugar un gran margen de discrecionalidad, que puede alejarse de la interpretación promedio dentro de parámetros más objetivos a la cual la colectividad, la sociedad, los juristas o cualquier persona podría arribar normalmente.

En el aspecto de los problemas lingüísticos relacionados con la interpretación, se debe partir de la estructura del lenguaje, en donde se encuentran los signos descriptivos y los lógicos. Los signos lógicos están comprendidos por los conectivos y los cuantificadores, mientras que los signos descriptivos están comprendidos por nombres y predicados. Los nombres designan individuos y los predicados designan atributos. Los predicados tienen dos dimensiones, el sentido o intención que es el atributo que designa y la referencia o extensión que está compuesta por los individuos que poseen el atributo que el predicado designa (Guastini, 2014, pp. 60-61).

De esta manera, Guastini, nos da la siguiente estructura del lenguaje:

- Signos descriptivos
  - Nombres: designan individuos
  - Predicados: designan atributos





- Predicados tienen dos dimensiones:
  - Sentido (o intención): es el atributo que designa.
  - Referencia (o extensión): son los individuos que poseen el atributo que el predicado designa.
- Signos lógicos
  - Conectivos: negación (no), conjunción (y), disyunción (o), condicionales (si)
  - Cuantificadores: todos, ninguno, algunos.

Uno de los principales problemas del lenguaje surge de los signos descriptivos denominados predicados. De estos se extraen los problemas de vaguedad y ambigüedad; la ambigüedad puede ser semántica, sintáctica o pragmática. La vaguedad es un problema inherente al lenguaje que surge de la referencia de los predicados: de los individuos que poseen el atributo que el predicado designa. “Un predicado es vago siempre que la pregunta ¿a qué cosa se refiere? Admita una respuesta dudosa”. Por ejemplo, en el caso en el que un predicado alude a que los jóvenes tienen un atenuante debido a su falta de experiencia. ¿Cuántos años deben tenerse para no seguir siendo joven? De esta manera el término “jóvenes” al que alude el predicado es vago, presenta una textura abierta como se designa en la literatura americana (*open texture*) (Guastini, 2014, p. 62).

La ambigüedad semántica es un problema del lenguaje que surge del sentido de los predicados, del atributo que designa. “Un predicado es ambiguo siempre que la pregunta ¿qué cosa se entiende?” ¿qué atributo designa? “Admita una pluralidad de respuestas”. Por ejemplo, en el caso en el que una norma establece que “no puede ser formulada petición de referéndum en el año anterior a la finalización del período de una de las dos cámaras”. Cómo se debe entender el sentido de esta norma o mejor dicho del predicado de esta norma u oración: No se puede formular dicho referéndum en el año calendario anterior (enero a diciembre), o no se puede formular en los 365 días anteriores. Existe ambigüedad ya que el sentido o atributo



designado no es claro, puede interpretarse de diversas maneras (Guastini, 2014, p. 63 y 64).

La ambigüedad sintáctica es un problema inherente al lenguaje que surge de la forma de cómo están conectadas las palabras entre sí. El problema del conector sintáctico lógico “y/o” utilizado frecuentemente en el idioma inglés, en el idioma español presenta la ambigüedad debido a su inclusión en el conector “o”. En algunas ocasiones el conector sintáctico lógico “o” puede interpretarse de forma débil, en el sentido que puede ser A o B, o bien A y B, siendo inclusivo del conector “y”, este conector “o”. En su sentido débil se convierte en el conector “y/o” inglés, realizando ambas funciones, tanto la función disyuntiva de “o”, como la función conjuntiva de “y”. El conector “o” puede interpretarse en su forma fuerte en el cual se torna exclusivo de A o B, solo uno de los dos y excluye completamente a ambos o sea A y B, realizando exclusivamente la función disyuntiva de “o”, no así la función conjuntiva de “y”. Por ejemplo, si una norma impone a una entidad pública cubrir un puesto determinado mediante un concurso “por títulos o exámenes”. Si convoca a un concurso solo por exámenes se entiende fácilmente que la norma fue cumplida. Pero si por otro lado se convoca un concurso por exámenes y a la vez por títulos ¿puede considerarse que la norma se ha cumplido, o debemos más bien considerar que la norma ha sido violada? Este es el problema que genera la ambigüedad sintáctica. (Guastini, 2014, p.66)

La ambigüedad pragmática es un problema que surge de la forma, modo o intención como se emplee el lenguaje: descriptivo, imperativo, exclamativo, interrogativo. Un enunciado es ambiguo cuando puede ser “utilizado para cumplir diferentes actos del lenguaje y en el contexto no queda claro qué acto lingüístico ha sido cumplido” (Guastini, 2014, p. 67).

Este análisis particular de la interpretación gramatical se realiza con el fin de mostrar cómo ni siquiera a través de la adscripción al mismo, el cual deviene de la aplicación lógica a la lingüística, es posible arribar a resultados interpretativos universalmente válidos, ya que muestra las falencias de vaguedad y ambigüedad intrínsecas del lenguaje. Esto, sumado al teorema de incompletitud de los sistemas



formales de Gödel y la teoría de la inacababilidad del lenguaje de Gadamer, que se desarrollará más adelante. Cabe resaltar que este método de interpretación gramatical es utilizado por posturas filosóficas como el iuspositivismo y la filosofía analítica que propugnan un método unívoco de interpretación y resultados lógicos universalmente válidos.

### **2.6.2. Interpretación correctora:**

La interpretación correctora es aquella que se realiza mediante la desviación del significado propio de las palabras, no le atribuye al texto normativo su significado literal más inmediato. Puede ser en forma de interpretación restrictiva e interpretación extensiva. Se basa en el argumento que apela a la voluntad, intención u objetivos del legislador conocido como el *ratio legis*. Esta se refiere a la verdadera intención subjetiva del legislador de carne y hueso. Pero también, se argumenta como la voluntad objetiva de la ley, que se extrae de las propias palabras de esta. Esta es denominada como *ratio legis* abstracta. Algunos pensadores argumentan que este sistema de interpretación es, muchas veces, utilizado de forma inadecuada para eludir la verdadera norma o intención política del legislativo. Claro, esto refiere a una opinión positivista y absolutista respecto a la interpretación jurídica. Esta interpretación correctora, también, apela a la razonabilidad del legislador, argumentando así que el legislador no promulgaría normas absurdas, por lo que se debe extraer una norma coherente con base en la razonabilidad del legislador. La interpretación correctora, también, apela a la naturaleza de las cosas cuando las normas no se ajustan a la realidad, por lo que estas deben ser corregidas de acuerdo con la naturaleza intrínseca de las cosas, o al menos de como las percibe el ser humano (Guastini, 2014, pp. 32-33).

La interpretación extensiva es una interpretación correctora, manifiesta Guastini, que “extiende el significado prima facie de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal no entrarían en él”. Existe una línea delgada entre la interpretación extensiva de



normas existentes y la formulación de normas nuevas. Con base en la necesidad de la integridad del derecho surgen dos argumentos que defienden la interpretación extensiva, argumento a fortiori y argumento a simili (2014, p. 34 y 35).

El argumento a simili es el argumento por analogía, debe existir una similitud entre supuestos jurídicos para atribuirles una misma consecuencia jurídica, entre ellos debe existir un rasgo común esencial a los fines de la disciplina jurídica. Es un argumento productor de nuevo derecho. Por la importancia hermenéutica de este sistema o argumento, este será desarrollado más adelante en la presente investigación.

El argumento a fortiori establece que si determinado supuesto de hecho produce determinada consecuencia jurídica, con mayor razón, otro determinado supuesto de hecho relacionado por términos de razón, merece la misma consecuencia jurídica. Es al igual que el argumento a simili, un argumento productor de nuevo derecho en realidad.

Guastini (2014, p. 39), indica que la interpretación restrictiva “restringe o circunscribe el significado prima facie de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal entrarían dentro de él”. Se realiza con base en el argumento de la disociación o división de elementos o conceptos y con el objeto de evitar antinomias.

### **2.6.3. Interpretación sistemática**

La interpretación sistemática deduce el significado de un precepto jurídico de su colocación en contexto en el sistema del derecho, analiza e interpreta el derecho de forma integral y contextual. (Guastini, 2014, pp. 43-44)

Este método interpretativo argumenta la congruencia y armonía que debe existir entre las normas y el sistema jurídico al que pertenecen.



La interpretación sistemática es sumamente útil en la postura del positivismo dogmático ya que sirve para colmar, evitar o evadir las lagunas legales. Asume la postura, considerablemente dogmática, de la integridad del derecho; o más específica e ilusa, de la integridad perfecta del sistema de normas jurídicas de una sociedad y época determinadas. Si bien se realiza la crítica anterior, se considera plausible el hecho que este método tiende a una interpretación contextualizada de las normas. Así evita interpretaciones aisladas que tienden a ser menos efectivas y justas.

Además, Villegas (2017, p. 260) resalta que “la interpretación sistemática parte de la base de que... las normas jurídicas pertenecen a un sistema que tiene principios, valores, finalidades, etc.,” por lo que las normas no existen en forma aislada, sino que pertenecen a un conjunto”. Así, se puede observar cómo este método sistemático puede ser utilizado dentro la corriente iusnaturalista y neoconstitucionalista, ya que este puede remitir también a una concepción del sistema jurídico que incorpora a los principios y valores.

Se puede afirmar la utilización del método sistemático al utilizar varias de las técnicas para colmar lagunas legales, por ejemplo, la interpretación analógica, la aplicación de una norma especial o más específica (que regula de forma más detallada el hecho en cuestión) sobre una norma general, la aplicación y ponderación de principios. Todas estas reflejan la importancia del método sistémico. También es importante recordar, que el texto normativo no es la norma, por lo que una norma jurídica puede estar formada por varios textos normativos, o dicho de otra forma, por varios artículos dentro de una misma ley o código.

#### **2.6.4. Interpretación adecuada o conforme**

La interpretación conforme o adecuada adapta el significado de un precepto jurídico a un precepto jurídico de rango superior, por ejemplo, al de un



precepto constitucional, o a un principio general o fundamental del derecho (Guastini, 2014, p. 47).

La interpretación conforme a la Constitución, tiene su origen en la jurisprudencia del tribunal supremo norteamericano, que exige que la interpretación de sus leyes se realice en *harmony with the Constitution*, en “armonía” o “conforme” la Constitución (Olano, 2006, p. 161).

La interpretación adecuada es un método interpretativo necesaria para el postulado filosófico jurídico del neoconstitucionalismo, por medio del cual toda interpretación de las normas jurídicas debe pasar por el prisma de la Constitución, la norma positiva de rango superior. De esta manera, todas las normas inferiores, como las ordinarias y reglamentarias, deben interpretarse y adecuarse a la luz de los preceptos de la Constitución. Además, este método interpretativo es extremadamente útil para una revisión de carácter difuso de la legalidad y constitucionalidad de las normas jurídicas. Entiéndase, esta revisión puede ser realizada casi por cualquier persona.

Esta interpretación es importante en la defensa de derechos humanos. Esta implica, no solo que toda interpretación debe pasar por el prisma de la Constitución aislada, sino también por los denominados bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad. Estos últimos se refieren a las figuras jurídicas con las que se incorporan ya sea a la Constitución o a un rango constitucional a los derechos humanos.

### **2.6.5. Interpretación histórica**

Mediante la interpretación histórica se le otorga a una norma uno de los significados que le atribuyeron en la época en que fue creada, o bien a un significado que se le atribuya actualmente, pero tomando en cuenta el contexto histórico, social, económico y/o cultural en el que se creó o en el que hubiera sido interpretado en el pasado.



Esta interpretación puede llegar a tener relación con la interpretación teleológica subjetiva, ya que al igual que esta última busca extraer la intención originaria e histórica de su creador. En el ejemplo de la Constitución estadounidense, este método procura descubrir la intención y el significado que los “padres fundadores” quisieron dar a entender al crearla en su respectivo momento histórico.

### **2.6.6. Interpretación teleológica**

En la interpretación teleológica, la extracción del significado normativo se realiza con el objeto de descubrir su finalidad. Ya sea una finalidad subjetiva como en la teoría intencional del legislador, o una finalidad objetiva que se refiere a la finalidad misma e inherente de la norma, en otras palabras, el espíritu de la norma.

Dentro de la interpretación teleológica subjetiva, se analiza la jurisprudencia de intereses, la cual propugna que todas las normas responden a un fin y que este consiste siempre en dirimir un conflicto de intereses. De esta manera el legislador, mediante la creación de la norma establece cuál de estos intereses contrarios debe preferirse. Se trata de descubrir con qué finalidad el legislador crea la norma, qué efecto social pretende o pretendía lograr con esta.

Desde la perspectiva de la interpretación teleológica objetiva, se indica la preferencia de intereses que establece el legislador mediante una norma no puede concebirse como una prioridad aleatoria y contingente, sino que ha de entenderse como una prioridad establecida desde un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Al respecto de esta interpretación teleológica objetiva Villegas Lara (2017, pp. 257-258) manifiesta que en esta, la intención y finalidad del legislador no tiene relevancia, como en la interpretación teleológica subjetiva. Así, lo que debe buscarse es la finalidad y voluntad de la ley misma. Finalidad y voluntad que está objetivada en la norma. Además, citando Diego Espín Cánovas indica que la ley



“contiene un acto de voluntad independiente de la intención de sus autores, la ley cobra un valor en sí misma, que hay que investigar, no aisladamente, sino puesta en conexión con el conjunto del sistema”.

### **2.6.7. Interpretación evolutiva**

La interpretación evolutiva le otorga a la norma un significado nuevo y diferente de su significado histórico, uno adaptado al contexto actual en el que se interpreta. Toma en cuenta las nuevas condiciones sociales, ideológicas, axiológicas, culturales, científicas y fácticas. Mediante este método se reconoce, en muchas ocasiones, la obsolencia de ciertos textos normativos. Ya sea porque los hechos que pretenden regular ya no existen o ya no suceden en la sociedad, o bien porque la ideología, axiología y cultura social ha cambiado tanto que la norma que se extrae de forma literal estos textos ya no sería legítima actualmente.

Esta corriente hermenéutica busca la estabilidad y permanencia de las normas jurídicas. Ya que una solución a normas obsoletas podría ser su reforma o derogación. Así este método es muy importante para el neocostitucionalismo y la teoría constitucional, ya que la Constitución es un cuerpo jurídico y político que pretende de alguna manera cierta permanencia y estabilidad. Es así como este método se aplica comúnmente en la interpretación de sus preceptos, con el objeto de que puedan adaptarse a nuevas condiciones sociales, políticas, ideológicas y axiológicas y así evitar su modificación. De esta manera, se pueden observar cómo constituciones longevas como la de los Estados Unidos de América aún perduran y son legítimas mediante la aplicación de métodos interpretativos como este.





## **2.7. Otras técnicas interpretativas**

### **2.7.1. La subsunción**

Es la técnica hermenéutica del positivismo jurídico. Esta técnica establece que los hechos objeto de interpretación deben encuadrarse, encajarse o “subsumirse” en la hipótesis de la norma jurídica.

En esta técnica, es necesario interpretar previamente el texto normativo y extraer el significado de este y así extraer la norma jurídica y su correspondiente hipótesis jurídica.

La corriente positivista del derecho, parte de la idea de la completitud del sistema jurídico y que este es capaz y autosuficiente de resolver cualquier problema y por ende regula la conducta observable en cualquier caso. Así, asume una postura racionalista e incuestionable de la legislación. Ante una razón suprema contenida en la legislación, que provee soluciones unívocas a cualquier problema, la legislación contempla toda conducta observable y el juez, al resolver un caso concreto, únicamente realiza una actividad lógica de inferencia deductiva a modo de silogismo, por medio del cual subsume el hecho en los supuestos de la norma y aplica el efecto jurídico establecido por la norma.

La subsunción del hecho en la norma, implica una mecanización de la función interpretativa, en el sentido de que, para la solución de un caso concreto, únicamente se toman en cuenta los textos normativos, y no así las valoraciones éticas, los principios o el contexto social, lo cual no sucede desde otras corrientes filosóficas del derecho.

A pesar de esto, es importante resaltar que la técnica de la subsunción y el método gramatical no se descarta en otras posturas filosóficas como en neoconstitucionalismo o el iusnaturalismo. La diferencia es que estas últimas posturas no aceptan el uso exclusivo de estos métodos que implican únicamente el análisis lingüístico del texto normativo ni mucho menos la racionalidad absoluta o

perfección de las normas jurídicas positivas, sino que también toman en cuenta las valoraciones éticas, los principios y el contexto social.



### **2.7.2. La ponderación y la proporcionalidad**

Es la técnica hermenéutica que propugna el neoconstitucionalismo. Esta parte del problema de la colisión de principios y garantías fundamentales, especialmente en casos concretos. Así, indica que ante esta colisión, se utiliza el principio de más peso, por lo que, se les debe medir proporcionalmente en casos determinados y ponderar así cuál pesa más para resolver determinado caso concreto. La ponderación superior de un principio a un caso concreto, no implica la invalidación del otro principio. Únicamente se le reconoce o interpreta que determinado principio deberá prevalecer sobre otro, en un caso concreto. Así, el principio no utilizado no se invalida, únicamente se le estanca.

La técnica de la ponderación es un medio por el cual se manifiesta y justifica la racionalidad de una decisión sobre qué principio o derecho fundamental prevalece sobre otro. De esta manera Prieto Sanchís manifiesta que el: “sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales” (2007, p. 220). Por su parte, Robert Alexy indica que: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (2002, p. 161).

Esta relación o principio de proporcionalidad es la que se debe buscar entre el grado de afectación o perjuicio del principio no aplicado y el grado de satisfacción del principio aplicado y considerado de mayor peso. Cuanto mayor sea la limitación del derecho o inaplicación de un principio, mayor tiene que ser la importancia y los intereses que se protejan mediante la aplicación del otro principio o derecho.



Para ejemplificar esta técnica se propone el siguiente caso. En Guatemala, debido a la prevaleciente inseguridad muchas colonias han optado por cerrar calles, a manera de formar colonias cerradas con garitas y guardias de seguridad con el objeto de resguardar su vida, integridad, salud y dignidad así como la propiedad de sus bienes. Si bien esto ha aumentado la seguridad de los bienes de los vecinos que habitan dentro de las colonias cerradas, esto, provoca el problema para los vecinos que han quedado fuera, ya que no pueden transitar libremente por las calles o no pueden hacer uso de las áreas verdes por el acceso restringido. Asimismo, muchos vecinos dentro de la colonia han sido afectados debido a que su acceso ahora es más complicado y se les exige un monto para mantener las áreas comunes y los gastos de seguridad. En este caso, de alguna manera, se les afecta sus principios y garantías fundamentales y constitucionales de libre locomoción, por ejemplo. Pero así, se enfrentan estos principios y garantías descritas anteriormente con las que garantizan la vida, la integridad, la salud, la seguridad y la propiedad. Así mediante la técnica de ponderación, en Guatemala, generalmente, en estos casos, han prevalecido estas últimas garantías especialmente la de la vida, sobre la libre locomoción.

Así existen otras colisiones entre principios constitucionales en casos concretos. De igual manera, en relación con los medios de comunicación, encontramos tensiones entre la libertad de expresión con el derecho fundamental a la intimidad. Y así hay muchos ejemplos más, con los que se observa esta contradicción de principios y garantías fundamentales y constitucionales y que son objeto de la aplicación de la técnica hermenéutica de la ponderación.

## **2.8. Clases de interpretación, según el intérprete**

### **2.8.1. Auténtica**

La interpretación auténtica es aquella que hace el legislador, el creador de las normas jurídicas. En muchas ocasiones las normas jurídicas establecen cual



debe ser la forma de interpretar las otras normas del sistema jurídico, ya sea todas las normas en general, únicamente las de un cuerpo normativo como un código, o bien únicamente una o algunas normas en particular. Además, existen normas que indican no solo como se deben interpretar las otras, sino como se debe integrar el derecho en forma sistemática con el objeto de colmar las lagunas legales. Un ejemplo de esta clase de normas e interpretación auténtica las encontramos, en el caso guatemalteco, en la ley del Organismo Judicial.

### **2.8.2. Jurisprudencial**

Esta se refiere a la interpretación que realizan los jueces y magistrados con el objeto de aplicar las normas a casos concretos que les han sido planteados dentro de su función jurisdiccional.

Esta interpretación es la más relevante, ya que no solo produce efectos jurídicos, sino que establece la forma en que las personas que plantean el conflicto judicial deben interpretar la norma para el caso concreto. Especialmente debido a que produce lo que se conoce como “cosa juzgada”, que en su sentido material significa que el mismo conflicto, entre las mismas partes, ya no puede ser objeto de nuevo juicio. Por lo tanto, la interpretación que realiza el juez es firme entre las partes y debe cumplirse por estas, aunque no la compartan. Este fin práctico de la interpretación de una norma para un caso concreto es un estandarte para el derecho, ya que otorga seguridad jurídica y así realiza el valor orden. Esto es importantísimo especialmente para la corriente iuspositivista que le da preeminencia al valor orden.

También, es importante indicar que las resoluciones e interpretaciones judiciales forman la jurisprudencia, que es una fuente del derecho y una pauta interpretativa. Esto es muy importante para sistemas jurídicos que devienen de la familia del Common Law, en los que la jurisprudencia o precedente judicial es una fuente principal del derecho. En sistemas que devienen de la familia Romano-



Germánica, como el guatemalteco, si bien la jurisprudencia no es la fuente principal, sí es importante, ya que no solo forman parte de las fuentes del derecho, sino que las resoluciones reiteradas en el mismo sentido proferidas por las cortes de mayor jerarquía, se convierten en doctrina legal. Esto significa que, la interpretación normativa que realizaron en estos casos, se convierte en una pauta obligatoria de cómo se deben interpretar estas normas en casos similares, por parte de jueces de menor jerarquía.

### **2.8.3. Doctrinaria**

Esta se refiere a la interpretación de las normas y del derecho que realizan los estudiosos del derecho. Esta se realiza con fines académicos y teóricos.

La interpretación doctrinal o abstracta puede ejercer influencia sobre orientaciones jurisprudenciales, pero no tiene efectos jurídicos, pues busca el significado de los textos normativos sin relación con un hecho concreto. En cambio, la interpretación judicial y administrativa por parte de funcionarios públicos, o incluso la interpretación común por parte de los ciudadanos, tiene efectos jurídicos cuando se orienta a su aplicación a hechos concretos. Incluso lo interpretado y resuelto por los jueces puede llegar a producir doctrina legal.

### **2.8.4. Administrativa**

Es la interpretación normativa y del derecho que realizan los funcionarios públicos para su aplicación a casos concretos. Esta necesidad de aplicación normativa puede derivar de actos públicos que no afectan a ningún administrado en particular, o de actos públicos que afectan específicamente a uno o varios administrados.

Esta interpretación es muy importante, ya que también tiene efectos jurídicos. La relación entre los entes estatales y los administrados es constante y la mayoría



de las actividades de los funcionarios públicos está fuertemente regulada. Por estas razones, la interpretación y aplicación normativa y del derecho por parte de estos será muy frecuente e importante.

Los órganos administrativos tienen el deber de interpretar las normas aplicables y resolver en los casos concretos que se les planteen o involucren a administrados en particular. Pero esta función tiene el problema de imparcialidad en el cual el ente administrativo es parte del conflicto y es a la vez quien resuelve el conflicto. Por este motivo, sus interpretaciones y resoluciones no forman cosa juzgada y siempre pueden ser revisadas y debatidas ante un juez. Esto es una garantía invaluable para evitar la arbitrariedad administrativa y en algún grado el despotismo.

## **2.9. La especialidad de la interpretación constitucional**

Uno de los temas más relevantes en la interpretación constitucional es la determinación si existen aspectos especiales o peculiares en esta y si estas provocan que la interpretación constitucional sea una actividad hermenéutica esencialmente distinta a la interpretación jurídica en general.

Toda concepción del derecho o sus normas afecta en su actividad hermenéutica. Por lo que es necesario analizar algunos elementos especiales y diferentes de las normas constitucionales. Las normas constitucionales generalmente contienen enunciados con mayor grado de indeterminación, expresiones de elevada vaguedad y abundantes referencias a fines y valores. De conformidad con García Amado (2004, p. 72), esta situación le otorga mayor margen de legítima libertad interpretativa. Así, indica que esto consiste en una ventaja, ya que sus preceptos pueden ser adaptados en su significado a las expectativas, conceptos y opiniones de lo justo.



Para Stern, citado por Díaz Revolorio (2009), las normas constitucionales tienen ciertas características especiales que deben tomarse en cuenta al interpretarlas:

Incorporan el orden fundamental organizativo y material del Estado y de la vida comunitaria; a menudo están formuladas de forma amplia, indeterminada e incompleta; determinan el acontecer político; entrañan consecuencias para la jurisprudencia infraconstitucional; su interpretación vinculante se confía en última instancia a una jurisdicción de un tipo especial. (p. 219).

Díaz Revolorio, sintetiza las peculiaridades más importantes de la interpretación jurídicas, en tres: el carácter abierto, la politicidad y el carácter axiológico de estas (2009, p. 220).

### **2.9.1. Carácter abierto**

El carácter abierto de las normas constitucionales provoca diferentes interpretaciones legítimas de estas, por lo que se indica que es una interpretación de carácter abierta.

Muchas normas constitucionales establecen un fin, pero dejan abierta la forma, no precisan exactamente cómo debe concretarse este fin. Como se indicó, esta vaguedad es muy útil para lograr el consenso y la adaptabilidad de estas normas, pero a la vez provoca que la interpretación sea más complicada. Así, una interpretación en concreto tiene que ser más justificada y argumentativa ya que el escoger entre una de las diversas significaciones posibles es problemático y polémico (Díaz, 2009, p. 220).

De esta manera, Díaz Revolorio indica que “en la interpretación constitucional se aprecia un mayor abanico de posibilidades interpretativas materiales que en la interpretación jurídica en general” (2009, p. 221).



Es interesante analizar como este carácter abierto, *open texture*, se encuentra no únicamente en las normas constitucionales, sino también en las normas jurídicas generales, ya que la indeterminación y la vaguedad son problemas ineludibles en todo lenguaje, por lo que estos se encuentran presentes en todo texto normativo, constitucional o no. Aunque, se puede afirmar también que los textos normativos constitucionales tienden a ser más abiertos y vagos por su misma naturaleza y objeto de establecer los principios y bases en las que se fundamenta un sistema jurídico y las relaciones dentro de una sociedad.

### **2.9.2. Politicidad**

Esta característica de politicidad afecta tanto al objeto que es la Constitución como al sujeto que es el intérprete. Se refiere a la influencia que tiene en la interpretación y la creación de la ley, aquellas relaciones humanas en su lucha por poder. Esa lucha por la posición en la cual una persona o un grupo de ellas pueden imponer su voluntad y su ideología a otras personas.

El poder otorga ventajas y comodidades a quien lo detenta. El poder se puede detentar desde el ámbito económico, bélico o militar, ideológico, legislativo y administrativo.

La superioridad económica otorga comodidad, influencia e imposición de voluntad, al poseer y disponer de la mayoría, o de una gran cantidad, de los recursos disponibles en una sociedad.

La superioridad militar brinda la posibilidad de imponer la voluntad por medios bélicos, ya sea por su utilización o por su mera amenaza de utilización.

El poder ideológico es importantísimo, ya que es la forma de imponer la voluntad de una persona o de un grupo sobre otras, logrando de forma pacífica que estas últimas piensen y participen de estas creencias o ideas. Logra inculcar estas ideas y que el resto de las personas las internalice, que psicológicamente las



acepten como ideas necesarias y correctas, o incluso que ellos mismos las concibieron.



El poder orgánico estatal está compuesto, dentro de nuestro Estado democrático y republicano, por la obtención de cargos públicos o por lograr que personas con intereses afines los ocupen. Ya que esto permite tener la facultad de tomar decisiones importantes que afectan a toda la sociedad: la creación de las normas que rigen la conducta de todos, las decisiones administrativas de cómo utilizar el dinero y recursos sociales y las decisiones finales y vinculantes sobre la interpretación judicial de las normas y resolución de conflictos.

Así, podemos ver que las relaciones de poder son un factor imposible de desligar de la experiencia jurídica. La balanza del poder puede cambiar con las estipulaciones que se incluyan en las normas jurídicas que se crean. A su vez, la creación de las normas jurídicas y su contenido definitivamente están influenciadas por el poder, tanto en el ámbito ideológico, económico y hasta incluso bélico. Las normas son un producto de este conflicto de intereses sociales y relaciones de poder.

De igual manera, la interpretación de las normas es influenciada por estos conflictos de intereses y relaciones de poder. La decisión de interpretar un texto normativo de determinada manera puede afectar la balanza del poder. Puede afectar a una ideología completa, puede afectar intereses económicos, concepciones morales, etcétera.

La actividad interpretativa, de forma ideal, debería ser afectada únicamente por el poder ideológico, las posturas ideológicas jurídicas y filosóficas prevalentes dentro de una sociedad, pero en la realidad, puede ser influenciada también por intereses económicos o acciones bélicas.

Si bien, tanto la interpretación constitucional como la interpretación jurídica en general presentan ineludiblemente esta característica de politicidad, o influencia de las relaciones de poder, se considera que esta se presenta en mayor grado en



la interpretación constitucional. Esto, debido a que la Constitución, a diferencia de otras normas jurídicas, contiene preceptos más genéricos que afectan a una mayor cantidad de relaciones sociales. Por lo que sus normas y su interpretación tienen un alcance mayor que el de las normas jurídicas no constitucionales. De esta manera, mediante la interpretación constitucional se resuelven problemas políticamente relevantes para la sociedad, en mayor medida que mediante la interpretación de otras normas jurídicas.

Además, la Constitución contiene las bases y la forma de organización política estatal. Incluso, por esta razón son denominadas como normas supremas. Así, en nuestro país este cuerpo normativo supremo es denominado como Constitución Política de la República, resaltando esta característica política inherente en esta.

### **2.9.3. Carácter axiológico**

La interpretación constitucional tiene un fuerte carácter axiológico, ya que regularmente les otorga preeminencia a métodos de extracción de valores y principios, como el método teleológico objetivo. Se basa en un cognitivismo ético. Utiliza técnicas interpretativas como la ponderación y la proporcionalidad. Esto debido a que las normas constitucionales refieren a principios y valores, ya sea de forma expresa o implícita.

Ante este fuerte contenido axiológico en las normas constitucionales, no es congruente asumir, en su interpretación, una posición de indiferencia a la estimativa axiológica y pretender una concepción exclusivamente formalista y literal de preceptos que recogen principios y valores. (Díaz, 2009, p. 225)

Pero las normas jurídicas en general, al igual que las constitucionales, contemplan inherentemente un grado valorativo. Estas son creadas con base en estos principios y valores que las inspiran, por supuesto esta es una perspectiva más acorde a la corriente iusnaturalista. Pero, desde una perspectiva iuspositivista,



las normas jurídicas no constitucionales también pueden referir de forma explícita a determinados principios o pautas axiológicas. Incluso en algunos casos, como en Guatemala, las normas que establecen la forma de interpretación del resto de normas jurídicas en general (Ley del Organismo Judicial) prescriben explícitamente que para la interpretación de textos normativos ambiguos, oscuros o en la zona de penumbra, o bien para la integración de las normas debido a lagunas de ley, se debe utilizar la equidad y los principios generales del derecho.

Por lo que esta característica axiológica de las normas constitucionales y su interpretación se puede encontrar también en las normas jurídicas en general y su actividad interpretativa, solo que en menor grado. Esto debido a la naturaleza prevalentemente axiológica de las normas constitucionales y por ende la justificación valorativa de su actividad hermenéutica.

Por supuesto, el interpretar los valores y acceder cognitivamente a estos es una tarea complicada y polémica. Así, Díaz Revolorio indica que las funciones interpretativas de los principios son:

- a) encuadran los hechos en una «precomprensión» de sentido y valor; b) ensanchan las posibilidades interpretativas. Su carácter general y abstracto, hace que, en palabras de Bachof, recaiga sobre el juez la misión de “llenar de vida y contenido, mediante una jurisprudencia dirigida a concretar y a plasmar valores, los conceptos indeterminados que remiten a preceptos éticos extralegales y a contenidos culturales o que se refieren a elementos sociales o económicos cambiantes”, lo que implica acudir al consenso social sobre tales conceptos. (Díaz, 2009, p. 225).

#### **2.9.4. Consideraciones sobre la interpretación constitucional**

De esta manera, autores como Díaz Revolorio y García Amado concluyen en que si bien existen particularidades en la interpretación constitucional esta no es esencialmente diferente a la interpretación jurídica general.



Coinciden en que las diferencias son más de grado cuantitativo que en realidad cualitativas, conclusión que se comparte en la presente investigación. Ya que el proceso y métodos de interpretación que utiliza la interpretación jurídica en general son aplicables a la interpretación constitucional. Incluso, algunos problemas de la interpretación constitucional ocurren, también aunque en menor grado, en la interpretación jurídica general. Así, se considera que existe una paridad cualitativa.

De esta manera, la diferencia cuantitativa consiste en que en la interpretación constitucional, usualmente el grado de complejidad, es más elevado que en la interpretación jurídica en general. Ya que las características de indeterminación, vaguedad, contextura abierta, politicidad y referencias a fines y pautas axiológicas se encuentran con mayor frecuencia en las normas constitucionales que en las normas jurídicas no constitucionales. De esta manera, sus consecuentes problemas y retos interpretativos se reflejan más en la interpretación constitucional que en la interpretación jurídica normal. Pero como indica García Amado, esto otorga mayor margen de legítima libertad interpretativa, lo cual, a la vez, supone una ventaja de adaptabilidad interpretativa.

Guastini (2014, pp. 113-114), coincide en señalar que a pesar de esta coincidencia cualitativa entre la interpretación constitucional y la interpretación de la norma ordinaria, la constitucional presenta otras peculiaridades en relación con los agentes de la interpretación, métodos interpretativos y algunos otros problemas de la interpretación.

La Constitución a diferencia de otras leyes, es posible que no esté sujeta a la interpretación judicial (jueces comunes), sino que a la interpretación de agentes diversos. Y es así como surge el dilema o peculiaridad de la interpretación constitucional en relación con quienes son los agentes de esta clase de interpretación.

Existe la idea que considera que las normas constitucionales es materia de órganos constitucionales supremos, únicos intérpretes de estas. En este caso, los jueces comunes no pueden interpretar ni aplicar de forma directa la Constitución.



Contrariamente a esta idea, la Constitución la interpreta y aplica cualquier juez, como lo hace con cualquier otra ley. Este segundo caso es el control de constitucionalidad difuso. Además, si se analiza este aspecto, en realidad cualquier persona puede ser un intérprete de la Constitución, la diferencia consiste en que solo la interpretación de los jueces en el sistema difuso o la de los jueces superiores o especiales facultados para tal actividad tiene una fuerza obligatoria. Actualmente, incluso los funcionarios administrativos interpretan y aplican con fuerza vinculante los preceptos constitucionales.

Una de las grandes interrogantes en relación con este tema, es la posibilidad de que la Constitución pueda ser interpretada de forma auténtica. Esta forma auténtica de interpretación tiene una pluralidad de conceptos, con relación a si la misma es interpretada por el órgano que aprobó la Constitución, o si es interpretada por el órgano máximo competente para realizarla, por ejemplo, una Corte Suprema o una Corte específicamente de Constitucionalidad (Guastini, 2014, pp. 118-120).

Sobre los métodos de interpretación constitucional, Guastini coincide con García Amado y con Díaz Revolorio, sobre que es una perspectiva bastante difundida que la Constitución no se presta a una interpretación literal, especialmente porque sus normas son abiertas, no tienen un supuesto jurídico y generalmente se refieren a principios. Esta es una de las premisas básicas de la postura filosófica jurídica del Neoconstitucionalismo y es parte de su concepción hermenéutica. Como se argumentó anteriormente, este criterio no solo aplica para la Constitución, sino también para el resto de las normas jurídicas ordinarias y reglamentarias. Además, argumenta que la Constitución exige una interpretación evolutiva, y no histórica, ya que su interpretación debe ser mutable y adaptable al cambio social. La interpretación constitucional de los Estados Unidos de América y su longeva Constitución constituyen un ejemplo claro de interpretación constitucional evolutiva. (Guastini, 2014, pp. 120-123)

Entre los problemas peculiares que surgen en la interpretación constitucional está el de la capacidad o factibilidad de la reforma de esta. Si esta es flexible o pétrea, o más conflictivo aún el hecho si la misma Constitución no indica nada al



respecto de su reformabilidad. Dentro de este problema surge el argumento de la utilización del principio de libertad y autodeterminación de los pueblos para sustentar su reformabilidad, desde una perspectiva iusnaturalista. Así como la obvia necesidad y deseo del ser humano de determinar el camino de su vida, sus patrones de conductas aceptables y de esta manera legitimar un sistema jurídico determinado.

Si el ser humano no le adscribe legitimación a un sistema jurídico y político determinado, será difícilmente sostenible y deviene en revoluciones. Esta es una perspectiva filosófica fenomenológica y sociológica del derecho. Por el otro lado, desde una perspectiva filosófica jurídica positivista, se argumenta la utilización del principio de legalidad y el argumento a contrario en su fase productora de normas. De esta manera, sostiene el argumento pétreo de la Constitución mediante la postura que si no está expresamente regulado, es porque el constituyente no tenía intención que fuera reformable, de lo contrario lo hubiera establecido. Por lo que, así, ningún órgano público puede reformar la Constitución.

En el caso de Guatemala, la Constitución misma establece sus pautas de reformabilidad y las estipulaciones que considera como pétreas o irreformables. Pero el dilema sobre la posibilidad o no de la reforma de estas estipulaciones pétreas hace que subsista esta problemática descrita, la cual es tan extensa y profunda que puede ser objeto de una investigación completa solo en torno a este tema.

Otro problema en la interpretación constitucional consiste en la conceptualización de la Constitución que deriva del conflicto de corrientes filosóficas del derecho; ya que la Constitución desde el punto de vista iusnaturalista, simplemente reconoce los derechos naturales ya existentes; mientras que vista desde la perspectiva positivista, esta crea nuevos derechos que nada tienen que ver con el derecho natural.



Otro problema en esta interpretación se refiere a la aplicabilidad y validez normativa de los textos contenidos en los preámbulos constitucionales, al respecto, hay tanto posturas negativas como positivas.

También resalta el problema sobre si la Constitución es completa o incompleta, si se puede o no contrastar toda norma legislativa con algún parámetro normativo o deóntico de la Constitución. Si pueden o no existir lagunas constitucionales. Un ejemplo reciente en Guatemala en relación con esta problemática hermenéutica es el conflicto sobre la implementación legal del trabajo a tiempo parcial establecida en un convenio internacional. Mientras algunos argumentan la inconstitucionalidad que presenta la reducción al salario mínimo establecido en la Constitución. Otros argumentan que este se refiere, en realidad, a una laguna constitucional, ya que contempla las pautas mínimas para el salario a tiempo completo, pero no a tiempo parcial. Si bien el investigador se inclina por la postura de la inconstitucionalidad, este es un claro ejemplo de los problemas hermenéuticos que suscitan muchos casos y este, incluso, en relación con las lagunas constitucionales (Guastini, 2014, pp. 126-130).

## **2.10. La lógica y la interpretación jurídica**

### **2.10.1. Posibilidad de la aplicación de los principios lógicos a las normas jurídicas**

Uno de los grandes problemas que suscita la relación entre el derecho y la lógica, argumenta Hans Kelsen, es si la lógica bivalente, la que consiste en falso y verdadero y sus principios son aplicables a las normas jurídicas y morales. (Kelsen, 1994, p. 191)

De esta manera, se analizará específicamente si le son aplicables al derecho los principios lógicos de la ley del tercero excluido y las reglas de la inferencia. Es importante hacer énfasis que no se plantean los problemas de los principios iusnaturalistas, sino los principios de la lógica, principios exclusivamente formales.



Kelsen (1994, p. 192) indica que tampoco se plantea la posible aplicación de diversas normas generales a un caso concreto, o las posibles diversas interpretaciones que se pueden realizar de una misma norma. No se refiere al problema de las denominadas lagunas legales, situación en la cual el juez debe crear nuevas normas debido a que su resolución no se puede inferir de normas vigentes. Se plantea el problema que si de la validez de la norma general se puede deducir lógicamente la validez de la norma particular inferida de la norma general, al momento de aplicarla a un caso concreto.

Se debe establecer la diferencia que existe entre la ciencia del derecho y las normas jurídicas. La ciencia del derecho tiene la función de conocimiento, no tiene una función prescriptiva de normas obligatorias, función que sí tienen las normas jurídicas. Esta diferencia es importante debido a que los principios de la lógica descriptos sí son aplicables a la ciencia del derecho, en realidad son aplicables a todas las ciencias. El problema que se trata es la aplicabilidad de estos principios de la lógica tradicional o bivalente a las normas jurídicas y morales.

Las leyes de la ciencia del derecho, como en todas las ciencias, son descriptivas, proposiciones descriptivas, son actos de pensamiento, por ende pueden ser falsas o verdaderas. En cambio, las normas jurídicas no pueden ser falsas o verdaderas por que no son actos del pensamiento, sino que son actos volitivos, los cuales pueden ser válidos o inválidos. (Kelsen, 1994, p. 192)

Cristoph Sigwart opina que la lógica es el arte del pensamiento, la forma en que se debe pensar para que los juicios que se emitan como producto del pensamiento sean verdaderos. Además, establece que lo verdadero es lo necesario y cierto, necesario y universalmente válido (universalidad). Este objetivo separa a la lógica de la psicología. (Kelsen, 1994, p. 193)

Por ende, la lógica solo puede referirse a proposiciones enunciativas, que pueden ser verdaderas o falsas, o a las cuáles se puede comprobar o verificar su verdad o falsedad. Incluso los juicios de valor morales son en realidad normas, redactas gramaticalmente de forma distinta, pero al final normas, y no afirman nada,





sino prescriben conductas. Por ende, tampoco pueden ser ni se les puede comprobar su verdad o falsedad. Establece que el juicio de valor (moral) “matar es malo”, se considera de la misma manera que el imperativo “no mates” y, por lo tanto, su verdad no es verificable al igual que todas las normas.

Los principios lógicos de la ley del tercero excluido y las reglas de la inferencia son aplicables a la ciencia del derecho, pero no a su objeto, las normas jurídicas. Al igual que no hay contradicción en el ámbito de la realidad de la naturaleza y al igual como “la existencia de un hecho de la realidad no se deduce lógicamente de la existencia de otro hecho, de la misma manera no hay contradicción lógica entre dos normas, y no se desprendería lógicamente la validez de una norma de la validez de otra norma” (Kelsen, 1994, p. 194).

Pero establece Kelsen (1994, p. 194) que la situación que estos dos principios de la lógica (la ley del tercero excluido y las reglas de la inferencia) no sean aplicables al objeto de la ciencia del derecho, entiéndase las normas jurídicas y a las normas morales, no quiere decir que los demás principios de la lógica no le sean aplicables, sino por el contrario sí son aplicables en virtud que las normas se expresan de forma lingüística. Y entre estas proposiciones pueden existir vínculos y relaciones lógicas como el de condición y consecuencia. En puntos posteriores dentro del presente trabajo, se mostrarán posturas en cierta forma contrapuestas como la de García Máynez.

### **2.10.2. Lógica jurídica**

Esta es una situación bastante controvertida, los filósofos y juristas que afirman y defienden la existencia de una lógica específicamente jurídica se basan en la *conclusión analógica* y en el *argumentum ad maiore ad minus*. (Kelsen, 1994, p. 262)

La conclusión analógica, o argumento *a simile*, es la situación cuando el juez aplica una norma a un hecho que no encuadra o no se subsume en la hipótesis o

presupuesto de la norma, pero este hecho es análogo o bastante similar al hecho contemplado en el presupuesto o hipótesis jurídica.



Argumenta Kelsen (1994, p. 262) que toda resolución judicial es una aplicación analógica de la hipótesis abstracta y firme de una norma jurídica positiva, dentro de la cual se subsume o encuadra un hecho concreto y real que es similar al hecho abstracto contemplado en la hipótesis jurídica. Pero además, afirma que:

El que haya una similitud o coincidencia esencial entre el concreto estado de causa existente ante el juez [el hecho concreto subsumible] y el estado de causa determinado in abstracto en la norma general [el hecho abstracto contenido en la hipótesis jurídica a aplicar], es un juicio altamente subjetivo, ya que lo que a un juez le parece similar o una coincidencia esencial, puede no parecerle lo mismo a otro juez.

Las mismas normas jurídicas pueden facultar al juez para dictar resoluciones en aplicación análoga de otras normas jurídicas. Al resolver mediante la conclusión analógica, la norma individual de la resolución judicial no es el producto de una inferencia lógica de una norma jurídica en abstracto y positiva, sino es la creación de una norma individual a partir de una facultad otorgada por otra norma jurídica en abstracto y positiva. Es la creación de un nuevo derecho, es más un acto de voluntad (creativa y legislativa) como toda actividad legislativa, que un acto de pensamiento lógico.

“La conclusión analógica es una conclusión de la realidad, no coincide con la verdad estricta..., sino solo en mayor o menor grado con la realidad”. Se indica que la lógica no tiene un fundamento para la conclusión analógica, no utiliza ningún método lógico para arribar a la conclusión, sino es más bien un método subjetivo o psicológico. (Kelsen, 1994, p. 264)

El argumento *ad maiore ad minus* establece que si determinada norma es aplicable a determinado hecho menor (*ad minus*) con más razón es aplicable al



hecho mayor (ad maiore), ya que este último puede contenerlo o ser consecuencia o causa directa del primero.

“Es en realidad una ponderación teleológica por medio de la cual se acepta la vigencia de una norma no establecida positivamente”, ya que esta no es inferida lógicamente de una norma general abstracta. No es en realidad una operación lógica, sino un argumento interpretativo que ayuda al establecimiento de una tesis judicial (Kelsen, 1994, p. 265). Concluye así Kelsen, en que no existe una lógica específicamente jurídica, sino es la misma lógica universal aplicada a la ciencia del derecho y a las normas jurídicas en lo que les sea aplicable.

### **2.10.3. Principios supremos de la lógica jurídica**

Si bien se comparten las argumentaciones expuestas por Hans Kelsen en relación con la exclusión de una lógica eminentemente jurídica, sino por el contrario que la ciencia del derecho y en algunos casos las normas jurídicas, utilizan la lógica universal. Se abordará, también, la postura contraria que propone el jurista Eduardo García Máynez en la que sostiene la existencia de una lógica jurídica y la posibilidad de la aplicación de esta a las normas jurídicas. Si bien se considera por el investigador que existe la posibilidad de aplicación de la lógica a los textos normativos, toda vez que son realizados con base en un sistema lingüístico que puede ser susceptible de análisis lógico. Se resalta la adscripción del investigador al teorema de la incompletitud de Gödel, en el sentido de que la lógica no es suficiente ni completa para determinar la validez o verdad de estas composiciones lingüísticas. Ya que, según este teorema hay afirmaciones verdaderas que no pueden ser comprobadas dentro del mismo sistema matemático o, como este caso, el lógico. Así, el lenguaje puede hablar, simbolizarse y referirse a sí mismo y esto produce paradojas semánticas. Sin tomar en cuenta, como se detallará más adelante en el pensamiento de Gadamer, el problema de la inagotabilidad del lenguaje entre lo dicho y lo no dicho.

De esta manera, García Máynez indica que estos principios supremos de la lógica jurídica son principios puramente formales, que constituyen el único absoluto en el campo del derecho. Ya que son una constante de universalidad y validez de las normas. Hace la aclaración que estos principios, no están relacionados con los principios del derecho natural ni tampoco se refieren al contenido del derecho positivo, sino son principios puramente formales y así, revelan conexiones de esencia entre normas jurídicas. Conexiones necesarias y universales. (García, 2006, pp. 11-16 y 20).



### **2.10.3.1. Principio lógico jurídico de contradicción**

Con base en el principio lógico de contradicción, dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Esta es la aplicación de un principio de la lógica general, pero como se indicó anteriormente García Máynez (2006, pp. 23-24) sostiene la existencia de una lógica exclusivamente jurídica. Y de esta manera afirma que debido al principio jurídico de contradicción, dos normas de derecho contradictorias entre sí no pueden ser ambas válidas.

Recalca nuevamente en que estos principios lógicos jurídicos no se refieren al orden real, o contenido material o psicológico, son puramente formales, por lo que se refieren a lo posible o imposible dentro de la lógica. La psicología, manifiesta García Máynez, se refiere a como pensamos y cómo influye en esta actividad intelectual las condiciones sociales y naturales externas, así como las condiciones internas subjetivas. En cambio, indica, la lógica se refiere a cómo debemos pensar. Aunque este criterio no es completamente compartido por el investigador. Ya que si bien la lógica se puede considerar como un parámetro útil de cómo debemos razonar para arribar a conclusiones útiles, con base en experiencias anteriores propias o inculcadas. Se considera, también, que no puede ser tomada como un parámetro absoluto y universalmente válido, ya que sería una concepción arbitraria e incluso en cierta forma dogmática y egocéntrica, aunado a los argumentos en contra ya expuestos, como la teoría de la incompletitud. Ya que existen problemas



incluso en relación con el concepto de lógica, de dónde devienen sus parámetros racionales, cómo se forman sus principios y reglas, quién establece o quien está autorizado para establecer sus reglas, si estas devienen de una abstracción exclusivamente racional a priori o en ellas influye la experiencia empírica. Si estas reglas y principios son construidos por un consenso intersubjetivo o por un dogma. Incluso, en el mismo seno de la lógica se debate sobre si existe únicamente una lógica bivalente de datos verdaderos o falsos o si existe una lógica polivalente.

Máynez indica que el argumento positivista por medio del cual se le debe atribuir validez simultánea a dos normas contradictorias, sería una regla de la técnica jurídica, pero no un principio lógico jurídico.

Posteriormente, se argumenta con relación a la contradicción, que “dos normas se oponen contradictoriamente cuando teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta”. Por lo que es necesario analizar en qué consisten estos ámbitos de los preceptos jurídicos: material, personal, espacial y temporal. El ámbito material se refiere a lo que la norma establece que puede, debe o no debe ser hecho por los destinatarios de esta. El ámbito personal se refiere al sujeto a quien se dirige la norma. El ámbito espacial se refiere al lugar del espacio donde una norma tiene validez. Y el ámbito temporal se refiere lapso de validez de una norma, en el que puede aplicarse. (García, 2006, p. 27).

Es importante tomar en cuenta que si uno de estos ámbitos no coincide en dos normas jurídicas supuestamente contrapuestas, no existiría en realidad una contradicción. Asimismo, es sumamente relevante para la determinación o no de antinomias, tomar en cuenta las técnicas interpretativas restrictivas y a contrario para evitar las antinomias. Así como las exclusiones previas que se deben realizar por razones de la jerarquía, temporalidad, especialidad y materia de las normas jurídicas supuestamente contrapuestas.



Tomando en cuenta previamente estos argumentos, García Máynez nos muestra algunas de las hipótesis de contradicciones que se pueden dar ontológicamente, más no lógicamente, entre normas jurídicas (2006, pp. 28-32):

- **Hipótesis 1:** Afirmación y negación de un mismo deber jurídico (mismo ámbito personal, espacial y temporal):

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el deber de observar la conducta C.

Dado el hecho A, el sujeto B **NO** tiene el deber de observar la conducta C.

Ley 1: clase de sujetos tienen el deber de pagar el impuesto X. Ley 2: misma clase de sujetos, en las mismas condiciones, están exentos de pagar el impuesto X.

- **Hipótesis 2:** afirmación y negación de un derecho subjetivo de primer grado (mismo ámbito personal, espacial y temporal):

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el derecho de observar la conducta C.

Dado el hecho A, el sujeto B **NO** tiene el derecho de observar la conducta C.

Ley 1: prohíbe a los ciudadanos guatemaltecos reunirse pacíficamente para un objeto lícito. Ley 2: precepto constitucional que garantiza la libertad de asociación.

- **Hipótesis 3:** Afirmación y negación del derecho del obligado, o facultad de cumplir el propio deber (mismo ámbito personal, espacial y temporal):

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el deber de observar la conducta C.

Dado el hecho A, el sujeto B **NO** tiene el deber de observar la conducta C.

Ley 1: comprador de una cosa debe pagarla. Ley 2: comprador no tiene la facultad de hacer el pago.

- **Hipótesis 4:** Afirmación y negación del derecho de libertad o derecho de segundo grado (mismo ámbito personal, espacial y temporal). Todo derecho que no se funda en un deber propio es fundante de un derecho de libertad (de segundo grado):

La primera posibilidad de esta contradicción se describe de la siguiente manera:

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el derecho de optar entre la ejecución y la omisión del acto C (permisión lata y amplia de hacer o no hacer algo).



Dado el hecho A, el sujeto B tiene el deber de ejecutar el acto C (lo que implica la negación del derecho de omitirlo).

Ley 1: la entidad contratante tiene la facultad de prorrogar el plazo del contrato. (Esta norma se referirá a una permisión amplia, en la que puede hacer ambas, prorrogar o no). Ley 2: la entidad contratante debe prorrogar el plazo del contrato.

La segunda posibilidad de esta contradicción se describe de la siguiente forma:

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el derecho de optar entre la ejecución y la omisión del acto C (permisión lata y amplia de hacer o no hacer algo).

Dado el hecho A, el sujeto B tiene el deber de omitir el acto C (lo que implica la negación del derecho de ejecutarlo).

Ley 1: la entidad contratante tiene la facultad de prorrogar el plazo del contrato. (Esta norma se referirá a una permisión amplia, en la que puede hacer ambas, prorrogar o no). Ley 2: la entidad contratante tiene prohibición prorrogar el plazo del contrato.

Entre estas hipótesis también puede ocurrir el antagonismo entre un precepto general y una norma individualizada.

Ley 1: Constitución artículo 36: El ejercicio de todas las religiones es libre. Ley 2: prohíbe las ceremonias de la religión judía.

### **2.10.3.2. Principio lógico jurídico de tercero excluido**

Como se indicó previamente, de conformidad con el principio lógico de contradicción, cuando existen dos juicios contradictorios, no pueden ser verdaderos ambos. Este último principio se complementa con el principio de tercero excluido, el cual indica que de dos juicios contradictorios, no pueden ser falsos ambos, necesariamente uno de los dos es verdadero. Indica así, Máynez que en el principio jurídico de tercero excluido, “cuando dos normas de derecho se contradicen, no pueden ambas carecer de validez”, una tiene que ser válida. (García, 2006, p. 32)



Agrega Máynez, que no es una redundancia superflua del principio de contradicción. Ya que el principio de contradicción, no establece que si una de las normas no puede ser válida, la otra no puede dejar de serlo también. Esto último lo indica el principio de tercero excluido. , según el principio jurídico de contradicción, cuando dos normas son contradictorias, una debe ser inválida. Según el principio jurídico de tercero excluido, no pueden ser ambas inválidas. Estos principios lógico jurídico si bien se complementan, son independientes.

Estos principios descansan en el principio lógico de identidad y, de acuerdo con Pfander, en los principios ontológicos por medio del cual “ningún objeto puedes ser, al mismo tiempo P, y no P; y todo objeto tiene que ser, necesariamente, P o no P” (García, 2006, p. 33).

### **2.10.3.3. Principio especial de contradicción**

Máynez (2006, pp. 34-36), argumenta que el principio de contradicción tiene dos facetas. Una general que es la que aplica en el caso de dos juicios contradictorios y una especial que conforma el principio especial de contradicción que aplica en el caso de un solo juicio con contenido contradictorio. De esta manera el principio jurídico especial de contradicción o principio de disyunción contradictoria establece que toda norma jurídica que tenga un contenido contradictorio carece *a fortiori* (con mayor razón) de validez.

Indica, que un ejemplo de una norma de contenido contradictorio sería una norma que prohíbe y permite a la vez. Por ejemplo, que indique que el comprador tiene el deber, más no el derecho, de pagar al vendedor el precio del bien que le ha vendido. Otros ejemplos de normas contradictorias son aquellas normas que al mismo tiempo: prohíben y permiten; permiten y prohíben; ordenan y prohíben; o prohíben y ordenan alguna conducta determinada. Concluye de esta manera, Máynez en relación con los principios jurídicos supremos de la lógica, que estos



principios no son normas, sino por el contrario son verdades de razón absolutas, indestructibles, necesarias y universalmente válidas.



#### **2.10.4. Contradicción normativa y criterios de validez**

Los principios lógico jurídicos de contradicción y de tercero excluido establecen que ante la contradicción de normas una es válida y la otra no. Pero no establecen cómo determinar cuál es la norma válida y cual no. Por lo que se acude al criterio de validez. Así, el juez, ante normas contradictorias, debe determinar si estas normas están en vigor, si tienen una validez formal, si proceden de la norma fundamental. Por supuesto, Máñez (2006, p. 36), desde su clara filosofía iuspositivista se refiere a la norma fundamental positiva, la constitución, y no a ninguna norma fundamental del derecho natural no positivado. Por lo que parte de la determinación de la validez formal de la norma, también, consistirá en determinar si las normas fueron creadas conforme al procedimiento formal descrito por la norma que es su fuente inmediata de validez, su norma superior que permite su creación. También, el juez debe determinar la fuente de la cual provienen estas normas contradictorias, así como su rango jerárquico.

Además, argumenta que el criterio o criterios para resolver el antagonismo no será de carácter lógico, sino debe plasmarse en la norma positiva por el legislador. Y de esta manera debe brindar el criterio o criterios para determinar la pertenencia o no de las normas al ordenamiento jurídico y para decidir el antagonismo mismo (García, 2006, p. 38).

Si existe contradicción entre una norma superior y otra inferior por razón de su jerarquía, no existirá en realidad una antinomia ya que prevalecerá la norma superior. Una inferior es subordinada a otra superior, cuando esta última señala la forma de creación de la primera (norma subordinada) o indica las materias a que habrá de referirse. Este concepto de jerarquía y subordinación de las normas jurídicas puede ser referida, para fines gráficos, a la pirámide jurídica de Kelsen. En



la cual cada peldaño jerárquico tiene una doble función, una de aplicación normativa y otra de norma condicionante. Posee una aplicación normativa ya que establece la forma de cómo se crearán normas inferiores a esta. Y posee una norma condicionante que es su norma superior, a la cual está subordinada, ya que es su fundamento de validez. Por supuesto, la excepción a esta función de aplicación normativa de una norma superior que es su fundamento de validez, es la que ocurre con la norma superior de un sistema jurídico o constitución que no tiene norma condicionante, al menos desde un punto de vista positivo (de norma positiva vigente). Ya que en la teoría de Kelsen el fundamento de validez de esta, es la construcción lógica que denomina la norma hipotética fundamental, la cual abordaremos más adelante. También se encuentra la excepción del último acto de aplicación, el peldaño jerárquico inferior. Ya que este norma que se encuentra en el peldaño jerárquico inferior, no posee carácter normativo ni sirve para la creación de una norma posterior inferior a ella. No es la norma condicionante o fundamento de validez de ninguna otra norma inferior. (García, 2006, pp. 41-42)

El problema interpretativo, aplicativo y de validez surge con las normas que se encuentran en un mismo nivel jerárquico. Aquellas que no dependen unas de otras, no hay un nexo de supra o subordinación entre ellas, sino únicamente de coordinación e igualdad. Cómo solucionar antagonismo entre dos leyes de la misma jerarquía. En este caso el juez o el intérprete debe agotar los criterios restantes de exclusión de antinomias que se refieren a la temporalidad, especialidad y la materia. Si todos estos coinciden, y no hay forma de excluir la antinomia mediante estos o criterios o bien mediante las técnicas interpretativas. Si aún después de este ejercicio hermenéutico, el intérprete y particularmente juez, aún consideran la existencia de una antinomia, Máynez (2006, pp. 42-44), propone dos opciones:

En la primera opción indica que el juez debe decidir discrecionalmente con base en el caso concreto y las conexiones objetivas de los preceptos antagónicos con los demás del ordenamiento jurídico, así como tomando en cuenta la equidad y justicia.



Y la segunda opción, incluso sostenida por Kelsen, indica que los preceptos incompatibles se derogan recíprocamente. Anula tanto el precepto que prohíbe como el que permite u ordena la conducta. Afirman así que siempre existe la norma genérica de libertad de acción, con relación a que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido (contenida en el artículo 5 de nuestra Constitución guatemalteca). Esta última solución contradice el principio jurídico de tercero excluido que propugna Máynez y de alguna manera encubre el deseo de dejar viva o con validez a la norma que permite.

## **2.11. Problemas que se dan en la interpretación**

### **2.11.1. Antinomias**

Otro gran problema de la hermenéutica jurídica son las antinomias. Este problema se refiere a la determinación de la existencia de normas jurídicas antagónicas igualmente válidas dentro de un mismo sistema normativo y al problema de cuál aplicar en casos concretos. Así, existe una antinomia “siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema”. O bien, existe antinomia en un sistema jurídico “siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema” (Guastini, 2014, p. 71).

Si se medita a fondo, muchas de las antinomias son en realidad producto de la decisión interpretativa del intérprete con respecto a dos textos normativos, pues hay técnicas interpretativas que se utilizan para evitarlas o solucionarlas. Entre estas está la interpretación adecuada. Por medio de esta técnica se adapta la interpretación de uno de los textos normativos de tal forma que se extrae de este la misma norma, o al menos una no contradictoria, con la otra con la que se contrasta y con la cual podría existir una antinomia si se interpreta de forma diferente.



Además, una vez establecida la antinomia, sin que esta se pueda evitar mediante una decisión interpretativa, se procede a los métodos de exclusión de las mismas. Estos métodos se basan en el principio o criterio jerárquico, de competencia, cronológico y de especialidad. En realidad, si se analiza a fondo, el hecho de poder aplicar exitosamente al menos uno de criterios a la supuesta antinomia, provoca que esta última deja de ser una verdadera antinomia. Ya que estos criterios sirven para depurar y establecer la validez de las normas contrapuestas y al identificar que una no es válida o aplicable, simplemente no existe la antinomia. Como indica García Máynez (2006, pp. 40-42), es sencillamente una contradicción normas, más no constituye una antinomia.

En relación con el criterio jerárquico, se debe establecer si una de las normas contrapuestas es superior a la otra. Ya que de ser así, no hay antinomia, debido a que la norma inferior no puede contradecir a la norma superior que es la fuente de su validez. Por lo que la norma inferior se consideraría inválida.

García Máynez (2006, p. 42) indica que la validez de las normas depende de que cumplan con los requisitos formales de creación que establecen las normas de grado superior y que no exista contradicción material entre las normas inferiores y las normas superiores que condicionan su existencia. Así, manifiesta que “este principio no es otro que el de razón suficiente, según el cual toda norma jurídica ha de menester, para ser válida, de un fundamento de validez” (García, 2006, p. 46). Este fundamento de validez consiste en la norma superior condicionante que permite y regula su creación.

En relación con el criterio de competencia, debe establecerse si una norma contrapuesta no es aplicable al supuesto de hecho en virtud que regula asuntos de otra competencia por la materia. Por ejemplo, si es una relación entre dos comerciantes, se deberán aplicar las normas del código de comercio aunque exista una norma contrapuesta en el código civil.

Por medio del criterio cronológico se determina la validez de las normas contrapuestas, en el sentido que una ley posterior deroga o abroga a una ley



anterior, si se encuentran en igualdad jerárquica o si la ley posterior es de jerarquía superior a la anterior. De esta manera se descarta la validez de una de las normas contrapuestas y se elimina la antinomia, bueno en realidad, la antinomia nunca existió.

Por medio del criterio de especialidad se establece cual de dos normas contrapuestas es aplicable al hecho concreto, con base en la determinación de cuál de los dos supuestos de hecho de las dos normas, describe de manera más detallada o más concordante el hecho al que se pretende aplicar. Cuál de estos dos supuestos normativos es más específico y concordante en relación con dicho hecho concreto.

Este criterio de especialidad es más complicado, debe establecerse junto con los criterios de jerarquía y el cronológico. Al sopesar una norma especial frente a una general, debe establecerse que la norma general no sea jerárquicamente superior, debido a que esto provoca la invalidez del criterio de especialidad. De igual forma al sopesar una norma especial frente a una general, debe establecerse que la norma general no sea cronológicamente posterior, debido a que esto provoca la invalidez del criterio de especialidad (Guastini, 2014, pp. 77-81).

García Máñez indica que únicamente existe una antinomia real cuando hay dos normas contradictorias y a esta situación no se le puede aplicar ninguno de los criterios de exclusión por jerarquía, temporalidad, competencia o especialidad. De esta manera indica que la misma se da cuando “dos normas se oponen contradictoriamente cuando teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta” (García, 2006, p. 27).

Cómo se indicó anteriormente, Máñez (2006, pp. 43-44) manifiesta que existen dos soluciones que se han planteado para la solución de casos en los que existe una antinomia real:



La primera consiste en que el juez debe decidir discrecionalmente con base en el caso concreto y las conexiones objetivas de los preceptos antagónicos con los demás del ordenamiento jurídico, cuál de las normas debe prevalecer y cuál debe considerarse inválida. A esto, agregamos que el juez, para su decisión, también debe utilizar la estimativa axiológica más su percepción de la realidad social en relación con el caso concreto. Esta primera solución es la que Máynez considera como correcta.

La segunda solución, que propugna autores como Kelsen, consiste en afirmar que, ante la antinomia, las normas incompatibles se derogan recíprocamente. Se anula tanto la norma que prohíbe, como la que permite (u ordena) la conducta. Es necesario resaltar que en esta solución se contradice el principio lógico jurídico de tercero excluido, por medio del cual ante la contradicción de dos normas no pueden ser ambas inválidas. Además, enfatiza Máynez que al aplicar esta solución, siempre queda en pie la norma genérica de libertad de acción, todo lo que no está expresamente prohibido u ordenado está permitido y así, encubre el deseo subyacente de hacer prevalecer la norma que permite.

### **2.11.2. Lagunas legales**

Otro problema en la hermenéutica jurídica son las lagunas legales. Villegas Lara indica que:

El problema de la deficiencia de las leyes, principalmente en lo que se refiere a la ausencia de normas para resolver conflictos de intereses, es uno de los más controvertidos en la teoría general del derecho. El derecho o la ley, en cuanto a su formación, se rige por dos principios: el de determinación plena y el de la plena adecuación. Cumplir con estos principios significa que el derecho no puede dejar de contemplar ninguna situación en que colisionen los intereses de los destinatarios de las normas. (2017, p. 269).

Pero Phillipp Heck, citado por Villegas Lara, indica que:



El legislador no es capaz de dar cumplimiento a ambos ideales mediante sus propios preceptos. Por una parte, su capacidad de percepción es insuficiente. El legislador quiere sentar preceptos para el futuro. Pero el futuro no es absolutamente previsible, perceptible. La complejidad de la vida moderna es casi infinita. Las condiciones y los problemas de la vida están sometidos a un cambio constante. En segundo lugar los medios expresivos del legislador son limitados. Si un legislador fuera capaz de percibir todos los casos de la vida, aún seguiría siendo incapaz de reproducir o expresar sus ideas de un modo inequívoco y completo. La consecuencia de esta dificultad es que la mejor ley presente innumerables lagunas, que el juez se encuentra en situaciones vitales y con las intenciones generales del legislador, pero para las cuales no cuenta con ningún precepto legal o con ninguna decisión concreta y reconocible claramente como aplicable al caso. (1961, pp. 39-40).

Al respecto Recaséns indica que:

Si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros; es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho estas existen en el conjunto de materiales del derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etc., que integran el derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser efectivamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas, pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total -herméticamente pleno- contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, esta deberá ser necesariamente llenada por el juez. (1975, p. 325).

De esta manera autores como Villegas Lara, Recasens Siches y García Máynez indican que pueden existir lagunas de ley y de otros sistemas jurídicos específicos como la costumbre o la jurisprudencia, pero no existen lagunas del



derecho. Ya que aunque estos sistemas jurídicos inevitablemente presenten lagunas, el intérprete y, en última instancia y con mayor validez, el juez deberá llenar estas lagunas para mantener una concepción integral, útil y justa del derecho.

Además, García Máynez (1994, pp. 36-39) afirma que el término lagunas legales, o de la legislación, es muy estrecho, ya que este problema afecta no solo a las normas legales, sino en a todas las fuentes del derecho, que también pueden ser la costumbre, la jurisprudencia, los principios, etcétera. Así, cuando indican que en un sistema jurídico existe un vacío, esto significa que el caso no reproduce la hipótesis de ninguna de las normas contempladas en ese sistema, en otras palabras, que las hipótesis que contemplan estas fuentes formales no pueden aplicarse a la situación que el intérprete tiene a la vista.

Así, en un sistema jurídico, existe una laguna siempre que “un determinado comportamiento no esté deónticamente calificado de modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema”. O bien, existe también una laguna siempre que un sistema jurídico, “para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al mismo sistema” (Guastini, 2014, p. 83 y 84).

También existen las lagunas técnicas en las que la ley establece que se deber realizar determinada cosa o remite a un determinado concepto, pero no existe otra norma que indique el medio para realizarla o que defina precisamente este concepto. Por ejemplo, esta clase de laguna ocurre cuando una norma indica que el uso del agua será reglamentado en un decreto del Congreso, pero tal decreto nunca se emite. O cuando una norma indica que en determinada situación de incumplimiento se debe pagar interés legal sobre la deuda, pero el sistema legislativo no define o establece como se calcula el interés legal. (García, 1994, pp. 44-45)

Es el intérprete quien decide si existe o no laguna, estableciendo si alguna o ninguna norma de un sistema jurídico determinado es aplicable al hecho concreto. Si un hecho determinado puede ser subsumido al supuesto abstracto de una norma





jurídica. Una vez establecida, o interpretada, la existencia de una laguna, el problema ya no es de interpretación, sino de integración del ordenamiento jurídico.

Algunas de las técnicas interpretativas que se utilizan para prevenir las lagunas legales son la interpretación extensiva y la interpretación evolutiva, que ya fueron abordadas en la presente investigación. La interpretación extensiva extiende la interpretación o significación de los supuestos abstractos de una norma, para adecuarlo a supuestos determinados de un hecho en particular, que interpretados de forma literal, no podrían ser subsumidos.

Mediante la interpretación evolutiva se adecúan los supuestos literales de una norma jurídica creada en el pasado, a supuestos determinados de hechos particulares en el presente. Con el argumento de la evolución histórica de los conceptos que se incluyen en el supuesto abstracto original de la norma. Por ejemplo, si una norma de 20 años de antigüedad establece que determinada actividad debe ser autorizada por el Ministerio de Hacienda, pero en el presente, este Ministerio es denominado como Ministerio de Finanzas. Mediante la interpretación evolutiva se argumentará, que actualmente esa actividad será autorizada por el Ministerio de Finanzas de conformidad con esa norma citada.

Entre las técnicas utilizadas para crear las lagunas está la técnica de la disociación y el argumento a contrario. Mediante la técnica de la disociación se introduce una distinción de contenido en la ley que no fue establecida expresamente por el legislador. Se crea una subclase de hecho no aplicable a la norma, se reduce su campo de aplicación de forma interpretativa. Con el argumento a contrario, se establece que toda situación contraria a la regulada provoca una laguna en la ley. (Guastini, 2014, p. 86 y 87)

Entre las técnicas para integrar las lagunas encontramos el argumento a contrario, pero a diferencia de su versión interpretativa para establecer lagunas, esta es su versión productiva, que produce o crea una norma contraria a lo que está expresamente regulada.



Otra técnica utilizada para integrar lagunas es el argumento a simili o bien analógico así como recurrir a los principios generales del derecho. Esta última técnica analógica y de recurrir a los principios generales del derecho para la integración del derecho y evitar lagunas, está incluso positivada en Guatemala por medio de los artículos 10 y 15 de la ley del Organismo Judicial. También en la Constitución Política de la República se encuentra una norma denominada en la doctrina como la norma integradora del sistema jurídico. Esta se encuentra en el artículo 5 constitucional y se refiere a que las personas tienen permitido realizar todo aquello que no esté prohibido. Se argumenta por algunos pensadores jurídicos, incluso, que por medio de esta norma se elimina toda posibilidad de lagunas legales, ya que todo lo que no esté prohibido, está permitido, por lo que no pueden existir lagunas. Al respecto es importante argumentar que esta norma constitucional tiene el defecto que debería indicar que está permitido todo aquello que no esté prohibido “u ordenado”. Ya que si está ordenado no se permite no observar la conducta que esta prescribe, por lo que no sería una permisión completa y simple.

#### **2.11.2.1. La norma integradora**

Como se argumentó anteriormente, la norma integradora es aquella busca evitar las lagunas del sistema jurídico mediante la proposición que se encuentra permitido todo aquello que no esté prohibido u ordenado. Entendiéndose por permitido en sentido amplio, permitido tanto hacer como no hacer.

Por ejemplo, en el caso que una norma jurídica establezca que una entidad administrativa contratante tiene la facultad de prorrogar el plazo de un contrato. Esta norma se referirá a una permisión amplia, en la que puede realizar cualquiera de las dos hipótesis, prorrogar o no el contrato.

Este es el tipo de permisión a la que se refiere la norma integradora, puede hacer o dejar de hacer libremente aquello que no esté ordenado o prohibido. Ya que



si está prohibido, no puede hacerlo. Y si está ordenado no puede no hacerlo o dejar de hacerlo.

### 2.11.2.2. La analogía

Para continuar con el argumento a simili o bien analógico, se conceptualiza a la analogía como la situación cuando el juez aplica una norma a un hecho que no encuadra o no se subsume en la hipótesis o presupuesto de la norma, pero este hecho es análogo o bastante similar al hecho contemplado en el presupuesto o hipótesis jurídica. Se basa en la existencia de lagunas en el derecho. La estructura lógica normativa de la analogía consiste en que en caso se realice la hipótesis jurídica H1 se provocará la consecuencia jurídica C1. Y debido a que la hipótesis H2 es similar a la hipótesis jurídica H1, entonces se aplicará analógicamente para H2 la consecuencia C1 de la hipótesis H1. Entonces por analogía si se cumple la hipótesis H2, se provocará la consecuencia C1.

El argumento analógico es creador de derecho, no es un fundamento de interpretación, sino más bien de la creación jurisprudencial de una norma nueva. Los presupuestos de una aplicación analógica son la existencia de una laguna y la semejanza entre supuestos de hecho.

García Máynez (1994, p. 158) indica que “lo que justifica la aplicación de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo”. Además, manifiesta que el hecho de “decidir si dos hechos, uno previsto y otro no previsto, deben producir las mismas consecuencias, no es ya problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquellos”. Congruente con lo anterior, García Máynez (1994, pp. 155-156) indica que “la conclusión del razonamiento [analógico] es siempre un juicio de carácter problemático”. Así afirma que “si bien goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad; por este motivo el razonamiento analógico nunca termina en una resuelta afirmación”.



Las lagunas legales son discutibles en el sentido que estas pueden ser evitadas por medio de técnicas interpretativas de las normas jurídicas. Incluso, aunque existan, el juez puede decidir colmarlas utilizando el argumento *a contrario*, algunos consideran que este último es una técnica interpretativa, pero en realidad es una técnica integradora del derecho por medio de la cual se colman lagunas (Guastini, 2014, p. 94). Consiste en que, si se considera que las normas son únicamente imperativas (prohíben u ordenan), una conducta no regulada, aplicando el argumento *a contrario* sería permitido por la misma norma, con base en la norma integradora expuesta. Es importante resaltar que en Guatemala tenemos una norma integradora que permite toda aquella conducta que no esté expresamente prohibida por la ley. Esta es la libertad de acción, al menos desde el punto de vista del ciudadano, ya que los funcionarios públicos tienen mayores restricciones en su actuar oficial.

El establecimiento de la semejanza entre dos supuestos de hecho es, al igual que la determinación de lagunas legales, una operación subjetiva, que depende de la perspectiva del observador o juez que las determina.

Existe laguna cuando el intérprete del derecho considera que determinado supuesto de hecho no está regulado por ninguna norma jurídica. El artículo 15 junto con el artículo 10 literal c) de la ley del Organismo Judicial, establecen que en Guatemala, en los casos de “insuficiencia de ley”, o lagunas legales, se deberá resolver conforme “a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas”. Así, regula y permite la utilización del método hermenéutico integrador de la analogía en los casos de lagunas legales.

La anterior es la analogía legis, se integra el derecho con base en otra ley que contempla casos parecidos. Pero la ley y la doctrina de la analogía contempla en orden subsidiario a la *analogía legis*, a la *analogía iuris (subordinada, subsidiaria)*, que se refiere a la integración analógica del derecho con base en los principios. (Guastini, 2014, p. 97) El mismo artículo 15, junto con el artículo 10 literal d) de la ley del Organismo Judicial, establecen que en Guatemala, en los casos de “insuficiencia de ley”, o lagunas legales, se deberá resolver conforme “al



modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”. Así, regula y permite la utilización del método hermenéutico integrador de la analogía iuris en los casos en que exista laguna de ley.

Los jueces generalmente prefieren la aplicación de principios o normas implícitas, o la diversidad de técnicas interpretativas con el objeto de evadir la laguna legal y evitar la creación más explícita de nuevo derecho, siempre con el objeto de mantener el dogma de la integridad del sistema jurídico.

A pesar de que la ley, generalmente, acepta el método analógico; también prescribe, usualmente, la prohibición de la analogía en las leyes penales. Esto es una decisión política moral por parte de la mayoría de los legisladores. La prohibición de la analogía genera la obligación del uso del argumento a contrario, o en otras palabras, aplicar la libertad de acción que propugna que todo lo que no está prohibido está permitido (Guastini, 2014, p. 100).

Sobre la diferencia entre la analogía y la interpretación extensiva, Guastini (2014, pp. 106-107) manifiesta que la diferencia es en realidad sutil. Villegas Lara (2017, pp. 271-272) profundiza al respecto e indica que la interpretación extensiva se da cuando la ley permite que sus efectos se extiendan a situaciones similares. “En esta situación no es que exista una laguna propiamente dicha, sino una disposición legal que ensancha el manto protector de la ley a hechos no expresamente contemplados, pero esencialmente similares”, como en el caso guatemalteco de la defensa de derechos humanos mediante la extensiva protección y posibilidad de interpretación extensiva en la acción constitucional de amparo. En cambio, la analogía surge por haber una omisión explicable del legislador que no previó un hecho actual o que surge con el transcurso del tiempo y lo que hace la analogía es resolver la laguna. Esta es su importancia y función primordial.

Otros argumentos o razonamientos analógicos que se pueden utilizar para colmar las lagunas legales son el argumento a maiore ad minus, el argumento a minore ad maius y el argumento a contrario.



El argumento *a maiore ad minus* consiste “en tener por ordenado o permitido, de manera implícita, que se haga algo menor de lo que está ordenado o permitido” expresamente. Por ejemplo, si una norma jurídica establece que el copropietario puede disponer de parte alícuota sin el consentimiento de los demás copropietarios. Bajo el argumento analógico *a maiore ad minus* tiene, implícitamente, el derecho de disponer de su parte alícuota, con el consentimiento de estos. (García, 1994, p. 160).

El argumento *a minore ad maius* “funciona en aquellos casos en que la norma prevé un caso de características menores, en relación con uno no previsto, existiendo una mayor razón para dar cobertura al segundo. Si está previsto lo menor, está previsto lo mayor”. (Villegas, 2017, p. 273). Por ejemplo, si una norma prohíbe dibujar en la paredes, debido a que se dañan y son patrimonio cultural, bajo el argumento analógico *a minore ad maius* prohíbe también, de forma implícita, su destrucción.

Así, estos argumentos *a fortiori* establecen que si determinado supuesto de hecho produce determinada consecuencia jurídica, con mayor razón, otro determinado supuesto de hecho relacionado por términos de razón, merece la misma consecuencia jurídica. Es al igual que el argumento a simili, un argumento productor de nuevo derecho en realidad.

El argumento a contrario puede ser utilizado por medio de la exclusión para la formación o producción de normas contrarias o a la inversa excluyendo lo no contemplado en la norma inicial y así puede ser utilizado para resolver las lagunas del derecho a partir de esta norma opuesta implícita. Por ejemplo, si una norma ordena la consulta popular para la extracción minera, mediante el argumento a contrario se crea la norma implícita de la prohibición de realizar extracción minera sin que se realice la consulta popular.



### 2.11.3. Relaciones de interés en la interpretación

En relación con el problema planteado de por qué existen tantas opiniones en relación con la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o en relación con la aplicación de este a un hecho concreto y más específicamente, en relación con por qué muchas veces cada parte y/o sus abogados interpretan de una forma distinta un mismo texto normativo jurídico o, subsumen o encuadran de forma distinta un mismo hecho a una misma norma jurídica o a otras normas jurídicas, Riccardo Guastini presenta una explicación bastante plausible.

En cuanto al interés que el intérprete tiene en su accionar interpretativo Guastini dice (2014, pp. 18-19), que la interpretación, además, de los problemas epistemológicos, filosóficos, lingüísticos, socioculturales ya apuntados, surgen también los intereses personales del intérprete. De esta manera, los intereses del intérprete varían y pueden ser poderosos disuasivos al momento de elegir el método o técnicas de interpretación de un texto normativo. Tales intereses pueden ser egoístas, altruistas, económicos, políticos, ideológicos, etcétera. Esto hace que exista un juego de intereses en la interpretación.

Por ejemplo, en un juicio cada parte y sus abogados adoptarán el método y posición interpretativa que más convenga a su pretensión. Es explicable que no elijan un método que perjudique sus pretensiones, sino el que más se ajuste a sus intereses.

El juez en cambio, adoptará una perspectiva imparcial que buscará únicamente la verdad y la justicia. El juez utilizará el método que considere adecuado para encontrar el sentido de la norma y resolver con justicia el caso concreto. Esto último deberá ser su único interés. En todo caso, en cierta medida es una decisión subjetiva, ya que el juez no puede obviar sus convicciones, pensamiento filosófico y epistemológico. Así, puede ser que se incline por iuspositivismo, el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo o el realismo, entre otras corrientes de pensamiento.



Y de esta manera puede inclinarse por utilizar métodos o técnicas hermenéuticas del iuspositivismo mediante una aplicación rigurosa y literal de la ley; del iusnaturalismo o del neoconstitucionalismo, tomando en cuenta la moral y los principios; o desde el realismo y sociología, tomando en cuenta de forma principal la efectividad y practicidad del derecho en la sociedad, así como el derecho vivo no escrito que surge dentro de la sociedad.

Esto explica en parte los problemas y paradojas que se dan con la interpretación y aplicación del derecho y que se den resoluciones judiciales distintas con relación a la interpretación de un mismo texto normativo jurídico, a veces, por parte de jueces distintos, pero más complejo aún, cuando es por parte de un mismo juez.

Ya que algunos pensadores jurídicos han sostenido, especialmente desde la postura del realismo jurídico, que un juez, si bien puede escoger dentro de una de estas posturas filosóficas del derecho, debe mantener una misma línea filosófica en sus resoluciones. Para que estas últimas sean congruentes y de alguna manera predecibles. Trata de realzar el valor orden y seguridad del positivismo jurídico. Pero como se argumenta dentro del presente estudio, los valores y principios son relativos y tienen una dimensión de peso. Por lo que, desde esta perspectiva y al parecer del investigador, nada impide o restringe que un juez pueda cambiar su mentalidad, filosofía y sus formas de pensamiento. Ya sea un cambio generalizado de pensamiento o únicamente para casos específicos, por ejemplo, aquellos que en la literatura se conocen como los casos difíciles, *hard cases*, en los que la aplicación literal de una norma jurídica, sustantiva y hasta incluso procesal, puede afectar derechos más importantes y fundamentales como la vida, la integridad, la salud, la libertad, etcétera.





## 2.12. Consideraciones hermenéuticas críticas

### 2.12.1. Pensamiento hermenéutico de Hans-Georg Gadamer

Hans-Georg Gadamer, más que tratar de establecer un método único hermenéutico, busca criticar la existencia del mismo. El pensamiento y percepción del investigador, puede asemejarse al pensamiento de Gadamer en el sentido de indicar que no existe un único método de interpretación válido, del cual se obtenga un resultado que consista en una verdad absoluta.

En relación con la crítica de la aplicación de la lógica a los enunciados y argumentos indica Gadamer, apoyándose en la carta séptima de Platón que “la refutabilidad formal de una teoría no excluye necesariamente su verdad” (Gadamer, 1977, p. 419)”.

Por lo que la refutación formal solo demuestra, en teoría, el correcto modo argumentativo formal que debería tener un enunciado o argumento, pero no es un ataque propio a la verdad que pueda contener el enunciado expresado.

Los seres humanos, no somos una tabla rasa. Nuestra interpretación y percepción del mundo definitivamente está influenciada por nuestros conocimientos previos del mundo inculcados por la sociedad, que dependen de las interpretaciones del mundo que han realizado nuestros antepasados. Esta referencia al pasado, a los conocimientos e interpretaciones pasadas, es de las condiciones fundamentales de la comprensión para la interpretación presente de un texto o un hecho.

“El haber previo (Vorhabe) configura la praxis del sujeto en su experiencia del mundo” (Catoggio, 2008, p. 66). Este haber previo es traducido por Gadamer como la tradición o cultura que asimilamos como miembro de un grupo social.

“Sentido es el horizonte del proyecto estructurado por el haber previo (Vorhabe), la manera previa de ver (Vorsicht) y la manera de entender previa (Vorgriff), horizonte desde el cual algo se hace comprensible en cuanto algo” (Heidegger, 1998, p. 175).



“La praxis del sujeto no puede ser interpretada, sino es por este horizonte configurativo de la conciencia actuante. Siempre la praxis de la vida humana debe entenderse no solo desde el presente, sino también desde este pasado determinante de la acción” (Catoggio, 2008, p. 67). Es por esto, que ciencias como la historia, la sociología y la antropología son sumamente importantes para el estudio del derecho y la hermenéutica jurídica. No solo el estudio de la historia de los sucesos y hechos, sino también de los pensamientos e ideas en general (filosofía), pensamiento jurídico (historia del derecho y su hermenéutica).

Asimismo, Catoggio (2008, p. 71) indica que el “carácter especulativo del lenguaje es el medio que tiene la comprensión de ir más allá o en contra de la determinación de la tradición en nuestras acciones. Es la forma que adquiere el entendimiento de ir contra todo dogmatismo”. Es la forma o medio crítico consciente para romper con la condición subconsciente de la cultura o tradición que influye en la interpretación presente de textos o hechos.

El lenguaje común, indica Gadamer (1977, p. 466) “tiene la función tanto de mostrar lo acordado como de manifestar una normatividad interpretativa de lo comprendido”.

Por lo que dos de los elementos fundamentales que afectan al conocimiento humano y la interpretación son la historia y el lenguaje. Estos son los elementos que indica Gadamer, pero a la vez, se considera por parte del investigador que existe otro limitante primordial del conocimiento humano, este es el limitante biológico sensorial humano.

Toda vez, que los sentidos del ser humano son limitados. Son limitados en su extensión o capacidad. Como la capacidad sensorial superior que tienen algunos animales distintos a los humanos, por ejemplo, la mayor agudeza sensorial olfativa que tienen determinadas especies caninas sobre el ser humano.

Así también, los sentidos humanos son limitados con relación a la existencia de capacidades sensoriales de las que carecemos, por ejemplo, una visión o

percepción representativa de imágenes por medio de sonar, calor o rayos ultra violetas.



Todas estas limitantes afectan la conceptualización que hacemos de los objetos. Influyen en la imagen que aprehendemos de ellos y las características esenciales o accidentales que les atribuimos desde el punto de vista de la categorización aristotélica.

En torno a la conceptualización de lo “especulativo”, Hans Gadamer indica que lo:

Especulativo es lo contrario del dogmatismo de la experiencia cotidiana. Es especulativo el que no se entrega directa o indirectamente a la solidez de los fenómenos o a la determinación fija de lo que se opina en cada caso, sino que sabe reflexionar; hegelianamente hablando, que reconoce el «en sí» como un «para mí». Y una idea es especulativa cuando la relación que se enuncia en ella no puede pensarse como atribución inequívoca de una determinación a un sujeto, de una propiedad a una cosa dada, sino que hay que pensarla como una relación refleja en la que lo uno es lo uno de lo otro y lo otro es lo otro de lo uno. (Gadamer, 1977, p. 558).

Aquí Gadamer retoma de Hegel la relación interna entre la reflexión y lo especulativo. El movimiento propio de la hermenéutica es pensar estos términos desde el centro del lenguaje. A partir de esto la hermenéutica gadameriana retoma el vínculo etimológico entre «especulativo» y speculum (espejo) que encuentra desarrollado en el pensamiento de Tomás de Aquino. Esto le permite considerar el carácter propio del enunciado como un reflejo, una imagen del original que es duplicación (representación) de lo reflejado. Es, justamente, la reflexión la que indica que el «en sí» de la cosa presente es una duplicación, un speculum, de la presencia del ente en el intérprete. (Catoggio, 2008, p. 67).



Este reflejo es únicamente la imagen que aprehende el individuo o el intérprete del objeto físico del plano existencial material. No conoce en realidad la esencia material absoluta del objeto, sino únicamente su limitada representación o percepción. Esto es importante para describir las limitaciones que tiene el ser humano para adquirir conocimiento. Y si esto es una limitante para adquirir conocimientos verdaderos y absolutos de objetos físicos existentes en el plano material, es aún más relevante y determinante en la adquisición de conocimientos verdaderos y absolutos de objetos ideales como el derecho. Que proviene de ideas subjetivas e intersubjetivas de cuál debe ser el comportamiento humano. No es un objeto tangible, las normas jurídicas positivas son solo una representación lingüística escrita de estas ideas de cuál debe ser el comportamiento humano. Y todo el concepto del derecho, tanto desde la perspectiva de normas jurídicas positivas, ciencia y/o principios, está conformado por una representación “especulativa” subjetiva de estas. Son únicamente este *especulum* o espejo que se refleja en la mente del ser humano en torno a estas ideas externas, combinadas con las ideas internas propias.

Como se indicó previamente, para Gadamer la refutación formal solo demuestra, en teoría, el correcto modo argumentativo formal que debería tener un enunciado o argumento, pero no es un ataque propio a la verdad que pueda contener el enunciado expresado. Congruente con este pensamiento, para Gadamer existe una gran diferencia entre “lo dicho” y “lo que se quiere decir”. Lo que se enuncia es solo “lo dicho”, lo cual es restrictivo en términos simbólicos y hermenéuticos.

Por ejemplo, en el caso del legislador, lo que los congresistas (diputados en el caso de Guatemala) enuncian o dicen en sus argumentos y debates para promulgar una ley, quedan de alguna manera sellados al ser transcritos en un diario de sesiones o de forma más restringido en el texto de una ley promulgada. Lo que se coloca por escrito limita y cierra toda posible significación de lo que el congresista en realidad quería decir, pero probablemente no lo pudo transmitir de manera efectiva o bien se puede interpretar de forma distinto por otro agente. De esta



manera se puede analizar la restricción significativa del enunciado y el desenfoque o incongruencia que se produce entre “lo dicho” y “lo que se quiere decir”.

Se argumenta que:

El significado no solo se ve determinado por el presente, sino que se encuentra íntimamente ligado al conjunto discursivo que lo precede y conforma la posibilidad de realización de la expresión. En todo acto interpretativo la estructura precomprensiva opera configurando el significado en el presente. (Catoggio, 2008, p. 75).

Por lo que la actividad hermenéutica está conformada por una íntima relación recíproca entre lenguaje, mundo e intérprete.

Gadamer (1977, p. 561) indica que “el que habla se comporta especulativamente en cuanto sus palabras no copian lo que es, sino que expresan y dan la palabra a una relación con el conjunto del ser”.

Como indica Catoggio (2008):

Cada expresión como evento del sentido remite a la finitud de la referencia presente (lo dicho) y a la infinitud de lo no dicho en el enunciado (el querer decir). Es esto mismo lo que entiende Gadamer por la dialéctica de la palabra. La palabra no es más que una dimensión interna de multiplicación; se ofrece como un centro que vincula lo finito con el todo. (p. 75).

Gadamer (1977, p. 549) argumenta literalmente que:

Cada palabra hace resonar el conjunto de la lengua a la que pertenece y deja aparecer el conjunto de la acepción del mundo que le subyace. Por eso cada palabra, como acontecer de un momento, hace que esté ahí también lo no dicho, a lo cual se refiere como respuesta y alusión.

Gadamer denomina la regla hermenéutica a la relación que existe entre el todo y la parte en la atribución de sentido, en el sentido contextual que un fragmento

de texto solo se puede comprender relacionándolo con el resto completo del texto y este último texto completo solo se puede comprender al interpretar sus fragmentos.



La unidad de sentido manifiesta las diversas posibilidades realizativas del significado mientras que el momento aplicativo de la hermenéutica es la realización de una de esas posibilidades. Como bien señala Günter Figal la actualidad del significado muestra la presentación de una posibilidad de significación limitada solo por la perspectiva del intérprete. (Catoggio, 2008, p. 76).

Un mismo texto o enunciado contempla una variedad de posibilidades de significado en potencia, al momento que un intérprete (del texto o enunciado) en su actividad hermenéutica enuncia, indica o percibe para sí el significado del enunciado o texto original. Escoge entre una de esas posibilidades de significado, hace que se realice una de estas posibilidades. Esto hace recordar los postulados de la teoría de Schrödinger de la física cuántica. Pero este significado, traducción o interpretación realizada y/o mostrada por el intérprete, será una significación limitada. Será, únicamente, una de todas las posibles, la que escogió el intérprete siempre con cierta subjetividad que procede de sus conocimientos previos y bagaje cultural, así como de su propio razonamiento. Y más dramático aún, en la interpretación de las normas jurídicas, en la que el intérprete dentro del proceso subjetivo por medio de la cual le atribuye un significado a una norma jurídica (texto o enunciado prescriptivo), en realidad escoge una de todas las posibilidades de significado, tomando en cuenta que esta elección, con carga subjetiva, no está regida únicamente por sus conocimientos previos, bagaje cultural, cosmovisión y su propio razonamiento, sino probablemente también por sus propios intereses. Mediante esta reflexión se pretende explicar uno de los problemas planteados en la presente investigación con relación a por qué existen tantas opiniones sobre la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o sobre la aplicación de este a un hecho concreto. El problema de por qué en conflictos concretos, muchas veces cada parte y/o sus abogados interpretan de una forma distinta un mismo texto normativo jurídico. O de igual manera, muchas veces, subsumen o encuadran de



forma distinta un mismo hecho a una misma norma jurídica o a otras normas jurídicas.

Este problema surge, incluso, dentro de una hermenéutica de características iuspositivistas, en la que el derecho se basa objetivamente en el texto de las normas jurídicas, excluyendo así toda interpretación extensiva con base en la moral (principios como la justicia) o los fenómenos (sociología) por ser considerados estos metajurídicos. En esta postura filosófica jurídica surge el problema que de un texto normativo, que no es la norma en sí, sino solo la representación escrita de esta, se pueden extraer una diversidad de normas, por ejemplo, N1, N2 y N3. Toda vez que uno de los problemas lógicos que contiene toda interpretación de todo texto normativo, es que se debe extraer la norma jurídica (instrucción legal) de un texto redactado en un lenguaje natural. Y todo lenguaje natural tiene los problemas inherentes, inevitables e ineludibles de vaguedad, indeterminación, ambigüedad y múltiples acepciones semánticas (contextuales). Por lo que la mayoría de los textos pueden ser interpretados de formas distintas por personas distintas.

Al respecto Figal indica lo siguiente:

The actuality of meaning should rather be considered as a presentation of a possibility, which is never fully realized. It possesses determinateness only inasmuch as it a text or a work or appears from the limited perspective of the interpreter as determinate. (Figal, 2002, p. 121).

Lo cual se traduce como: la realidad del significado debería ser considerada como la presentación de una posibilidad, la cual no se realiza o concreta nunca de forma completa. El significado de un texto o trabajo posee determinación únicamente en la medida que es considerado aparentemente como determinado por un intérprete desde su perspectiva limitada.

“La comprensión humana se da a través de las posibilidades abiertas de la significatividad. La productividad del lenguaje es lo dicho en el enunciado y lo no dicho por él” (Catoggio, 2008, p. 77).



De conformidad con Grondin “la inteligencia del lenguaje hermenéutico nos prohíbe tomar los enunciados al pie de la letra. Señala la infinitud de lo que se quiere decir. Hay que recurrir a otras palabras, tonos, formas de silencio, para comprender lo que el lenguaje está queriendo decir” (Grondin, 2003, p. 224).

“La semántica es inefable, porque es inacabable, siempre la finitud y la infinitud se encuentra en constante relación. Pero esta inacababilidad no debe entenderse a partir de una noción de progreso, sino desde la diferencia. Siempre se comprende de modo distinto, no mejor” (Catoggio, 2008, p. 77). De esta manera, se puede rebatir el argumento dialéctico o el evolutivo en el que se afirma que las teorías o ideas abstractas más modernas siempre son mejores que las anteriores. Probablemente, es más difícil de sostener esta aseveración en teorías que se basan en entes materiales, ya que en estos la refutación de las ideas o conocimientos sobre un ente material es más tangible o fácil de percibir. A diferencia de los conocimientos o teorías sobre entes ideales o abstractos, como el deber ser de la conducta que prescriben las normas jurídicas, el derecho o la moral, en los que la comprobación o refutación es casi imposible desde un plano puramente teórico y muy difícil desde un plano sociológico en el que existen una infinidad de variables, de voluntades humanas y el mismo científico que analiza forma parte del objeto o fenómeno analizado.

De esta manera se argumenta sobre la falacia de indicar y aún peor confiar ciegamente, en que las doctrinas o teorías modernas en el derecho son siempre superiores a las antiguas concepciones del mismo. Asimismo, se argumenta un punto importantísimo para la presente investigación, con relación a que la inacababilidad semántica produce una gran diversidad de interpretaciones de un mismo texto normativo. Que no determina cual interpretación es mejor, o que la realizada mediante el último y más moderno método hermenéutico sea mejor (aplicando una noción de progreso evolutivo), sino simplemente implica que provoca una variedad de interpretaciones debido a que se comprende de un modo distinto, no necesariamente mejor.





“El lenguaje debido a esta capacidad de actualizarse cada vez de un modo diferente cobra una inagotabilidad de sentido que nosotros lo remarcamos como una semántica inefable” (Catoggio, 2008, p. 77).

Gadamer explica la importancia de la motivación subyacente en todo enunciado, “lo dicho”. Este enunciado es la respuesta a una pregunta que lo motiva a decir el enunciado. Y así Gadamer (1992, p. 58) indica que “no hay ningún enunciado que no sea fundamentalmente una especie de respuesta. Por eso la comprensión de un enunciado tiene como única norma suprema la comprensión de la pregunta la que responde”. Y de conformidad con Catoggio (2008, p. 77), “la pregunta es el eje por el cual nos movemos especulativamente desde lo dicho a lo no dicho”

Al indagar en esta pregunta, esta motivación, pasamos de la dimensión puramente enunciativa del lenguaje a su dimensión expresiva, “lo que se quiso decir”. Así, tomando en cuenta el contexto de lo dicho, tanto del articulante como del receptor, se logra una mayor amplitud semántica del lenguaje y de las palabras y reconocemos el ámbito práctico y más realista en el que se desarrolla. Para Gadamer esta es una de las actividades primordiales de la reflexión hermenéutica. Asimismo, propone que la aplicación de la lógica, debe ser en todo caso, no a la dimensión enunciativa “lo dicho”, sino a la motivación de lo dicho o “lo que se quiso decir”. Afirma así, aplicado a las normas jurídicas, que el análisis lógico debe enfocarse más en la intención y los motivos del establecimiento de la norma jurídica que en el propio texto normativo. No indica que no deba analizarse lógicamente el texto normativo. Únicamente, argumenta que el análisis lógico no debe concluirse única y exclusivamente en relación el texto, sino debe continuar, incluso de forma más importante, en las motivaciones de ese texto, “lo que se quiso decir” con la norma jurídica.

Indica Gadamer (1992, p. 151) que “lo dicho nunca posee su verdad en sí mismo, sino que remite, hacia atrás y hacia adelante, a lo no dicho”.



De conformidad con Paul Ricoeur (1986, p. 31), en su *libro Du Text à l' action*, *Essais d'herméneutique II*, en un sentido similar al de Gadamer “Comprender, es comprenderse ante un texto y recibir de él las condiciones de otro”.

El lenguaje es el medio principal a través del cual el ser humano comparte sus ideas, valoraciones y percepciones del mundo. Comparte, discute y moldea su conocimiento del mundo, de la realidad. Por lo que por medio de un enunciado lingüístico, expresa o tácitamente se incluye la interpretación o visión del mundo del emisor. Ya sea una percepción amplia del mundo y/o bien del objeto del mensaje. Pero el ser mismo se expresa de muchas maneras, no únicamente mediante símbolos lingüísticos. Asimismo, puede suceder que en un mensaje lingüístico limitado, no logre expresar o manifestar todos los deseos, percepciones, ideas, valoraciones o interpretaciones que pretende implicar en este. Además, este mensaje también se convierte en un objeto de interpretación por parte del receptor o receptores.

Hans-Georg Gadamer, en el prólogo que realiza en libro de Introducción a la hermenéutica filosófica de Jean Grondin, hace una diferenciación entre comprender y entender. “El comprender tiene la connotación de un saber que se apropia de su objeto, mientras que el entender tiene un carácter más participativo que dominante”. Además, indica que “la hermenéutica no pretende la objetivación, sino el escucharse mutuamente y también, por ejemplo, es escuchar a alguien que sabe narrar. Es ahí donde comienza lo imponderable al que nos referimos cuando los seres humanos se entienden” Grondin (1999):

El entender ya no quedó meramente situado al lado del comprender y del aclarar y, en general, no quedó limitado a su uso por las ciencias. Al contrario, el entender constituye la estructura fundamental de la existencia humana, por lo que viene a situarse en el centro de la filosofía. (pp. 12-13).

Se refiere a toda percepción que tengamos del mundo, y no solo del mundo, sino también a la percepción reflexiva que tengamos de nosotros mismos y de nuestra propia percepción o interpretación del mundo, percepción de nuestro propio



saber y conocimiento. Así indica Gadamer que “el entender no es un método, sino una forma de convivencia entre aquellos que se entienden”. (Grondin, 1999, p. 12)

De esta manera, autores como Apel, consideran que las principales líneas enfrentadas de pensamiento filosófico son: la filosofía analítica, contraria al pensamiento fenomenológico-existencialista-hermenéutico.

“Lejos de limitarse a las ciencias puramente interpretativas, como la exégesis, la filología o el derecho, el horizonte de la interpretación se extiende a todas las ciencias y modos de orientación de la vida” (Grondin, 1999, p. 34).

Nietzsche y Habermas consideran que:

La moderna concepción del mundo se caracteriza por su reflexividad; es decir, por el hecho de poder llegar a ser reflexivamente consciente en tanto interpretación del mundo como tal. Nuestro saber se sabe a sí mismo en tanto saber y por eso en tanto interpretación del mundo. No se identifica con el mundo mismo o con su simple reflejo. La concepción mítica del mundo, en cambio, no tiene la conciencia de sí misma en tanto interpretación del mundo; es decir, en cierto modo se identifica con el sí del mundo. Habermas define esta carencia de reflexión con la acertada fórmula de una reificación [divinización] de la imagen del mundo. (Grondin, 1999, p. 36).

Es así como el ser humano tiende a pensar que su visión del mundo es la única correcta y congruente con el sentido común. Es esta divinización que los seres humanos tendemos a hacer de nuestra imagen del mundo.

“Habermas considera pertinente discutir sobre nuestras visiones del mundo sabidas como perspectivas y considerar como (pragmáticamente) legítimas aquellas concepciones que pueden ser consensuadas”. (Grondin, 1999, p. 37). Estos argumentos refuerzan la tesis que se sostiene en el presente trabajo, en relación con que la forma más objetiva que puede conceptualizarse los objetos y fenómenos, en especial los objetos ideales como el derecho, es a través del consenso intersubjetivo. Lo cual como se ha indicado siempre será nuevamente una



imagen subjetiva de este consenso. Pero la importancia de este consenso recae en que a través de este se logran fines pragmáticos, como los de lograr el desarrollo del conocimiento, lograr vivir en sociedad y lograr cooperaciones que beneficien al ser humano, entre otras, o lograr el simple regocijo personal de percibir como otras personas piensan igual que nosotros, lo que genera cierta empatía.

Así autores como Ricoeur indican que la narración, más que el concepto, lo que muestra es la identidad del emisor o narrador y del receptor. Y la narración de la historia de los acontecimientos y de las ideas muestra la identidad plural y cultural (Zapata, 2007, p. 31).

Como indica Gadamer, la hermenéutica es la experiencia humana del mundo. El lenguaje es el mundo interpretado por el ser humano. Como indica Bunge, la ciencia, este conjunto de ideas y conocimientos, son mundos artificiales que crea el ser humano en torno al mundo objetivo.

La hermenéutica no se refiere específicamente a los métodos de interpretación o cual es el correcto, por el contrario esta aborda las condiciones dentro de las cuales ocurre la comprensión. Gadamer propugna, al igual que Ricoeur, que esta es una actividad que no puede ser puramente objetiva, por ende el elemento subjetivo tiene una gran relevancia. El intérprete o comprendedor no interpreta únicamente el objeto, sino a la vez se interpreta a sí mismo, obtiene este reflejo de su propia existencia, de su propia consciencia pensante e interpretante. Una consciencia que como ya se indicó no es un producto acontextual, o una tabla rasa, ya que esta consciencia y pensamiento de los seres humanos es producto de la historia, sus relaciones con otros humanos (relaciones sociales), con otras ideas previas (textos, doctrinas, dogmas, religión, etc.) y tradiciones sociales.

En términos Gadamerianos, la actividad de interpretación conlleva una fusión de horizontes. Una fusión de horizontes históricos entre el texto y su momento histórico en el que se redactó, lo que significaba en ese momento, la interpretación del mundo de la persona que lo redactó y el horizonte histórico del momento en que ese texto o mensaje es interpretado, una nueva significación subjetiva e histórica



del mundo en relación con dicho mensaje. No es un mensaje puro e inalterable, sino que es reinterpretado por una nueva consciencia interpretadora, la cual consiste en una nueva y diferente experiencia de comprensión e interpretación.

### **2.12.2. Razón y hermenéutica**

El modernismo se centra en el paradigma de la luz de la razón, que a través de esta podemos descubrir toda ley intrínseca del universo. Mientras que en el postmodernismo se critica este paradigma. No existe una razón unitaria que puede resolver todos los problemas de forma absoluta (Zapata, 2007, p. 28).

En relación con el paradigma postmodernista sobre la razón y la hermenéutica es interesante regresar a la discusión epistemológica sobre un método de interpretación y/o de adquisición del conocimiento universalmente válido y correcto. Al respecto Bunge (1981, p. 6) indica que:

Mientras los animales inferiores solo están en el mundo, el hombre trata de entenderlo; y sobre la base de su inteligencia imperfecta, pero perfectible, del mundo, el hombre intenta enseñorearse de él para hacerlo más confortable. En este proceso, construye un mundo artificial: ese creciente cuerpo de ideas llamado "ciencia", que puede caracterizarse como conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible. Por medio de la investigación científica, el hombre ha alcanzado una reconstrucción conceptual del mundo que es cada vez más amplia, profunda y exacta. Un mundo le es dado al hombre; su gloria no es soportar o despreciar este mundo, sino enriquecerlo construyendo otros universos.

Además, Bunge (1981, pp. 7-9) continúa argumentando sobre la interpretación de los hechos y objetos con relación a que:

Semejante aplicación de las ciencias de la forma pura a la inteligencia del mundo de los hechos, se efectúa asignando diferentes interpretaciones a los



objetos formales. Estas interpretaciones son, dentro de ciertos límites, arbitrarias; vale decir, se justifican por el éxito, la conveniencia o la ignorancia... En matemática la verdad consiste, por esto, en la coherencia del enunciado dado con un sistema de ideas admitido previamente: por esto, la verdad matemática no es absoluta, sino relativa a ese sistema, en el sentido de que una proposición que es válida en una teoría puede dejar de ser lógicamente verdadera en otra teoría... La batalla se habrá ganado si se respeta la coherencia lógica esto es, si no se violan las leyes del sistema de lógica que se ha convenido en usar.

En esta tesis se puede observar la concordancia intelectual de Bunge a la afirmación del investigador de cómo, incluso, los postulados de la lógica y las matemáticas no son verdades absolutas y universales, sino por el contrario, devienen de un consenso intersubjetivo, que hasta cierto grado puede ser arbitrario y dependen de justificaciones como el éxito, eficacia, eficiencia y/o utilidad de estas, de la manera como lo expone también Bunge. Asimismo, Bunge (1981, p. 7-9), también, argumenta que:

En las ciencias fácticas, la situación es enteramente diferente. En primer lugar, ellas no emplean símbolos vacíos (variables lógicas), sino tan solo símbolos interpretados; por ejemplo, no involucran expresiones tales como 'x es F', que no son verdaderas ni falsas. En segundo lugar, la racionalidad — esto es, la coherencia con un sistema de ideas aceptado previamente— es necesaria, pero no suficiente para los enunciados fácticos; en particular la sumisión a algún sistema de lógica es necesaria, pero no es una garantía de que se obtenga la verdad. Además de la racionalidad, exigimos de los enunciados de las ciencias fácticas que sean verificables en la experiencia, sea indirectamente (en el caso de las hipótesis generales), sea directamente (en el caso de las consecuencias singulares de las hipótesis). Únicamente después que haya pasado las pruebas de la verificación empírica podrá considerarse que un enunciado es adecuado a su objeto, o sea que es verdadero y aun así hasta nueva orden. Por eso es que el conocimiento



fáctico verificable se llama a menudo ciencia empírica. En resumidas cuentas, la coherencia es necesaria, pero no suficiente en el campo de las ciencias de hechos: para anunciar que un enunciado es (probablemente) verdadero se requieren datos empíricos (proposiciones acerca de observaciones o experimentos). En última instancia, solo la experiencia puede decirnos si una hipótesis relativa a cierto grupo de hechos materiales es adecuada o no. El mejor fundamento de esta regla metodológica que acabamos de enunciar es que la experiencia le ha enseñado a la humanidad que el conocimiento de hecho no es convencional, que si se busca la comprensión y el control de los hechos debe partirse de la experiencia. Pero la experiencia no garantizará que la hipótesis en cuestión sea la única verdadera: solo nos dirá que es probablemente adecuada, sin excluir por ello la posibilidad de que un estudio ulterior pueda dar mejores aproximaciones en la reconstrucción conceptual del trozo de realidad escogido. El conocimiento fáctico, aunque racional, es esencialmente probable: dicho de otro modo: la inferencia científica es una red de inferencias deductivas (demostrativas) y probables (inconcluyentes).

Bunge continúa argumentando sobre la incompletitud o insuficiencia de los sistemas formales como la lógica y matemática o la aplicación de estos con el objeto de obtener una verdad o una interpretación verdadera universalmente válida, a manera de cómo lo describió Gödel en su teorema de incompletitud el cual fue analizado en el capítulo I de la presente investigación. Además, muestra rasgos de afinidad con la teoría falsacionista de Karl Popper, con la referencia que realiza a la existencia únicamente de verdades relativas y momentáneas contraria a verdades absolutas y válidas en cualquier lugar y época.

Regresando al planteamiento hermenéutico es importante resaltar que la interpretación generalmente hace referencia a un método para extraer el significado de símbolos o actos. Mientras que la hermenéutica es más amplia y hace referencia al objeto de la interpretación, al intérprete en sí mismo y al contexto cultural y social

en el que se encuentra el intérprete y el acto de interpretación. Conceptualización que sostiene de alguna manera también Hans-Georg Gadamer y Paul Ricoeur.



La hermenéutica es el fundamento filosófico, epistemológico e histórico de la interpretación. Es en cierta forma paralela al estudio del pensamiento. Ya que al igual que el pensamiento es la búsqueda de la interpretación de la realidad. En el caso del derecho, se refiere a la interpretación de la realidad en relación con el aspecto normativo de la conducta de la humanidad.

Como se indicó anteriormente, un elemento importante de la hermenéutica en su connotación más compleja y como estudio paralelo del pensamiento, es el cambio del pensamiento del modernismo basado en la razón, al postmodernismo en el que se critica a la misma. Paolo Grossi (2003, p. 40) considera que gran parte del pensamiento y base epistemológica de la filosofía occidental se basa en el contraste entre el mito y la razón (el mythos y el logos). Para la epistemología occidental el cambio del mito a la razón fue muy importante. En términos de Augusto Comte, se pasa del estadio de teológico y metafísico al positivo. De esta manera, al igual que otras ciencias, se ha afirmado en el modernismo que la ciencia del derecho se basa en la razón y debe estudiarse de una forma lógica y racional debido a que funciona en una realidad objetiva. Pero con el postmodernismo existe una crítica a la racionalidad, tanto en su concepción como un equivalente de la lógica clásica, así como en sus resultados que se catalogan como universalmente válidos.

Con el objeto de continuar indagando en el concepto de hermenéutica, es relevante analizar su etimología que deviene del término "Hermes". Como ya se indicó, en la mitología griega, Hermes era el dios que transportaba los mensajes del Olimpo a los seres humanos. Pero no solo transportaba estos designios, sino también los interpretaba para que los seres humanos los pudieran comprender.

De igual manera Platón, en la República (Libro VI, 510b, p. 335), en relación con el término hermenéutica refiere lo siguiente:





El alma (*psique* [la razón]), sirviéndose de las cosas antes imitadas como si fueran imágenes (*mimethesis* [imágenes conceptuales, espejo]), se ve forzada a indagar (e interpretar: *hermeneusis* (proceso hermenéutico) a partir de supuestos (suposiciones), marchando no hasta un principio *argeon* [no hacia la certeza de un principio general con validez universal o un concepto absolutamente verdadero], sino hacia una conclusión (*nomon hypothesis* (hipótesis contingente y refutable).

Congruente con la tesis y crítica a los resultados universalmente válidos aunque provengan de un proceso racional, en el sentido que la interpretación de los fenómenos del mundo exterior y en especial de las ideas propias y ajenas, producen hipótesis y conclusiones falibles, refutables o falsables en términos de Popper, más no principios universalmente válidos.

### **2.12.3. El discurso y argumentación jurídica de Robert Alexy**

La interpretación constituye una actividad mental: una actividad del espíritu. Como actividad mental se presenta no solo como racional, sino como discursiva. Por lo tanto, existe una estrecha relación entre la interpretación como actividad intelectual y el discurso del intérprete que se compone de diferentes enunciados interpretativos. (Flores, 1995, p. 46).

De esta manera la argumentación es una faceta casi inseparable de la interpretación. Ya que de lo contrario la interpretación solo ocurriría en la mente. Para que esta tenga un sentido práctico y aplicativo en la realidad esta debe ir acompañada de un discurso que la manifieste, explique y justifique.

Theodor Viehweg (1997), de conformidad con su teoría tópica o retórica del derecho, indica que cada cierto tiempo existe y debe existir una desdogmatización periódica del derecho. Además, indica que el consenso del discurso es el fundamento de validez del derecho y en sí de las ideas. Esta postura es importantísima en la concepción de la argumentación jurídica.



Al respecto Robert Alexy, citado por Garzón (1993), indica que:

Todo discurso práctico está vinculado a concepciones normativas históricamente variables, existen algunos juicios valorativos que están impuestos necesariamente por las reglas del discurso. Esto vale para las reglas que impiden que algunas personas puedan participar en el discurso al conferírseles el estatus de esclavos, por ejemplo. En este sentido se puede hablar de imposibilidad discursiva o de necesidad discursiva. Para la fundamentación de estas reglas discursivamente necesarias o imposibles se recurre como premisas a las reglas del discurso mismo. (p. 37).

El concepto de imposibilidad discursiva es muy importante para construcción del discurso moral y puede utilizarse para “excluir algunas concepciones valorativas, lo que significaría una reducción de la posibilidad de elegir como base de la decisión cualquier tipo de valoración” (Garzón, 1993, p. 37). Alexy, enfoca estas reglas discursivas necesarias en la imparcialidad, libertad y simetría o igualdad relativa de los participantes.

La argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general. La argumentación se basa en la teoría del discurso racional. Establece que un enunciado es correcto o verdadero si es el resultado del procedimiento del discurso racional (Alexy, 1989, p. 32).

En el sistema de reglas del procedimiento del discurso racional se encuentran las reglas de la lógica, “reglas acerca de los derechos de participación intervención oral, sobre cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de la universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos” (Garzón, 1993, p. 47). Un elemento esencial del procedimiento discursivo consiste en la exclusión de posibilidades de respuestas o argumentos correctos. Por supuesto, no se refiere a una exclusión universalmente válida de la verdad, ya que la mayoría de sus reglas de exclusión están dadas por los mismos participantes del discurso.



El resultado del discurso no es ni solo relativo ni solo objetivo. Es relativo en la medida en que está condicionado por las peculiaridades de los participantes y es objetivo en la medida en que depende de las reglas. El problema central de la teoría del discurso es la formulación y justificación del sistema de reglas. Por una parte, tiene que ser lo más fuerte posible y excluir lo más posible a fin de aumentar su significación de decisión. Por otra parte, debe ser lo más débil posible a fin de que pueda encontrar amplia aceptación. Sistemas que no poseen ningún contenido moral habrán de satisfacer la segunda, pero no la primera exigencia. Quien, por ejemplo, solo exige el respeto de las reglas de la lógica, la verdad de las premisas empíricas utilizadas y que se tomen en cuenta las reglas de la funcionalidad, encontrará amplia aceptación con respecto a cada una de estas exigencias, pero un sistema, bajo el presupuesto de participantes con diferentes concepciones normativas, no excluye casi nada. (Garzón, 1993. p. 52).

Por lo que es sumamente importante que exista un equilibrio en estas reglas, para que este sea significativo, pero también aceptado. No sería pragmáticamente útil un discurso con gran significación y reglas completamente rígidas si nadie acepta como válido, legítimo o se adhiere a este discurso. De igual manera no sería significativamente útil un discurso con reglas débiles y por ende con gran aceptación, ya que no excluiría nada. De esta manera Alexy propugna que en el discurso debe existir un equilibrio entre la objetividad y la relatividad. El punto medio en términos aristotélicos.

La falta de empiricidad de algunos de los pasos del procedimiento del discurso racional, solo lo mengua de alguna manera, pero no destruye su validez o utilidad. Ya que algunos de los posibles resultados no se dan en realidad por lo que no pueden ser contrastados empíricamente, estos resultados son más bien hipotéticos. Pero como indica Alexy “es mejor contar con criterios inseguros a renunciar totalmente a ellos” (Garzón, 1993, p. 53).

La existencia y la necesidad del derecho puede dividirse en tres discursos (y procedimiento discursivos): a) discurso racional de la creación estatal del derecho,



b) discurso racional de la argumentación jurídica y c) discurso racional del proceso judicial.

Pueden existir varias respuestas, argumentos y procedimientos en cuanto a la creación estatal del derecho. Eventualmente el consenso del discurso establecerá esta creación. Pero existirán numerosos casos en los que las normas jurídicas, producto del consenso en relación con la creación estatal del derecho, tendrán varias posibles interpretaciones y decisiones jurídicas. La tarea de la argumentación jurídica consistirá en cerrar esta laguna de racionalidad. El juez deberá utilizar el discurso racional del proceso judicial, dentro del cual tendrá que satisfacer la exigencia de tomar en cuenta las reglas del discurso de la creación estatal de derecho y de la argumentación jurídica. Por ende, deberá tomar en cuenta las normas jurídicas vigentes, los precedentes judiciales, la dogmática elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente, la argumentación jurídica y al momento de decidir deberá fundamentarse con base en esto de forma correcta o racional (Garzón, 1993, pp. 54-55).

El concepto del consenso es primordial en los modelos de justificación del Estado. Existe un concepto de consenso democrático y otro individualista. Pero el procedimiento democrático tiene inherente el consenso, ya que las decisiones de la mayoría tienen validez general y obligan a todos. De esta manera el concepto democrático del consenso se refiere a la concordancia de ideas, pensamientos y decisiones de la mayoría, sin que exista unanimidad. En cambio, el concepto individualista del consenso se refiere a que esta concordancia de ideas, pensamientos y decisiones debe tener un carácter unánime (Garzón, 1993, p. 59).

En relación con el consenso y al discurso racional de la creación estatal del derecho, el consenso social utilizado por John Locke para pasar del estado de naturaleza al estado moderno, es en realidad una mera ficción que nunca existió. Especialmente en Europa, nunca existió tal consenso entre hombres iguales y libres, ya que el sistema social que imperaba era la monarquía y los humanos no eran iguales, las clases monarcas, nobles, burguesas y clérigas tenían prerrogativas y privilegios sobre las demás personas (Garzón, 1993, p. 59). Por lo que la creación



del Estado es más bien un fenómeno social histórico, que se originó con la búsqueda de mayores libertades por parte de plebeyos burgueses que habían adquirido un gran poder económico. Estos últimos buscaban especialmente la libertad de propiedad privada indiscutible, libertad con relación a la monarquía que ostentaba todo el poder en esa época. Por lo que este consenso social en relación con el establecimiento común de las libertades fundamentales, realizado por todos los miembros libres de una sociedad y en igualdad de condiciones, es una mera ficción.

Los teóricos del contrato social sabían que dicha teoría no era realista ya que “fácticamente los hombres viven siempre en un determinado territorio y que tienen que convivir sin haber acordado previa y libremente las formas de esta convivencia” (Garzón, 1993, p. 65).

De cualquier manera, estas posiciones consideran que el consenso debe ser el fundamento de las normas del Estado y la sociedad, lo cual coincide con el ideal ficticio de los modelos sociales actuales concebidos por filósofos y científicos sociales. Aunque este consenso, pueda que no sea completamente democrático, si se toma en cuenta los fenómenos sociales desde una perspectiva sociológica. Ya que los conocimientos que percibimos como consensos sociales democráticos, muchas y la mayoría de las veces, son consensos que se arriban en relación con la verdad de los conocimientos sobre la historia, de las normas jurídicas y de la interpretación de estas normas jurídicas, por parte de las personas que detentan el poder. Ya sea un poder económico, político o militar. Como sucedió en el ejemplo citado, en el que la creación del estado moderno fue más un consenso de las personas que detentaban el poder económico (los burgueses) y el poder político (la monarquía), que en realidad un consenso democrático en el que argumentó y decidió la mayoría. Así, surge el refrán de que la historia de una guerra es la versión que cuenta la parte ganadora.

Probablemente, estos consensos no son de la mayoría, sino de las personas que detentan el poder. Así, se puede observar como la creación de la ley, esta imposición de las conductas consideradas correctas y deseables en la sociedad,

muchas veces no es producto de un consenso real, sino de un consenso de las personas con más poder que influyen de alguna manera en la creación de los patrones obligatorios de conducta que desean o les convenga. Lo mismo puede suceder, en la realidad, con la interpretación de normas jurídicas.



Por lo que, en relación con el concepto de consenso se concluye que este no se refiere a una aprobación unánime y total, sino se refiere a las decisiones colectivas, que son las decisiones de la mayoría, y no de forma unánime. El consenso es entonces el procedimiento democrático por medio del cual tienen validez general las decisiones de la mayoría. Ya que la unanimidad como condición impide fácticamente todo acuerdo o lo hace muy improbable en el caso que el número de personas que deciden sea muy grande. (Garzón, 1993, pp. 68-69).

Este concepto de consenso es importantísimo para la hermenéutica, en especial si se parte desde las premisas epistemológicas de la imposibilidad de un conocimiento verdadero absoluto y universalmente válido. Ya que desde esta perspectiva, la mayor verdad u objetividad que se podrá obtener de la interpretación de un objeto, en especial en relación con objetos ideales como el derecho y las normas jurídicas plasmadas en forma de textos normativos, será este consenso intersubjetivo. El cual como se vislumbra del concepto de consenso, no será unánime, generalmente. Otra conclusión importante que Alexy extrae de su teoría es la que indica, que a través del procedimiento de la argumentación jurídica, no se garantiza una única respuesta correcta.



## Capítulo III

### 3. Conflictos entre postulados filosóficos jurídicos e implicaciones en la interpretación y aplicación del derecho

#### 3.1. Teorías filosóficas sobre el concepto de derecho

Con el objeto de analizar el conflicto de postulados filosóficos sobre el derecho y cómo estos influyen en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas y el derecho en general, se abordarán brevemente los aspectos más relevantes de las teorías filosóficas jurídicas que se consideran más importantes o influyentes en el conocimiento del derecho. Entre estas, se analizará el iuspositivismo, el iusnaturalismo y la sociología del derecho y realismo jurídico; también se analizará la corriente jurídica del neoconstitucionalismo. Como se irá argumentando más adelante en el presente trabajo, la concepción que se tenga del derecho será un factor determinante con relación a la forma de interpretar y aplicar el derecho. Determinará cuales son los elementos que conforman al derecho, elementos como las normas jurídicas, la moral, los principios, la cultura, los fenómenos sociales, etcétera. Ya sea para incluirlos o para excluirlos. Esta inclusión o exclusión es sumamente importante, ya que determinan cuales son los elementos que pueden utilizarse para interpretar el derecho y su aplicación a casos concretos. También, esto determina de alguna manera los métodos hermenéuticos jurídicos.

##### 3.1.1. Iusnaturalismo

El iusnaturalismo es “la primera explicación que se concibió para encontrar el fundamento y la finalidad del derecho”. Este se basa “en la moral y los principios jurídicos y éticos” (Villegas, 2018, p. 41).

Al igual que como se describirá más adelante en el iuspositivismo, la teoría filosófica jurídica iusnaturalista tiene diversas variantes, pero sin el ánimo arbitrario de generalizar más que por fines puramente académicos, se considera que las dos



posturas principales, o en la que la mayoría de las posiciones iusnaturalistas convergen son:

- a) La existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por el ser humano, especialmente a través de la razón y u otros métodos; y
- b) La superioridad jerárquica de los principios morales y de justicia, considerados como el derecho natural, sobre las normas positivas. Así, una norma positiva no puede ser reconocida como válida o aplicable, si contraviene los principios morales o de justicia.

Existen algunas corrientes iusnaturalistas más extremas, que incluso, niegan la calidad de jurídica, a aquellas normas que no sean congruentes con los principios morales (Nino, 2003, p. 20 y 28). Pero, se considera más justificable en términos conceptuales no otorgarle validez o no aplicar una norma por no ser congruente con los valores morales, que no otorgarle el carácter jurídico, que eliminarle toda categoría de la experiencia jurídica. Ya que desde la posición iusnaturalista no se le otorgará validez a una norma que contradiga los valores morales como y especialmente el de justicia, debido a que para esta corriente existen normas del derecho natural que son permanentes, inderogables e inviolables y que son superiores a cualquier norma que cree el ser humano con base en su contexto social, económico o político.

Estas normas del derecho natural son jerárquicamente superiores a cualquier derecho que cree el ser humano. Son su fuente de validez y el derecho positivo se crea con el objeto de contemplar y desarrollar estas normas superiores del derecho natural. Por lo que, si una norma inferior contradice a una norma jerárquicamente superior, la primera pierde su validez. Pero esto no quiere decir que no forme parte del derecho o no se le pueda otorgar el adjetivo jurídico, ya que procede y pierde su validez efectivamente dentro de esta experiencia y serie de principios jurídicos.

Otro rasgo importantísimo, del iusnaturalismo es que, así como para el derecho positivo el elemento principal a considerar del derecho es la validez de las





normas, su validez formal y material, para esta teoría iusnaturalista el elemento principal del derecho es la justicia. La justicia de las normas jurídicas.

Para el iusnaturalismo existe un vínculo necesario entre derecho y moral, a diferencia de la corriente iuspositivista que niega este vínculo e indica que son dos sistemas normativos completamente diferentes y separados. La teoría iusnaturalista no reconoce únicamente este vínculo necesario entre derecho y moral, sino, además, le otorga preeminencia a la moral sobre el derecho. Como se indicó, para esta postura el derecho se mide en términos de justicia, en cuanto satisfaga este valor y el resto de los valores morales.

De la misma manera, Villegas Lara afirma que:

El principio básico del iusnaturalismo es que el derecho positivo, conformado por las leyes que integran un ordenamiento jurídico o las costumbres que cumplen la misma función en los Estados de derecho consuetudinario, está subordinado o ligado necesariamente al derecho natural, de tal manera que las normas jurídicas no pueden contradecirlo; y si ese fuere el caso, deben prevalecer los principios y preceptos que integran el derecho natural, sacrificando el contenido del derecho positivo. (2018, p. 42).

Otra característica importante del iusnaturalismo es que hace una clara distinción entre el concepto de ley y el concepto de derecho, no los utiliza como sinónimos como lo hace la iuspositivismo. Para el iusnaturalismo el derecho no se agota en las normas jurídicas positivas, también incluye dentro del concepto de derecho a las normas morales y principios de derecho natural, incluso de forma predominante sobre esas normas positivas.

Como se indicó anteriormente, el postulado común de estas distintas concepciones del iusnaturalismo es que todas proponen que la justicia y los derechos humanos son superiores a la voluntad humana, a las normas jurídicas que crea el ser humano, a toda convención o consenso humano. Así, las normas de derecho natural se utilizan para medir la validez de todo derecho positivo estatal



inferior. Por lo que el derecho natural tiene una función crítica y validadora del derecho positivo existente y sirve de hecho como fundamentación para la creación de nuevas normas positivas. De esta forma, se indica que la función política del derecho natural, es proporcionar una justificación del derecho de resistencia de las personas contra el poder político y normativo que no coincida con la justicia y la moral (Recasens, 1963, p. 774).

Como ejemplo de esta función del iusnaturalismo de justificación revolucionaria y de cambio de orden social y político por uno más justo, se encuentran los momentos históricos de la consecución de las libertades individuales en el siglo XVIII y los derechos humanos en la actualidad tras la Segunda Guerra Mundial, defendidos por dos versiones históricas del iusnaturalismo: el iusnaturalismo racionalista del Siglo de las Luces y el iusnaturalismo racionalista atenuado contemporáneo posbélico respectivamente. (Soriano, 1997, p. 186)

Asimismo, la proliferación de los derechos humanos conceptualizados como aquellos derechos inherentes al ser humano por el simple hecho de su humanidad, es un reflejo claro de la proliferación y auge que toma el iusnaturalismo racionalista en la experiencia jurídica mundial. Ya que su propagación es un fenómeno globalizado. Se resalta la conceptualización de derechos inherentes o indiscutibles con base en la razón que se ha utilizado, ya que no lo han conceptualizado como un consenso intersubjetivo al que han arribado la mayoría de las integrantes de las sociedades del mundo para poder asegurarse a sí mismos derechos básicos para su vida, integridad y dignidad. Esto último sería una conceptualización de carácter sociológica de estos derechos. Por el contrario, han utilizado una base iusnaturalista para su conceptualización y difusión a nivel mundial. Lo cual da una pauta clara de la importancia latente del iusnaturalismo dentro de la experiencia jurídica a nivel mundial, entre otros ejemplos.

En el iusnaturalismo se aboga “porque en la formulación legal y en la aplicación e interpretación de las leyes se recurra a valores y principios que pueden o no estar expresados en el texto normativo”. (Villegas, 2018, p. 41)



Partiendo desde la base de la razón, el derecho natural pertenece a la axiología que es la ciencia de los valores y a la deontología que es la ciencia del deber ser categórico. Estas ciencias o ramas del conocimiento serán analizadas más adelante, junto con sus implicaciones en la moral, la ética y los valores. Únicamente se adelanta que estos valores o principios morales se contemplan como los fines de la humanidad, sus deseos y aspiraciones que pretenden lograr.

En relación con los principios, que forman una parte importante para esta postura filosófica jurídica iusnaturalista y como se verá más adelante, también para el neoconstitucionalismo, se debe argumentar que existen de diferentes niveles. Claro esto es una clasificación académica con efectos exclusivos de comprensión intelectual. Hay principios primarios que se refieren a axiomas o dogmas, a la cosmovisión y contexto social, cultural e histórico, a la forma de percepción y visión del mundo.

Así también, desde la perspectiva jurídica, existen principios específicos que sirven para fundamentar y sistematizar una ciencia con base en los principios primarios, por ejemplo, los principios generales del derecho, del derecho civil, del derecho penal, etcétera. Los principios específicos generalmente serán congruentes con un orden superior de principios primarios. Por ejemplo, los principios jurídicos de una sociedad capitalista, se ajustarán a los principios del ideal capitalista y los principios jurídicos de una sociedad socialista, se ajustarán a los principios del ideal socialista, especialmente en cuanto al destino de la propiedad (propiedad privada, propiedad en función social).

Las principales funciones de los principios dentro del ámbito jurídico consisten en ser el fundamento e inspiración para la creación, de las normas jurídicas positivas, y no positivas, servir de guía y orientación de la interpretación jurídica, así como servir de elementos integradores del derecho en caso de lagunas legales.

De igual manera indica Soriano, que la función del iusnaturalismo es "la inspiración del derecho positivo y la valoración crítica de sus normas". Y así indica



que “el derecho natural va por delante y por detrás del propio derecho positivo. Por delante, marcándole las pautas que ha de seguir. Por detrás, valorando y corrigiendo sus normas ya promulgadas”. (1997, p. 185)

En el caso de Guatemala, se puede observar cómo estas pautas y características interpretativas e integradoras de los principios se encuentran ya debidamente positivadas para la actividad hermenéutica e integradora. Así el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial establece lo siguiente en relación con la labor interpretativa de los principios:

Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Según el conjunto de una ley el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de esta se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de esta; b) A la historia fidedigna de su Institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Y el artículo 15 de este mismo cuerpo normativo guatemalteco insuficiencia de ley:

Los jueces no pueden suspender retardar ni denegar la administración de la Justicia sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley.

Así, se puede observar cómo los principios pueden estar positivados o no. Los principios generalmente tienen su fundamento en la comunidad, más que en el Estado, en especial aquellos que no se encuentran positivados. Los principios no tienen una hipótesis jurídica que les permita ser aplicados o subsumidos nítidamente a casos concretos, sino más bien, establecen los motivos por los cuales debe realizarse o prohibirse determinadas conductas, marcan de alguna manera el



límite de las libertades, derechos y obligaciones. De esta manera, no proporcionan la resolución concreta a un caso determinado, sino simplemente proporcionan razones por las cuales puede resolverse de una u otra forma. Esto se refiere al método de ponderación de principios y valores morales cuando estos chocan entre sí en casos concretos. Este método hermenéutico de la ponderación y proporcionalidad de los valores es sumamente importante para el iusnaturalismo y para el neoconstitucionalismo.

Desde la perspectiva hermenéutica, en el iusnaturalismo el intérprete debe comprobar que el texto normativo y su interpretación es congruente con el derecho natural. Esto convierte a la interpretación en una tarea más compleja que la simple interpretación gramatical del texto normativo como se realiza en el iuspositivismo. Lo anterior provoca que exista un gran margen de interpretaciones y soluciones posibles a una misma situación y norma positiva, pero se debe arribar a la que sea la justa. Así, agrega problemas que no existen en esta última: los valores morales como normas superiores o derecho natural son prescripciones abstractas y de contenido abierto, por lo que su decisión interpretativa, dentro de este gran margen de posibilidades, generalmente será argumentativa. En el análisis de la validez y obligatoriedad del derecho ya no se verifica únicamente su formalidad, que haya sido creado conforme a los procedimientos establecidos en la norma superior, a lo que denominan la legalidad, sino también se debe verificar su contenido, que sea congruente con el derecho natural y la justicia, a esto le denominan la legitimidad. (Möller, 2007, p. 22 y 23)

Una de las principales críticas que recibe el iusnaturalismo es la relatividad que provoca la aplicación de valores. Tanto en relación con cuáles son estos valores que deben aplicarse al derecho, cuál es el método que se debe utilizar para determinar cuáles deben aplicarse, cuál prevalece en caso de incongruencia o tensiones entre valores, pero especialmente, en cuanto a la relatividad del método o parámetros para determinar en qué consisten y como darles contenido fáctico y teórico a los valores. Este problema se suscita debido a que los seres humanos no piensan igual. No le dan el mismo valor a las cosas, fenómenos y actitudes. Una



conducta que es considerada como buena por alguna persona, probablemente no sea catalogada como buena por otra persona. Pueda que para una persona con una ética teleológica no considere como mala o injusta una conducta por medio de la cual una persona que no posee nada de dinero robe un pan para alimentar a su hijo hambriento y evitar así que muera de inanición. Pero pueda que para otra persona con una ética deontológica, esta conducta de robar le parezca mala, injusta y reprochable sin importar el fin extremo y urgente que pudiere existir. Para esta última persona robar siempre será una conducta reprochable, sin importar el fin. Ya que en la ética deontológica, únicamente importa realizar la conducta considerada buena, sin importar los fines. Más adelante en el presente trabajo se ahondará en relación con los valores, la ética, la moral y sus distintas concepciones.

De igual manera pueda que en este lado del mundo, en Guatemala, nos parezca reprochable el comer carne de perro como sucede en una festividad en China. Obviamente en la sociedad China, no es para la mayoría moralmente reprochable consumir esta carne, ya que existe una festividad popular en la que se consume. Pero de igual manera, se nos puede reprochar a la sociedad guatemalteca el consumo de carne de vaca, cuando en China su consumo es mínimo, ya que es considerado un animal de ayuda, más que de consumo y especialmente en la India donde la vaca es considerada un animal sagrado, por lo que su consumo sería incluso un sacrilegio. De esta forma se trata de ejemplificar la paradoja o crítica al iusnaturalismo en torno a la relatividad de sus valores.

Desde la perspectiva jurídica, surge de manera más drástica esta relatividad de valores, por ejemplo, que evita, limita o reglamenta la creación o extracción racional de nuevos principios jurídicos de manera arbitraria. Principios que no existían y proliferan a nivel exponencial. Quiénes son las personas acreditadas para su extracción racional. Tienen un impacto bastante alto el ámbito interpretativo judicial, ya que los casos concretos muchas veces se resuelven con base en estos principios que, talvez, antes no existían. E incluso en relación con los que ya existen, por ejemplo, como se determina la justicia en un caso concreto. Por ejemplo, que es más justo, que en un juicio se puedan interponer y se les dé trámite a todos los



recursos que permite la ley, aunque este se extienda exponencialmente en tiempo, debido al abuso de este derecho y eso provoque de alguna manera poca eficiencia de los tribunales de justicia y de la tutela efectiva de los derechos. O es más justo que se le otorguen algunos derechos formales y procesales y se les restrinjan otros a los litigantes al no aceptar para su trámite, y no entrar a conocer todos los recursos establecidos en la ley que interpongan, con el objeto de que exista una tutela efectiva de los derechos sustantivos y mayor eficiencia de resolución de conflictos de los órganos jurisdiccionales. Probablemente lo que sea considerado justo para una persona, no lo sea para otra. Y así, hay muchos ejemplos más. Pero este es el problema que provoca la relatividad. Desde la perspectiva iuspositivista, se argumenta como una falta de certeza jurídica, un atentado contra el orden, que es el valor que se defiende desde esa postura positiva.

De esta forma, algunas de las críticas que se realizan al iusnaturalismo desde la postura del iuspositivismo son las siguientes:

- a) El derecho natural no existe; el único derecho existente es el positivo
- b) El creer en el derecho natural (que cada uno puede interpretar a su modo) favorece la anarquía y la rebelión.
- c) El derecho positivo debe ser identificado como tal con independencia de su presunta concordancia o discordancia con el derecho natural.
- d) El derecho positivo debe ser observado y aplicado con independencia de su presunta concordancia o discordancia con el derecho natural.
- e) Los jueces nunca deben basar sus decisiones en el derecho natural. (Nino, 2003, p. 53).

Además, es importante argumentar que en el iusnaturalismo se puede fundamentar la moral o estos valores supremos del derecho desde distintas vertientes, en especial desde una **perspectiva racionalista o desde una divina**.



### 3.1.1.1. Iusnaturalismo precristiano

En la historia del iusnaturalismo, la concepción de este y sus fundamentos han variado significativamente. En la era precristiana presocrática, así como para el estoicismo, la concepción del iusnaturalismo era enfocada en la racionalidad, pero no se basaba en la racionalidad exclusiva del ser humano, sino que pregonaba que la naturaleza y el derecho natural se refiere al orden racional cósmico. La naturaleza es algo común y universal que contiene a todos los seres. Así existen un orden cósmico de las cosas, un destino universal.

Algunas características comunes del iusnaturalismo en la filosofía griega es que el hombre es un ser social por naturaleza, por lo que se organiza en grupos sociales y crea leyes que regulen su conducta para convivir pacíficamente. Pero estas leyes creadas por el ser humano deben juzgarse en relación con normas trascendentales que se sustentan en la naturaleza humana. Además, contempla que la ley natural emana de una divinidad o bien como resultado de un orden cósmico. (Hanisch, 1974, p. 154).

En relación con la discusión del derecho natural por parte de los sofistas, el Doctor Villegas Lara expone el ejemplo de la tragedia de Sófocles:

El rey de Tebas, Creón, prohíbe que cadáver de Polinice, hermano de Antígona, sea sepultado por haber ofendido a los dioses y como un escarnio a su memoria debe quedar expuesto. Antígona le desobedece y sepulta a su hermano, no acatando la orden del rey, quien por eso la condena a muerte en el fondo de una cueva. Cuando Creón le recrimina a Antígona su desobediencia, la condenada a muerte le responde que ella no ha hecho más que obedecer las leyes emanadas de la autoridad de los dioses, leyes que son superiores a las creadas por el hombre. Obviamente, Antígona está recurriendo al derecho natural para defenderse de la acusación de la autoridad que se basa en las leyes del hombre. Por eso esta tragedia se presenta en filosofía del derecho como clara explicación de qué y debe entenderse como derecho natural. (Villegas, 2018, pp. 43-44).





El derecho natural en los romanos es más pragmático y lo conceptualizan como el derecho ideal. Indica Cicerón, que la ley naturales el comienzo de toda ley positiva y si está no de acuerdo con ella, constituye un mandato arbitrario". Gayo, indica que el derecho natural es "el que la razón natural colocó en todos los hombres y se guarda de un modo igual entre todos los pueblos". (Hanisch, 1974, pp. 157-158).

### **3.1.1.2. Iusnaturalismo teológico**

Desde la perspectiva divina del iusnaturalismo, las normas supremas del derecho natural, emanan de Dios, el ser supremo denominado de distintas maneras dependiendo de las distintas creencias religiosas. Pero esa vertiente, históricamente adquiere auge práctico y teórico con el tomismo y la escolástica y por ende se basa en el Dios cristiano. Uno de sus grandes exponentes es santo Tomás de Aquino, desde una perspectiva más racionalista o explicativa, pero siempre con base en el iusnaturalismo divino. En esta vertiente se encuentran también autores como San Agustín o Emil Brunner.

Santo Tomás de Aquino, en la Escolástica, manifestaba que la ley tiene una trilogía que está compuesta por la ley eterna, la ley natural y la ley humana positiva.

La ley eterna es la razón de la divina sabiduría que dirige todos los actos y movimientos. La ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional e igualmente la ley humana es la ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por quien está al frente de la comunidad. (Soriano, 1997, p. 184).

En la retórica iusnaturalista teológica cristiana se explica que "el hombre, creado por Dios, en su estado de naturaleza pura, se ceñía estrictamente a esta ley y tenía como don gratuito la justicia natural", así indica que la caída del hombre en el pecado hace que se aparte de su naturaleza pura y así este crea la injusticia. Por

lo que la ley humana positiva debe respetar siempre a la ley eterna o natural, ya que en esta se encuentra la justicia. (Hanisch, 1974, p. 159)



### 3.1.1.3. Iusnaturalismo racional

Desde la perspectiva racionalista del iusnaturalismo, se considera que las normas supremas del derecho natural devienen de la razón, que son un producto inmutable y perenne de nuestra razón humana, la cual forma un elemento inherente a la humanidad.

Mediante esta razón se pueden deducir a priori todas estas normas supremas universalmente válidas. Esto significa, válidas en cualquier época y lugar. Normas supremas que toda persona puede deducir mediante la razón, como la justicia, la paz y el orden. Unos de los grandes exponentes de esta perspectiva racionalista del iusnaturalismo son Immanuel Kant, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Giorgio del Vecchio y Gustav Radbruch.

Esta vertiente del iusnaturalismo racionalista se identifica tanto en el iusnaturalismo de la ilustración en el siglo XVIII, como en el iusnaturalismo postguerra del siglo XX. El iusnaturalismo racionalista surge a partir del renacimiento y el abandono del paradigma cristiano. Surge con el renacimiento de la búsqueda del conocimiento a través de la razón y la lógica. Es en este contexto histórico que toma auge. El iusnaturalismo postguerra del siglo XX surge como una motivación del cambio de mentalidad del positivismo jurídico que dominaba desde el siglo XIX, atribuyéndole de alguna manera que mediante las teorías jurídicas de este último se podían sostener las atrocidades producidas en esta época de guerra mundial.



#### **3.1.1.4. Escuela clásica iusnaturalista o iusnaturalismo extremo**

Esta vertiente del iusnaturalismo le otorga preeminencia en todos los casos al derecho natural, los valores y principios, sobre el derecho positivo del legislador. Siempre hace prevalecer la moral sobre el derecho, sin excepción. “Las leyes deben aplicarse siguiendo los principios del derecho natural o sea una aplicación conforme” (Villegas, 2018, p. 42). Desde la perspectiva hermenéutica, lo anterior se refiere a una interpretación adecuada o conforme.

#### **3.1.1.5. Iusnaturalismo atenuado**

Esta concepción del iusnaturalismo es más prudente y conciliadora. Acepta la incompletitud del derecho natural y la necesidad complementaria del derecho positivo. Trata de balancear el valor justicia con el valor orden. Busca evitar una relatividad extrema atenuándola con cierta concesión hacia el orden y seguridad jurídica. De esta manera, afirma que el derecho positivo debe ser aplicado a menos que este implique una intolerable incongruencia hacia la justicia. Esta es una tesis conciliatoria bastante aceptada en la experiencia jurídica contemporánea, especialmente desde el constitucionalismo moderno en el cual se materializan en la Constitución, como norma jerárquicamente suprema, una serie de valores, principios y derechos fundamentales que permiten en principio aceptar la tesis que los sistemas jurídicos actuales se basan y procuran realizar la justicia.

Al respecto, Villegas Lara indica que el iusnaturalismo atenuado:

Se caracteriza por aceptar que el derecho natural no es suficiente para resolver conflictos en casos jurídicos concretos y por ello se deben juzgar preferentemente conforme al derecho positivo y solo en caso de insuficiencia de las leyes, debe recurrirse a preceptos del derecho natural. (2018, p. 42).



### 3.1.1.6. Ética y moral

La moral influye en las normas de conducta de una persona. La moral puede ser conceptualizada como las valoraciones internas y propias que hacen los individuos de determinados hechos o actos, lo cual definitivamente influye en su propia conducta o al menos en su consciencia o sentimiento de culpabilidad o satisfacción en relación con su actuar. Influye, también, en la apreciación que haga de la conducta ajena, así como de otros sistemas de valoración positivados, como el derecho, u otros sistemas de valoración socialmente aceptados, como la ética. Esta valoración se realiza en relación con lo que considera bueno o malo, pero esta categorización o valoración moral, por la misma subjetividad individual inherente a esta, generalmente se hará desde un punto de vista subjetivo con base a sus propios intereses, deseos, utilidad, preferencias o convicciones.

La ética influye no solo en las normas de conducta propias individuales, sino también en las normas de conducta de una sociedad. La ética es la rama de la filosofía que estudia la valoración de las acciones humanas. Es un intento de producir un conocimiento universalmente válido de los valores y sistemas valorativos, establecer de forma universal lo bueno y lo malo. A diferencia de la moral que produce un conocimiento particular, subjetivo y relativo sobre lo bueno y lo malo. De esta manera, busca establecer si un comportamiento humano es bueno o malo, desde un punto de vista objetivo y universal, en cierta forma busca objetivizar a la moralidad.

Algunos indican que su etimología deviene del griego *êthos* que significa carácter y otros que deviene del griego *ethos* que significa costumbre o comportamiento.

A diferencia de las normas jurídicas válidas, las normas éticas no positivadas, entiéndase, normas de conducta socialmente aceptadas, pero que no se encuentran formalizadas como normas jurídicas (costumbres, comportamientos humanos socialmente aceptados como buenos o correctos), no son coercibles por un órgano estatal formal instituido por normas jurídicas válidas para compeler a las



personas para que las cumplan, incluso mediante el uso de la fuerza estatal. Pero, si bien estas normas éticas no positivadas, no pueden ser compelidas por los órganos formales del Estado (normalmente en nuestro derecho que deviene de la familia y tradición jurídica romano-germánica, ya que a lo sumo son fuente de derecho secundaria en algunos casos, contrario a la tradición jurídica del *common law* y el realismo jurídico en el que el derecho vivo se encuentra en las costumbres sociales y son efectivamente una fuente de derecho primordial), no quiere decir que no sean coercibles en cierto grado, ya que es posible y bastante probable que la norma ética coincida con la propia valoración moral del individuo que ejecuta la acción regulada. Por lo que se sentirá autocompelido a cumplirla y si no fuere así, el grupo social puede ejercer presión y mecanismos propios para tratar de asegurar su cumplimiento. Esta presión puede consistir en un reproche social, alienación al individuo infractor y puede llegar hasta una cierta aplicación del ostracismo (exclusión del grupo).

Existen diversas formas en que la ética procura explicar y determinar de una forma racional la validez de un sistema valorativo moral:

- La ética teleológica o consecutiva
- La ética deontológica
- La ética de la virtud

La ética teleológica o consecutiva se basa en los fines que presume como buenos, deseables o útiles para establecer la validez de un sistema de valoración. Fundamenta la bondad o maldad, o la moralidad de un acto humano en sus consecuencias, si estas últimas son buenas o malas. Esta corriente ética filosófica se opone a la ética deontológica que sostiene que la moralidad de un acto humano es independiente del bien o mal que se genere con este acto.

La ética teleológica propugna que la moralidad de un acto humano estriba en sus consecuencias. De esta manera defiende la afirmación que el fin justifica los medios. Fundamentar un sistema valorativo considerando que lo objetivamente bueno es aquello que puede brindar la mayor felicidad o libertad posibles, o aquello



que permita la supervivencia de nuestra especie humana, es adherirse a las premisas de la ética teleológica. Aunque las consecuencias consideradas como bueno difieran, están de acuerdo en que las consecuencias son las que importan (Haines, 2006).

Esta corriente ética consecutiva tiene subteorías como el egoísmo moral, que se basa en que una acción es moralmente correcta si produce consecuencias positivas para la persona que la ejecuta. Otra subteoría es el altruismo moral que se basa en que una acción buena es aquella que produce el bien de las demás personas distintas a la persona que la ejecuta. Esta última subteoría coincide con la teoría aristotélica de la justicia en su ética nicómaca, ya que indica que es la virtud que contempla las demás virtudes debido a que procura no el beneficio propio, sino el de los demás y eso es aún más difícil. La subteoría del utilitarismo se basa en que una acción es moralmente correcta o buena si predominan las consecuencias o resultados favorables y buenos sobre los desfavorables, no deseados y malos para la mayoría. Por lo que, la mejor acción posible dentro de la subteoría ética del utilitarismo es aquella que produce el mayor bien para el mayor número de personas. Jeremy Bentham es uno de los principales exponentes del utilitarismo (Driver, 2009).

La ética de la deontología propugna que existen acciones humanas que deben ser realizadas y otras que no deben ser realizadas y que la justificación de la validez del sistema valorativo se basa en estos deberes y obligaciones, y no en las posibles consecuencias positivas o negativas que pudieran derivar del cumplimiento de estos. Uno de los principales exponentes de esta corriente filosófica ética es Immanuel Kant con su ética kantiana. Se fundamenta en la búsqueda de un patrón de valoración categórico y universal contrariando toda posición relativista.

La ética de las virtudes se basa en la filosofía aristotélica en la que establece como parámetro de valoración objetiva de las acciones humanas, la acrecentación o consolidación de las virtudes humanas. Un acto es objetivamente bueno si con este se aumentan o consolidan las virtudes de la persona que lo realiza. Para Aristóteles, algunas de las virtudes más preciadas o que debían ser cultivados por



todo humano bueno (valoración ética y moral) son las de la fortaleza, la templanza y la liberalidad y en especial la de la justicia. Para este filósofo el bien supremo es la felicidad y el ser humano solo la puede alcanzar a través de la propia perfección, mediante la consolidación que sus virtudes.

Aristóteles en su ética nicómaca, indica en relación con la moral,

Que en esta materia no se han de buscar demostraciones ni razones infalibles como en las artes que llaman matemáticas, porque esta materia moral no es capaz dellas, pues consiste en diversidad de pareceres y opiniones, sino que se han de satisfacer con razones probables los lectores. (Abril, 2001, p. 21).

Aristóteles, en la ética nicómaca indica que “todas las acciones se encaminan a algún bien, [...] disputa cuál es el bien humano, donde los hombres deben enderezar como a un blanco sus acciones para no errarlas y cómo este es la felicidad” (Abril, 2001, p. 20). En relación con la felicidad, como ya se indicó, se considera que es un bienestar personal que se adquiere de forma empírica a través de los sentidos, así como de la cultivación intelectual de la razón e incluye una realización plena e integral de las personas. Pero no es una felicidad exclusivamente egocéntrica, ya que lo único que permitirá una felicidad real, que es imposible de definir de forma unánime y objetiva, tanto de forma sensorial como intelectual, es la felicidad propia junto con la felicidad del resto de personas; y el camino para lograr esta finalidad, en cierto grado utópica del ser humano, es la justicia.

### **3.1.1.7. Diferencias entre ética y moral**

La ética y la moral pueden parecer sinónimos, pero en realidad son bastante diferentes. La ética se refiere a las normas de conducta que se perciben como prescritas por una sociedad, pero que a la vez no son coercibles por un órgano estatal formal, sino más bien por medios informales sociales como el reproche y la



alienación. En cambio, la moral se refiere a normas prescritas por el mismo individuo que se las aplica e influye en estas los factores sociológicos, psicológicos, culturales, espirituales y la cosmovisión del propio individuo. La coerción que emiten estas normas morales solo puede ser realizada por el individuo mismo que se las impone, generalmente, a través de su conciencia y autoreproche.

Por ejemplo, consumir carne puede parecer ético ya que no transgrede ninguna norma social, pero al mismo tiempo, se puede encontrar la idea de matar a un animal como indignante o moralmente repudiable.

Un ejemplo claro de la diferencia entre ética y moral se encuentra en la costumbre de cazar zorros en Inglaterra. A la sociedad inglesa le parecía una tradición dentro de los parámetros éticos. No consideraban que esta práctica vulnerara ninguna regla o costumbre social reprochable. Pero esta práctica era considerada inmoral por algunos individuos, que al agruparse, hicieron ver al resto de la sociedad que la tradición de la caza resultaba un atentado contra los zorros y el respeto y protección que merecían estos de parte de los seres humanos. Por lo que hicieron ver su percepción subjetiva de que no valía la pena divertirse a costa del sufrimiento de estos animales, por lo que esta idea trascendió de la moral de un grupo de personas a la ética global de la sociedad inglesa, hasta el punto de llegar a establecer una ley de prohibición.

### **3.1.1.8. Valores**

Es de suma importancia analizar y procurar comprender qué son los valores. El estudio de los valores ha resultado sumamente relevante en la ética y la estética. Pero el estudio de los valores en general a través de la axiología es relativamente nuevo en la filosofía. Si bien grandes filósofos han estudiado a la justicia, la verdad y la belleza, lo han hecho de forma aislada. La principal peculiaridad de la axiología, como rama reciente de la filosofía, es la diferenciación del ser del valer.





Una característica principal de los valores es su polaridad. Las cosas son lo que son, mientras que los valores valen y se presentan en un valor positivo y su correspondiente valor negativo. De esta manera, a la belleza se opone la fealdad, lo malo a lo bueno, lo justo a lo injusto. El desvalor no es una mera ausencia del valor positivo, este valor negativo existe por sí mismo. Además, los valores tienen una escala jerárquica, por lo que hay inferiores y superiores. Solo que es más fácil afirmar la existencia de este orden jerárquico que establecer concretamente cuál es y cuál debe ser el método y criterios para establecerlo. Filósofos como Max Scheler, desde la perspectiva objetiva de los valores, han intentado establecerlo. De igual manera lo ha intentado Ralph Perry desde la perspectiva subjetiva (Fronzizi, 1972, pp. 19-20).

De igual manera existe una discusión paradójica e importante en la ética sobre si los valores pueden conceptualizarse y determinarse de forma objetiva o subjetiva.

El problema de la determinación de la objetividad o la subjetividad de los valores se puede representar en las preguntas siguientes:

¿Tienen las cosas valor porque las deseamos o las deseamos porque tienen valor? ¿Es el deseo, el agrado o el interés lo que confiere valor a una cosa o, por el contrario, sentimos tales preferencias debido a que dichos objetos poseen un valor que es previo y ajeno a nuestras reacciones psicológicas u orgánicas? (Fronzizi, 1972, p. 26).

El valor podrá considerarse objetivo si existe independientemente de un sujeto y de su conciencia valorativa y será subjetivo si su existencia o validez depende de la conciencia valorativa de un sujeto, de las reacciones de interés o deseo de este.

Las posturas subjetivistas tienen representantes como Meinong, Ehrenfels, Lotze, Nietzsche, Perry entre otros (Fronzizi, 1972, pp. 49-63). Estas son fundamentadas en la psicología, ya que indican que los valores son atribuidos a las



cosas, tanto físicas como ideales, con base en el interés, deseo, agrado o placer que estos producen en el individuo que los atribuye. Esta teoría afirma que los valores dependen de la conciencia valorativa subjetiva de una persona. Es una teoría de carácter relativista en oposición al absolutismo. Los expositores de esta teoría niegan que los valores existan como un ente ideal o como una cualidad determinable de forma objetiva universal y categórica.

Ralph Perry indica que el interés es lo que confiere valor a una cosa, física o ideal. Por lo que indica, que es este interés el mismo que le otorga también un mayor o menor grado de valor. De esta manera, establece que el interés es el criterio necesario para establecer un orden jerárquico valorativo. Perry en su obra *General theory of value* (teoría general del valor) indica que “si lo bueno equivale al placer y lo malo al dolor, lo mejor corresponde a mayor placer y lo peor a mayor dolor”. Además, establece tres criterios para ordenar el interés y por ende el valor, estos son: la “intensidad, preferencia y amplitud”. La intensidad es el grado de interés que puede producir un solo objeto, lo cual produce que se rompa la apatía o indiferencia en relación con el mismo y esto le otorga valor. En cuanto aumenta el interés por este, aumenta su valor. La preferencia se refiere al mayor interés que genera un objeto al ser comparado con otros que generan la misma utilidad práctica. La preferencia ya no se basa únicamente en la utilidad, ya que los objetos generan esta, sino ya deviene del deseo y agrado personal. La amplitud corresponde a que un mismo objeto genera más interés, en el sentido que no tiene una sola utilidad o beneficio, sino tiene varias utilidades o beneficios en comparación con otros objetos que solo sirven a una utilidad (Fronzizi, 1972, pp. 68-69).

Desde el punto de vista subjetivista del empirismo lógico, de la filosofía analítica y de la teoría emotiva, los valores y los juicios de valor únicamente son manifestaciones de sentimientos, que no pueden ser ni verdaderos ni falsos (Fronzizi, 1972, pp. 85-89). Por lo que no pueden ser corroborados en la realidad física mediante la lógica, por lo tanto, no son conocimiento científico, sino simplemente son sentimientos subjetivos relativos imposibles de establecer de forma objetiva y universalmente válida.



El principal representante de la corriente objetivista es Max Scheler, quien indica que los valores son esencias, son aquellas cualidades debido a las cuales las cosas se convierten en bienes (Fronzizi, 1972, pp. 116-120). Por ejemplo, el lienzo en blanco y las pinturas son cosas, pero la obra de arte pintada en lienzo es un bien causado por el valor de la belleza. De esta forma, los bienes son hechos, mientras que los valores son esencias.

Scheler indica que los valores existen en la realidad, independientemente de un sujeto y de su conciencia valorativa. Además, afirma que los valores, debido a que son esencias, no pueden ser objeto de análisis teórico racional empírico (físico), sino de intuición sentimental o emocional. Mediante la intuición sentimental el hombre es capaz de captar los valores, así como el orden jerárquico existente entre ellos. Incluso propone una persona ideal o tipo modelo que representa la perfección de cada uno de estos valores. Pero establece claramente que el criterio empírico debe quedar excluido al realizar dicho orden jerárquico ya que por medio de este último solo podría formarse una tabla jerárquica de una persona, o un pueblo en determinada época y cuál debe ser dicho orden jerárquico de forma universal y absoluta (Martínez, 2010).

Scheler considera refutadas por Kant, todas aquellas éticas materiales de base empírica e inductiva, que establecen como valor supremo al placer, el bienestar y la felicidad. Además, indica que toda experiencia de lo bueno y lo malo presupone el previo conocimiento esencial de qué es bueno y malo. Como se indicó anteriormente, Kant refutó todas las teorías que extraen de forma inductiva, mediante la experiencia histórica o psicológica, el concepto del bien y la moral (Fronzizi, 1972, pp. 115-118).

Para Scheler, la independencia de los valores contiene de forma inherente su inmutabilidad debido a que estos no cambian. Los valores son absolutos ya que no están condicionados por los hechos, sean estos históricos, sociales, biológicos entre otros. Lo relativo es nuestro conocimiento de los valores, no los valores mismos. La postura axiológica objetiva de Scheler está íntimamente relacionada

con el absolutismo. Por lo que rechaza todas aquellas posturas relativistas (Frondizi, 1972, pp. 120-122).



La concepción de Scheler en torno a los valores puede ser catalogada como irracionalista debido a niega la posibilidad de que los valores puedan ser percibidos por la razón, pero afirma que la objetividad de los valores es evidente a la intuición emocional. Ortega y Gasset también afirma que los valores no pueden ser percibidos de forma empírica por los sentidos, sino que estos se perciben por medio de la estimación. Indica que por medio de la estimación es posible acceder al conocimiento de estos entes reales ideales objetivos. En la concepción de estos dos filósofos axiológicos, la objetividad es el fundamento de la validez universal de los valores, así como del sistema o jerarquía de valoración (Martínez, 2010).

Otra postura objetivista es la desarrollada desde la perspectiva de la fenomenología, la cual tiene exponentes como Husserl y Häberle, o la del materialismo histórico con exponentes como Marx. Estas teorías establecen que los valores son el producto del consenso intersubjetivo de los intereses y aspiraciones de los seres humanos que conforman un grupo social. Consenso de lo que consideran bueno en oposición a lo que consideran malo. Este consenso tiene su explicación y causas en los fenómenos sociales y la historia de estos que ha moldeado la cultura, cosmovisión y por ende los intereses y aspiraciones de los individuos de un grupo social particular. Derivado de la lucha de clases y medios de producción si se analiza desde el punto de vista de Marx. La importancia de esta teoría, es que lo afirma Häberle, todo conocimiento, tradición, lenguaje, derecho e incluso sistema de valoraciones es producto de la cultura, la cual fundamenta su legitimidad en el consenso intersubjetivo social. Por lo que la mayor y única objetividad que se podrá establecer en relación con los valores proviene de la percepción subjetiva propia que tenga del consenso intersubjetivo en relación con estos.

Existe una teoría ecléctica que afirma que existen valores objetivos y valores subjetivos. Los objetivos son aquellos que son finalidades en ellos mismos como la justicia, la verdad o la belleza. En cambio los subjetivos, no son finalidades, sino



únicamente son medios para lograr dicho fin. Estos últimos se basan en el deseo e interés personal. Lo criticable de esta posición no es el negar la objetividad o la caracterización de bueno de la justicia frente a lo malo de la injusticia, o de lo bueno de la belleza frente a lo malo de la fealdad, sino que al aceptar una posición subjetiva, acepta que la determinación concreta de lo que es justo o no, bello o no será necesariamente objetiva, sino siempre será subjetiva (Frondizi, 1972). Por lo que se podrá concluir, en esta posición axiológica, que los valores son en último término subjetivos.

Incluso, el hecho de indicar que la verdad es objetivamente buena es debatible, ya que puede ser condicionada subjetiva y objetivamente por circunstancias especiales. Existirán casos en los que la verdad no siempre será la mejor opción, la que produzca mayor bienestar al agente o a la colectividad. Por ejemplo, un ladrón armado asalta una tienda. Coacciona con el arma solo al dueño de la tienda sin que los demás se percaten y le indica que si alerta a los demás sobre el asalto en proceso lo matará a él y a todos los que están en la tienda. Cuando su familia que se encuentra dentro de la tienda y otros clientes se percatan que la situación es inusual le pregunta al dueño de la tienda si todo está bien. ¿Que deberá hacer éticamente el dueño de la tienda? ¿Deberá decir la verdad porque es objetivamente buena? ¿Deberá mentir?, al decir la verdad perderá la vida su familia, clientes y él mismo. Al mentir salvará la vida de todos, que sería más útil y beneficioso para todos.

### **3.1.1.9. Deontología y axiología**

Como ya se analizó, la deontología es la ciencia del deber ser, que propugna que la validez de los sistemas de valoración es universal y categórica y que no puede depender del sujeto de forma relativa. No puede fundamentarse en el grado de preferencias, interés, felicidad o utilidad diversos en cada sujeto, sino que lo bueno es universal y se funda en el imperativo categórico como criterio objetivo de corrección. Uno de los grandes exponentes de esta filosofía es Immanuel Kant. La



deontología es la rama que estudia la realidad del deber ser, contraria a la ontología que es la rama que estudia la realidad del ser.

La axiología es la rama de la filosofía que tiene por objeto de estudio la naturaleza y esencia de los valores. Estudia a los valores desde una perspectiva objetiva ya sea desde el punto de vista ideal categórico o desde el punto de vista sociológico. O bien, los estudia desde una perspectiva subjetiva.

La postura objetiva ideal de los valores tiene un acercamiento con la deontología, especialmente con la filosofía de Kant, debido a que propone sistemas de valoración universales y categóricos que pueden deducirse de la razón, siempre teniendo en cuenta que se refieren a entes ideales que se intuyen *a priori* por lo que no pueden ser corroborados en una realidad física.

La posición objetiva sociológica se fundamenta en que los valores son un producto de los fenómenos sociales. Ya sean desde la perspectiva del consenso intersubjetivo social de la validez de un sistema de valoración o de un valor en específico que propone la fenomenología, o bien desde la perspectiva histórica marxista de relaciones económicas de poder.

La postura subjetivista concibe a los valores desde un punto de vista relativista. No considera que los valores o la validez de un sistema de valoración sean universales, sino que estos están más bien relacionados con los intereses, deseos y preferencias de los individuos.

Desde el punto de vista ético, la axiología es una de las dos principales fundamentaciones de la ética junto con la deontología.

### **3.1.1.10. Justicia**

La justicia, en el sentido griego de la ética nicómaca, está en referencia al beneficio de otros, vinculada a la colectividad.



La justicia, pues, encierra en sí y comprende todas las virtudes y es la más perfecta de todas las virtudes, porque es el uso de la virtud que es más perfecta. Y es perfecta, porque el que la posee puede usar para con otro de virtud, y no para consigo mismo solamente. Porque muchos en sus cosas propias pueden usar de virtud, lo que no pueden hacer en las ajenas. Por esto dice muy bien aquel dicho de Biante, que el mando y señorío demostrará quién es el varón. Porque el señorío para el bien de otro se encamina y consiste ya en el bien común. Y por esta misma razón sola, la justicia entre todas las virtudes parece bien ajeno, porque para el bien de otro se dirige, pues hace las cosas que son útiles a otro, o al que gobierna, o a la comunidad de la república... el mejor de todos será, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino el que para con otro, porque esta es la obra de mayor dificultad. (Abril, 2001, p. 99).

Aristóteles, en la ética nicómaca resalta que uno de los problemas de las personas en relación con la ética y con la república, que puede corresponder en su relación ética y axiológica con la sociedad, con el Estado y la creación, concepción, interpretación y aplicación del derecho, es el hecho de que quieran “vivir a su apetito y querer salir con su intención en toda cosa” (Abril, 2001, p. 21), únicamente satisfacer sus propios deseos y pasiones de forma egoísta sin pensar o sin que les interese los deseos y necesidades de las demás personas a su alrededor. Ya que muchas veces esta satisfacción de sus deseos y pasiones es a costa, en perjuicio y en contraposición a las necesidades reales de las demás personas. Este es el problema ético axiológico de la busca de la felicidad propia y egoísta dentro de la sociedad y que limita la consecución de un verdadero derecho justo y una interpretación y aplicación justa del derecho. Y esta paradoja ética es importante desde las posturas iusnaturalistas y neoconstitucionalistas que aceptan la relación necesaria entre el derecho y la moral.

Aristóteles, luego de analizar la justicia particular privada en la contratación y la justicia pública en la repartición de honras y cargos públicos y la justicia natural y la legítima (que deviene de las normas creadas por el ser humano) concluye que



la justicia consiste en dar a cada uno lo que es suyo. Por lo que a pesar de iniciar como una posición objetiva y deontológica de las virtudes, concluye en realidad en una posición subjetiva sobre la determinación práctica de la justicia en los casos concretos. Posición que se relaciona con la postura intersubjetiva del consenso social para la determinación de los sistemas de valoración, incluida en esta a la justicia.

Este concepto aristotélico de la justicia sobre dar a cada uno lo que es suyo implica una estrecha relación entre igualdad y justicia. Esta comparación surge de la tensión que existen en relación con que la justicia exige que “se dé a cada cual lo suyo, y no cada cual lo mismo”. De esta forma la justicia no exige que “se dé lo mismo a todos, sino que todos sean tratados de un modo igual”. Así, surgen principios jurídicos sobre la igualdad como “igual castigo para igual delito”, igual salario para mismo puesto, etcétera. El problema surge del hecho que los humanos, en realidad, no somos iguales. No somos iguales fisiológicamente, no presentamos rasgos físicos idénticos, unos son más fuertes, otros más débiles, unos más bajos, otros más altos. No pensamos igual, unos son más astutos que otros, otros meditan más que otros. Somos sentimentalmente diferentes, unos tienen emociones más intensas que otros. Por lo que homogeneizarlos como hace la ley, la igualdad y la justicia, al tratarlos de forma igual, es en realidad, una violenta abstracción conceptual ya de hecho somos desiguales, no iguales. De esta manera Emil Bruner, citado por Recasens Siches, indica que “el trato igual parte del supuesto de que para los efectos de la relación que se norma, las desigualdades carecen de importancia o no pueden ser tomadas en cuenta”. Y así argumenta que “el trato igual es justo, solo cuando se considera que las desigualdades reales son irrelevantes para la relación que se regula” (Recasens, 1963, p. 764).

Esta tensión de la relación de la justicia con la igualdad o no de los seres humanos nos acerca a la distinción de la justicia como justicia conmutativa y justicia distributiva. La justicia conmutativa les da prioridad a las cosas sobre la individualidad de las personas, ya que esta última “se desvanece ante la objetividad de la cosa”. Esta justicia conmutativa puede encontrarse, por ejemplo, en el contrato



de compraventa en el que la diferencia física entre una y otra persona, generalmente no será importante para regular esta actividad de intercambio de un bien por dinero. El contrato, los bienes y el precio será en lo que se enfocará la norma jurídica (las cosas), y no tanto en las diferencias, o diferentes tratos que se le deba dar a las personas por sus diferencias físicas biológicas, por ejemplo, si es alto o bajo, género masculino o femenino. Ya que se les generalizará de forma arbitraria mediante la norma, a menos que sean diferencias que se lleguen a considerar relevantes, como aquellas mentales, o en la capacidad volitiva, entre otras. En cambio, la justicia distributiva, se rige por la idea de igualdad, pero toma en cuenta las desigualdades reales relevantes de las personas, también de las variadas situaciones y “trata a cada uno, según sus particularidades” y diferencias relevantes “pero midiendo estas con el mismo criterio”. Como en el caso de la compraventa citado anteriormente, en este sí se tomará en cuenta para términos de justicia la diferencia real y relevante si uno de los contratantes tiene alguna desventaja en su capacidad mental o volitiva. Por ejemplo, una persona con problemas mentales o un menor de edad. Esta diferencia y particularidad sí será relevante en este caso. De esta manera se conceptualiza dos clases de igualdad implícitas en ese problema, la niveladora y la distributiva. La igualdad niveladora la cual afirma que se le debe dar lo mismo a todos. Como ejemplo, de la aplicación normativa de esta concepción de igualdad niveladora se encuentran la mayoría de las prescripciones del derecho civil que homogeniza regularmente a los seres humanos, los coloca en un plano de igualdad sin importar, generalmente, sus diferencias físicas, económicas, políticas, etcétera. En cambio, la igualdad distributiva “toma en consideración la desigualdad que existe de hecho... rigiéndose por la misma medida, da porciones desiguales a cada uno, para lograr en la realidad una auténtica igualdad”. Como ejemplo, de la aplicación normativa de esta concepción de igualdad distributiva se encuentra la rama del derecho laboral guatemalteco que toma en cuenta la diferencia económica real que existe entre el trabajador y el empleador. Así como en el caso de los derechos humanos en relación con la protección especial de grupos vulnerables como los niños, mujeres, indígenas, grupos de la diversidad sexual, migrantes, en los cuales se toma en cuenta esas peculiaridades y diferencias que los hacen más propensos

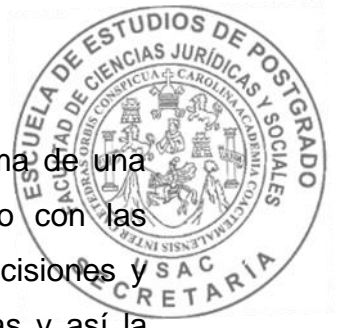




a que sus derechos sean violados. De esta forma la justicia, en términos aristotélicos, puede significar “o bien la igualdad en sentido directo o aritmético” que se refiere a la igualdad niveladora, “o bien igualdad en sentido proporcional” que se refiere a la igualdad distributiva. Pero es importante resaltar que la justicia, como idea de equiparación, “por sí sola es un criterio formal” y conceptual abstracto, pero para requerirla y aplicarla en un caso concreto, o en otras palabras para darle contenido, supone una medida axiológica, un criterio axiológico para darle contenido concreto a este concepto abstracto. Lo que remite a un orden de valores o a abordar la conceptualización y teoría de los valores como ya se realizó en puntos anteriores del presente capítulo (Recasens, 1963, p. 764 y 765).

Abordada esta tensión entre justicia e igualdad, es interesante analizar la relación entre justicia y amor propuesta por Emil Bruner. Esta es una explicación bastante satisfactoria o al menos interesante a la paradoja moral que se plantea más adelante en este trabajo en relación con los niños que se ahogan en una piscina y el único adulto que puede salvarlos, probablemente prefiera salvar a su hijo que se encuentra más alejado, aunque esto provoque que otros dos niños más cerca se ahoguen. Alejándose así de una ética altruista utilitarista y acercándose a una ética egoísta. Bruner afirma que “la justicia no regala nada”. Da solo lo que le pertenece al otro y nada más ni nada menos. Está fundada de forma racional, objetiva e imparcial. En cambio, el amor, como un sentimiento, reacción psicológica o reacción química del cerebro, da más de lo que pertenece al otro. No es comprensible, imparcial ni racional. La justicia se basa en la dignidad humana, se basa en esta equiparación arbitraria que hace la igualdad conmutativa niveladora, no conoce a la persona concreta y diferente. En cambio, el amor, se base en la persona humana concreta (Recasens, 1963, p. 778 y 779).

Desde una perspectiva del liberalismo individualismo estricto, se ha concebido o relacionado a la justicia como una libertad irrestricta del ser humano en todos sus ámbitos, que se refieren al postulado de conceder al individuo el mayor campo de acción posible, asegurarle una posibilidad máxima de decisión individual. Pero, se debe tomar en cuenta que esta concepción extrema de la libertad, como



pauta de justicia, provoca la paradoja que la libertad decisional máxima de una persona puede provocar y normalmente lo hace, un enfrentamiento con las decisiones y libertades otras personas. Y este entrelazamiento de decisiones y libertades de diversos individuos provoca el enfrentamiento entre estas y así la restricción de las libertades de decisión o acción individuales de forma recíproca. Por lo que se considera que la justicia no puede conceptualizarse como una versión de defensa extrema y exclusiva del valor libertad. Si bien el valor libertad es un elemento importante y tiene una relación relevante con la justicia, no es un valor absoluto que la defina.

En relación con una postura sociológica intersubjetiva del consenso social del valor justicia, Norbert Hoerster utiliza:

Como punto de partida los intereses que cada persona considera subjetivamente valiosos”. Partiendo de esta manera de una base subjetiva, de conformidad con Hoerster se puede justificar intersubjetivamente normas éticas cuando existe coincidencia de intereses entre los miembros de una sociedad, tal como sucede, por ejemplo, en el caso de la norma que prohíbe matar. Claro que pueden existir personas para quienes esta norma no está justificada, y no es justa de conformidad con su consciencia subjetiva, debido a que tienen un interés preferente en conservar su libertad de matar y de esta manera están dispuestas y prefieren asumir el riesgo de ser muertas. Frente a este *outsider* no es posible fundamentar intersubjetivamente la norma que prohíbe matar. Por lo que la prohibición le es impuesta en este caso debido a que ha sido aprobada por la mayoría”. Esta imposición valorativa de la conducta descrita es la manifestación institucional de una norma intersubjetivamente fundamentada. (Garzón, 1985, p. 26).

Y de esta forma consensual intersubjetiva se impone la determinación o valoración de lo que la mayoría social ha consensuado con relación a la justicia o no de dicha norma de conducta. Se trata entonces de una legitimación mayoritaria; es decir, democrática de la validez de un sistema de valoración.



### 3.1.2. Iuspositivismo

Como en la mayoría de los ámbitos del conocimiento humano, las posturas filosóficas y teorías doctrinales, tienden a tener distintos puntos de vista. Y el hecho de generalizar la concepción o principales elementos de una postura en un número finito o restringido, siempre será arbitrario. Ya que muchas veces, los defensores de estas teorías, no coinciden exactamente en todas sus características e incluso pueden proponer elementos o variantes diametralmente contrarias. Las posturas filosóficas en torno al derecho no son la excepción. Así, se podrá observar como el iuspositivismo no es considerado de igual manera por todos sus defensores y adeptos.

Existirán defensores dogmáticos del iuspositivismo, en los que la ley se debe cumplir, porque es la ley, sin manifestar alguna razón congruente de los motivos de su obligatoriedad.

De igual existirán adeptos del iuspositivismo con bases racionales que explican su postura especialmente desde premisas lógicas y métodos puros del conocimiento jurídico verdadero. Entre estas encontraremos la defensa de la obligación de cumplir con la ley, a través de la norma hipotética fundamental de Kelsen, como un condición o presunción lógica para fundamentar cualquier sistema normativo con el objeto de preservar el orden.

Asimismo, existirán posturas más moderadas del positivismo en las cuales, si bien la fuente del derecho seguirá siendo las normas jurídicas, la obligatoriedad de aplicación irrestricta de la ley por parte de los jueces ya no es una necesidad absoluta del derecho, acercándolo así, de esta manera, a posturas como el iusnaturalismo o la sociología.

Pero con fines generalizadores y de alguna manera arbitrarios, de describir elementos comunes de estas corrientes filosóficas jurídicas del iuspositivismo, se puede argumentar que esta se basa en una concepción en que el derecho únicamente está constituido por normas jurídicas. Específicamente, por las normas



jurídicas positivas que se encuentran en forma de textos normativos. La única fuente del derecho son las normas positivas. Así Villegas Lara resalta que para el positivismo, el derecho es exclusivamente un orden normativo y que dentro de esta concepción “no existe un derecho más allá del que está contenido en las normas jurídicas dictadas por el Estado” (2018, p. 54).

De esta manera, la característica principal del derecho para esta postura filosófica jurídica será la validez. La validez de sus normas jurídicas. Una validez formal y una validez material. Una validez formal en el sentido que hayan sido creadas a través del procedimiento establecido en la ley, generalmente establecido en la norma fundamental (constitución). En otras palabras, que tengan un fundamento de validez normativo. Asimismo, una validez formal en el sentido que hayan sido creadas por el ente facultado por la norma jurídica positiva para poder crearlas. Que puede ser un parlamento o congreso, una asamblea nacional constituida, los presidentes de los órganos supremos del Estado, etcétera, lo cual depende del contenido estipulativo de las normas fundantes para cada clase de norma inferior. La validez material se refiere a que las normas inferiores deben ser congruentes y por ende no contradecir, a las normas superiores. De esta manera, las normas inferiores no pueden contradecir a la norma superior que es su fundamento de validez, la norma que permite su creación, toda vez que sería irracional. Tampoco pueden contradecir a la norma fundamental o constitución. Esta es de alguna manera, argumentan algunos pensadores jurídicos, la aplicación del principio lógico jurídico del fundamento de validez.

Al otorgarle, esta preponderancia de las normas jurídicas positivas en el derecho, específicamente a los textos normativos, resulta fácil intuir los motivos por los cuales en esta postura filosófica jurídica se utiliza, preponderantemente, la técnica hermenéutica de la subsunción y métodos interpretativos como el gramatical y el restrictivo.

Como se indicó, para esta postura la única fuente del derecho son las normas jurídicas positivas. Por lo que por medio del método de la subsunción el juez o cualquier intérprete del derecho, con el objeto de aplicar el derecho, únicamente



debe subsumir o encuadrar el hecho de un caso concreto dentro de la hipótesis jurídica de una norma jurídica. Este es un proceso mecánico en el cual no existe ningún tipo de discrecionalidad o activismo judicial, en el cual se asume, generalmente, la completitud y perfección de alguna manera del sistema jurídico positivo y sus textos normativos. La aplicación del derecho únicamente conlleva la subsunción o encuadramiento de los hechos del caso concreto en las hipótesis jurídicas de las normas correctas correspondientes, para la consecuente aplicación coercible de sus respectivos efectos jurídicos. En este sentido, para algunas vertientes del iuspositivismo, no puede o no debe existir error en la interpretación y aplicación del derecho. Situación que como ya se ha argumentado en esta investigación, no se comparte debido a la imposibilidad de una percepción unánime del mundo y de sus objetos materiales, fenómenos y mucho menos de ideas ajenas al propio intérprete, de objetos ideales como el derecho.

Además, la interpretación y aplicación del derecho, no se refiere únicamente a la interpretación de los hechos, que dependerá de la interpretación subjetiva del intérprete en general; y en el caso del juez, también, de los elementos de convicción que se presenten al juicio para comprobar dichos hechos, los cuales generalmente no serán perfectos, completos y libres de toda contradicción. Lo que hace mucho más ardua, si no imposible, la tarea mecánica perfecta de simplemente subsumir el hecho a la norma correcta y así arribar a una aplicación certera del derecho sobre los hechos verdaderamente ocurridos. La interpretación del derecho, en la postura iuspositivista, también incluye, probable de manera más importante y previa para su aplicación, la interpretación de los textos normativos vigentes. De esta manera, es que se considera crucial la interpretación gramatical de estos textos normativos. La aplicación correcta de la gramática, así como de la lógica. Ya que el lenguaje es un sistema simbólico que se basa en la lógica de sus enunciados, ya sea de forma semántica por su significado, sintáctico por la función y orden de sus elementos y palabras, o morfológico por la forma y adaptación estructural de sus palabras. Estos métodos y técnicas interpretativas ya fueron abordados en el capítulo segundo de esta investigación.



Otra característica importante del iuspositivismo es la negación que realiza de una relación necesaria entre derecho y moral. Así, Villegas Lara afirma que la diferencia fundamental entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, “es que para el primero, el orden jurídico no tiene nada que ver con el orden moral” (2018, p. 54). Además, indica que “para el positivismo importa poco que la ley sea justa o no, si resuelve o no una dificultad, si la sociedad la acepta o no. Esos son problemas de la filosofía, de la sociología o de la política” (2018, p. 55), no del derecho. Así, afirma que existe una “independencia absoluta del derecho contenido en las leyes que emite el Estado, de otros órdenes normativos de origen distinto, especialmente del orden moral” (2018, p. 54).

Otro rasgo característico común de esta postura filosófica jurídica es en relación con la necesidad de la aplicación necesaria de la lógica tradicional bivalente en la interpretación y aplicación del derecho. Esta necesidad, generalmente, deviene de la influencia que tiene de la postura filosófica en general del positivismo cartesiano y de Augusto Comte y su posterior vertiente en la filosofía analítica, en las cuales se busca un conocimiento universalmente válido de una forma científica a través de la lógica tradicional. Y de esta manera, como se indicó, mediante la aplicación de la lógica tradicional algunas variantes del iuspositivismo pregonan la posibilidad de una interpretación o un método de interpretación jurídica universalmente válidos, situación que se intenta refutar en el presente trabajo. Por ejemplo, algunos indican que la conclusión interpretativa ya sea de un juez, o de cualquier persona, debe devenir necesariamente de una aplicación estricta de los principios lógicos a través de un silogismo. Deben realizarse las combinaciones correctas de conformidad con el cuadro de oposición de juicios, ya que este determina cuales son las únicas combinaciones que pueden ser verdaderas (Campos, 2008, p. 101). Tanto, las premisas, como en especial la conclusión del silogismo deben aplicar los principios lógicos como los de identidad, contradicción y tercero excluido. Entre estos, como ya fue expuesto en el capítulo segundo de esta investigación, se encuentran pensadores jurídicos como García Máynez. Pero esta no es una teoría absoluta. Como ya se observó en el mismo capítulo segundo, existen objeciones a esta teoría como la que plantea el Kelsen con relación a la



imposibilidad de aplicar principios como el de contradicción y tercero excluido a las normas jurídicas. Además, también algunos pensadores critican que no es posible aplicar la lógica tradicional a las normas, ya que estas últimas se refieren a enunciado prescriptivos de los que no se puede extraer una verdad o una falsedad, por lo que la lógica tradicional se aplica a enunciado descriptivos de los que se puede extraer una verdad o falsedad. Como indicaría David Hume, no es posible hacer una equivalencia racional o pasar del ser al deber ser (Hume, 2001, p. 340). Como indica Kelsen, todos los postulados de la lógica se puede aplicar a la ciencia del derecho, pero no al derecho objetivo o subjetivo que consisten en enunciados prescriptivos o normas.

Además, es importante resaltar que ni siquiera, dentro del mismo seno de pensadores de la lógica existe una conceptualización común y unánime de esta. Ya que no todos aceptan sin crítica la lógica bivalente que únicamente contempla la característica verdadera o falsa de los enunciados. Existe así, el concepto de la lógica polivalente, toda vez que se plantean enunciados paradójicos que no pueden ser sometidos o reducidos a verdad o falsedad. Tal y como lo hace el mismo Aristóteles con relación a enunciados sobre el futuro (Lombraña, 1978, pp. 93-94), o la física cuántica (y computación cuántica) sobre los estados superpuestos de la materia (Galíndez, 2007, p. 21), o con el teorema de incompletitud de Gödel (1981, pp. 45, 46, 53-56, 62, 72, 75-77, 81, 85-87, 164, 165, 188-189).

Otro rasgo importante común en la posición filosófica jurídica del iuspositivismo es la defensa del orden. En realidad, del valor orden. El principal disvalor para esta postura es el caos, el anarquismo, el desorden. La mayoría de sus construcciones lógicas o dogmáticas se realizan para defender la necesidad de un orden, de un sistema, de una predictibilidad de la conducta de las personas y de los intérpretes del derecho. Busca la seguridad y la certeza jurídica. Aunque en el fondo, es la búsqueda de hacer prevalecer un valor sobre otros, una especie de ponderación del valor orden, incluso, sobre el valor justicia o cualquier otro. Por lo que se puede arribar a la conclusión que puede llegar a ser tan dogmático como la postura filosófica jurídica del iusnaturalismo a la que le critica esta característica. Es





tan necesario defender este valor dentro de esta concepción que incluso se recurre a normas hipotéticas o presupuestos fundamentales para explicar y hacer valer la necesidad de un orden, un sistema que rija la conducta de las personas para que los seres humanos puedan convivir. A pesar, que esta sea una explicación a priori y bastante racionalista, es un argumento valedero y fundamentado de la obligatoriedad de las normas jurídicas, a diferencia de la defensa injustificada y dogmática (sin crítica) del aforismo *lex dura lex*, que se refiere a que la ley es dura, pero debe cumplirse, simplemente porque es la ley. Merma toda discusión y debate que enriquece el conocimiento y sabiduría del ser humano.

Asimismo, cabe destacar que algunas variantes de la corriente filosófica jurídica iuspositivista consideran a la norma jurídica como un ente objetivo y material que puede ser analizado lógicamente y empíricamente. Por ende, se puede obtener un resultado científico, certero y corroborable de su análisis mediante la ciencia del derecho. De esta concepción positivista de la ciencia cartesiana y de Comte se utiliza, de alguna manera, la denominación de iuspositivismo o derecho positivo. Pero contrario a este positivismo de Comte, en el que únicamente puede ser objeto de estudio científico, con resultados verdaderos, los objetos materiales y físicos perceptibles y corroborables empíricamente mediante los sentidos. En el iuspositivismo se analizan las normas jurídicas, las cuales no tienen una existencia en el plano material, sino que son objetos ideales. Una norma no se puede ver, escuchar o tocar, están incrustadas en la psiquis humana, como una creación de esta, de lo que debe ser la conducta del ser humano. Si bien puede indicarse, que el plano material de las normas jurídicas son los textos normativos, en realidad, estos son únicamente una representación gráfica de las normas jurídicas, no son en sí las normas. Estos textos deben ser interpretados para poder extraer la norma jurídica que expresan o que se intentó expresar mediante estos. Una norma jurídica es en realidad una idea. De la misma manera, que un vampiro es un objeto ideal que existe en nuestra psiquis y es de conocimiento casi general de los seres humanos en la cultura occidental y que puede ser representado de forma gráfica ya sea mediante el término vampiro o un dibujo de este, la norma, de igual manera, es un objeto ideal de conocimiento casi universal del ser humano, que es representado



de esta forma gráfica, simbólica lingüística. Pero el hecho que este texto de la norma o el dibujo de un vampiro son únicamente una representación, si bien se pueden percibir empíricamente, estos no son el objeto físico, son únicamente una representación del objeto ideal.

El iuspositivismo no es la única postura filosófica del derecho que aborda el derecho desde una perspectiva positiva, ya que lo hace así, también, la sociología jurídica y el realismo jurídico. La diferencia consiste en que, a pesar de lo argumentado, algunas variantes del iuspositivismo afirman el estudio positivo y empírico de las normas jurídicas, o de los textos normativos, mientras que la sociología jurídica y el realismo jurídica estudian el derecho desde los fenómenos y hechos sociales, no desde las normas. Esta última postura filosófica jurídica será abordada más adelante.

Uno de los principales exponentes, probablemente el más conocido, del iuspositivismo es el alemán Hans Kelsen. Mediante su teoría pura del derecho indica que el estudio y conocimiento del derecho necesita una metodología científica contraria a la que se había utilizado anteriormente. Indica que para adquirir un conocimiento verdaderamente jurídico, es necesario extraer todas aquellos elementos metajurídicos como la sociología, la axiología, psicología, economía, etcétera. Kelsen, ha indicado, que esta separación rigurosa se debe aplicar a la ciencia exclusivamente jurídica, , pero como manifiesta Santiago Nino (2003, p. 35), Kelsen a la vez ha indicado que esta separación no es aplicable rigurosamente a la aplicación del derecho, ya que el juez al momento de aplicar el derecho no puede basarse exclusivamente en su conocimiento jurídico científico, sino como todo ser humano, puede utilizar fundamentos morales, psicológicos o sociológicos ya que la norma hipotética fundamental, es en realidad una hipótesis o suposición. Además, al final de su carrera aborda, escribe y concibe una teoría sobre los valores y su aplicación al derecho. Pero, a pesar de estas salvedades, Kelsen ha sido un pilar dentro de la postura del iuspositivismo. Otra aportación importante que tiene a esta postura es la pirámide jerárquica de normas a la cual se le adjudicó su apellido.



Entre las principales críticas que se le hacen a esta postura, generalmente, se encuentra que debido a su concepción en la que niega la aplicabilidad o relación necesaria de la moral con el derecho e indicar que el derecho únicamente consiste en las normas positivas, se han arribado a normas jurídicas, sistemas jurídicos y Estados completamente inmorales. Sociedades o grupos sociales que cometen aberraciones a la justicia y a la dignidad del ser humano bajo la protección y justificación que existen o han creado normas jurídicas formalmente válidas que permiten la realización de estos actos. El ejemplo principal que se cita para este argumento son las atrocidades cometidas contra los judíos durante el tercer Reich alemán Nazi. Esta polémica y contrastes que provocan en la interpretación del derecho serán analizados más adelante con más profundidad y ejemplos.

Entre algunas de estas críticas que se le hace al iuspositivismo, como lo cita Nino (2003, p. 52), están las siguientes:

- a) El positivismo conduce a legitimar cualquier régimen de fuerza, por injusto y autoritario que sea.
- b) El positivismo supone que la tarea del juez es meramente mecánica y se agota en la deducción de soluciones para casos particulares a partir de normas jurídicas generales, sin tomar en cuenta consideraciones valorativas, sociológicas, etcétera.
- c) El positivismo implica una concepción nihilista en materia valorativa; para él no hay valores absolutos y, en consecuencia, todo es moralmente permisible; de ahí a propiciar el caos y la corrupción de las costumbres hay un solo paso.
- d) El positivismo identifica el derecho con la ley, olvidando el papel relevante que tienen en un orden jurídico las costumbres sociales, las pautas jurisprudenciales, las doctrinas de los juristas.



### 3.1.2.1. Positismo ideológico o clásico

El positivismo clásico es la primera vertiente del positivismo. Tiene una fuerte influencia ideológica y así, se preocupa más por indicar cómo debe ser el derecho que en realidad describir qué de forma conceptual.

Esta corriente positivista indica que el derecho únicamente puede consistir en el derecho positivado, el materializado (o representado en realidad) en textos normativos. Esto promueve el legicentrismo y culto a la ley. La considera como un ente autónomo y valiosa en sí misma. Esta concepción se produce históricamente con el movimiento de la codificación. Cuando se pretendió positivizar ese derecho común europeo de la familia jurídica romano germánica que se basaba en el restudio del derecho romano con influencias germánicas con el objeto de extraer un derecho justo, racional y universalmente válido. En el momento que se pretendió positivizar y codificar este derecho, comenzó la positivación conceptual del derecho. Además, no en todos los casos se logró la positivación de ese derecho ideal y justo que se pretendía, sino muchas veces se positivó la voluntad arbitraria del legislador. Así, se comenzó a percibir el derecho únicamente como estas normas positivas dotadas de razón en sí mismas.

El positivismo clásico hace también una separación categórica entre derecho y moral e indica que los criterios morales no deben tener injerencia en las normas jurídicas. Para esta corriente positivista, no es importante la moral, la ley debe cumplirse independientemente de su moralidad. Sostiene que “cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, este tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales”. (Nino, 2003, p. 32).

Incluso, desde algunas variantes del positivismo ideológico llega a afirmarse que la ley es justa por ser ley, por haber sido creada por los órganos competentes para crearla y por los procedimientos establecidos en la ley superior. Debido al valor que tienen las normas en sí mismas, ya tienen implícita la característica de justas.



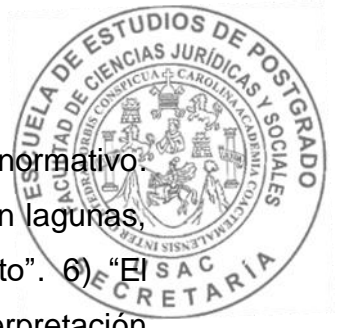
Al respecto, Nino, citando a Bobbio indica que en esta corriente ideológica del positivismo se afirma que:

El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez. (Nino, 2003, p. 33).

Por su parte, Villegas Lara, afirma que “para el positivismo ideológico hay una identidad de la justicia con el derecho positivo; el derecho (las leyes), solo por el hecho de serlo, lleva implícito el ideal de justicia, por lo cual deben ser obedecidas sin objeción alguna” (2018, p. 55).

Cómo se ha argumentado ya, estas posturas positivistas ideológicas en realidad le dan preeminencia, de forma subyacente, al valor orden. Por medio, del valor orden buscan obtener cierta seguridad jurídica, cierta certeza de previsibilidad de la interpretación de las normas. Saber exactamente que es permitido realizar y qué no, cómo van a resolver los jueces en todos los casos. Buscan evitar la incertidumbre de la pluralidad y del relativismo axiológico o del activismo y libertad judicial. Desde el punto de vista hermenéutico, esta concepción ideológica del positivismo procura que los jueces resuelvan únicamente bajo un solo principio moral: el orden, que solo se logra mediante idea de obligatoriedad del derecho positivo vigente.

Bobbio, establece ciertas características que suelen presentarse en el positivismo clásico: 1) “El derecho debe ser estudiado como un hecho, y no como un valor. El jurista debe abstenerse de formular cualquier juicio valorativo [...] derecho es derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor”. 2) El derecho debe tener la “posibilidad de hacerse cumplir a través de la coacción”, por medio de la fuerza estatal. 3) La fuente principal del derecho es la legislación, tiene preferencia siempre sobre otras fuentes. 4) La norma jurídica es un mandato, Bobbio la denomina la teoría imperativista del derecho. 5) Existe una coherencia infranqueable del sistema jurídico normativo. Excluye la posibilidad de



existencia de normas contradictorias en un mismo sistema jurídico normativo. Además, indica la plenitud de este sistema jurídico normativo, no existen lagunas, se “puede decidir sobre cualquier caso con base en el ordenamiento”. 6) “El iuspositivismo sostiene como sistema de interpretación la interpretación mecanicista”. 7) La característica de obediencia a la ley, esta “debe ser obedecida sea cual fuere su contenido” (Möller, 2007, p. 47).

### 3.1.2.2. Positivismos teórico

En esta vertiente del iuspositivismo, se resalta la estructura teórica perfecta del ordenamiento jurídico. Manifiesta que este se compone exclusivamente de normas jurídicas y sostiene nuevamente la coherencia y plenitud de este. Indica que no pueden existir normas contradictorias en un mismo sistema jurídico normativo. Asimismo, que todas las normas dentro del sistema son precisas, por lo que no son vagas ni ambiguas. Además, indica que debido a la plenitud del ordenamiento jurídico normativo, no pueden existir lagunas.

Así esa corriente del positivismo jurídico afirma que:

El orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible. Bobbio ha denominado esta concepción "positivismo teórico", porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico. (Nino, 2003, p. 36).

Esta corriente asume una posición cognotivista de la interpretación, en la que no existe espacio para la discrecionalidad judicial, ya que la interpretación es una actividad de conocimiento y consiste en descubrir el significado objetivo y unívoco de los textos normativos. Pretende una validez universal de sus métodos de interpretación jurídica.

Esta vertiente al afirmar que el derecho está compuesto únicamente por normas y que estas y el sistema normativo son autosuficientes, completos, precisos



y coherentes, manifiesta que todo caso puede resolverse de forma unívoca mediante estas normas jurídicas; por ende no existe necesidad de utilizar ningún otro recurso metanormativo, ya sea axiológico, sociológico o político, para resolver ningún caso.

También se le denomina como formalismo jurídico, al respecto Villegas Lara, afirma que el positivismo teórico:

Es una posición formalista, en el sentido de caracterizar al positivismo como un puro formalismo jurídico. Las normas se producen... y su aplicación a los casos concretos se hace mediante el ajeo silogismo jurídico de raíz aristotélica, en la que el juez actúa como una máquina programada para resolver, lo cual recuerda la conocida jurisprudencia de conceptos. (2018, p. 56).

Se considera, que esta corriente pretende ser teórica y descriptiva como la corriente iuspositivista metodológica, pero en el fondo de esta subyace cierta concepción ideológica y valorativa de la perfección y obligatoriedad de las normas y el ordenamiento jurídico normativo que lo acerca más al positivismo ideológico.

### **3.1.2.3. Positivismo metodológico o conceptual**

Este positivismo busca describir ontológicamente al derecho. Busca describir qué el derecho, y no indicar cómo debe ser como lo hace su versión ideológica. Procura construir una ciencia del derecho, describir los elementos que lo conforman, así como sus relaciones lógicas. Tiene una fuerte influencia del método científico cartesiano, de la filosofía analítica, la lógica y del positivismo filosófico.

Esta corriente del positivismo ha sido denominada como positivismo metodológico, resaltando la necesidad de utilización del método científico cartesiano para arribar a afirmaciones teóricas descriptivas, y no ideológicas. Villegas Lara, citando también a Bobbio, indica que:



La ciencia tiene que ser avalorativa o no es ciencia; el método positivista, entonces, solo puede ser el método científico, que es el único que se puede seguir si se quiere hacer ciencia jurídica o teoría del derecho. “Si no es ese el objetivo, no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del derecho”. (2018, p. 56).

De la misma manera, Santiago Nino (2003, p. 37) afirma que “el concepto de derecho no debe caracterizarse, según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta solo propiedades descriptivas”.

Asimismo, a esta corriente se le ha denominado positivismo jurídico analítico, resaltando la aplicación de la lógica, propia de la filosofía analítica, en el análisis e interpretación de las normas. Procura un análisis lógico formal y lingüístico de la interpretación, subsunción y aplicación de los textos normativos.

Pero esta posición es eminentemente descriptiva y conceptual del derecho, por lo que “no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas”. Analiza descriptivamente al derecho y su técnica interpretativa y aplicativa, sus relaciones lógicas. Pero no expone valorativamente qué posición deben tomar jueces o los intérpretes ante las normas, por lo que autores como Nino afirman que en esta corriente iuspositivista metodológica “es perfectamente coherente [...] decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidos o aplicados”. El positivismo metodológico es una corriente exclusivamente conceptual y descriptiva del derecho, por lo que al no incorporar una filosofía ética, no implica una contradicción o prohibición en la aplicación de valores al momento de interpretar y aplicar el derecho. (Nino, 2003, pp. 37-38).

Esta forma de analizar la aplicación del derecho puede acercarse de alguna manera al iuspositivismo metodológico con el iusnaturalismo. No en cuanto a sus bases conceptuales, pero sí con relación a que no se opone a la utilización de





justificaciones metanormativas como los valores al aplicar el derecho a casos concretos.

#### **3.1.2.4. Positismo incorporacionista**

Con el devenir histórico, el derecho, la forma como se concibe y se interpreta este ha variado. Las tendencias contemporáneas constitucionales se enfocan en dar cierta preeminencia a las Constituciones, las que tienden a incorporar normas abiertas como principios y valores. De igual manera, en los procesos de interpretación y aplicación del derecho, los operadores jurídicos ya no se basan exclusivamente en la norma, sino utilizan otras fuentes de derecho como los principios y valores, así como técnicas que privilegien la aplicación de estos.

Lo anterior, aunado a la crítica que sufre el iuspositivismo debido a su desvinculación con la moral, los fenómenos y la política, propicia el surgimiento de una nueva perspectiva iuspositivista que acepta la incorporación de criterios morales en el derecho. Esta corriente es denominada como iuspositivismo incorporacionista o incluyente.

Esta corriente nueva no se aparta completamente de la concepción que no existe una relación necesaria entre el derecho y la moral, ya que acepta relaciones e incorporaciones morales contingentes en el derecho, pero no acepta que esta relación sea necesaria para definir al derecho. Afirma que “la moral puede estar incorporada en el derecho, pero su ausencia no descalifica un sistema como jurídico”. Así, aún mantiene un concepto descriptivo del derecho, neutral a criterios morales. Esta afirmación ha recibido críticas en relación con que al aceptar incorporaciones morales, aunque sea contingentes o como meras posibilidades, la descripción que hace del derecho ya no es completamente neutral a criterios morales. (Möller, 2007, pp. 79-80 y 82).

Esta postura del positivismo incorporacionista acerca al iuspositivismo con corrientes iusnaturalistas y neoconstitucionalistas. La describen también como una



posición intermedia entre el positivismo y el antipositivismo. Esto le vale críticas de estas últimas posiciones, desde el positivismo se argumenta que esta aceptación de incorporar criterios morales daña a la certeza jurídica y desde el antipositivismo se le critica que la presencia de principios y valores no es compatible con la teoría conceptual del iuspositivismo y la desnaturaliza. (Möller, 2007, p. 81)

Ante las críticas que se le realizan, desde esta corriente incluyente se afirma que la posibilidad de la incorporación de criterios valorativos no implica “el fin de la tesis conceptual de la no conexión necesaria entre derecho y moral”. Sostiene que se refiere simplemente a una posibilidad de su incorporación, sin que esto implique la necesidad de relación o congruencia con la moral para ser identificado como derecho. Además, afirma que esta “ofrece una explicación positivista más actual y coherente del concepto de derecho ante los ordenamientos jurídicos actuales” en los cuales hay presencia de contenidos normativos abiertos y de contenidos morales. Describe de mejor manera al derecho actual en el que “nuevas fuentes de derecho sustituyen el protagonismo de la ley”. (Möller, 2007, p. 83).

Desde el punto de vista hermenéutico, esta concepción iuspositivista permite la inclusión de valores y principios en la interpretación y aplicación del derecho, y no se limita ya únicamente a la interpretación formal lingüística de las normas jurídicas y su correspondiente subsunción. Pero, condiciona a que dicha incorporación debe estar previamente regulada y permitida por una norma jurídica, ya que únicamente acepta la moral positivada.

### **3.1.2.5. Teoría pura del derecho**

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen parte de concepción filosófica kantiana, que implica una rigurosa correlación entre el método y el objeto de conocimiento, de aquellas formas mentales de conocimiento y métodos determinan el objeto. En su doctrina hace una división importante entre el ser (real) y el deber ser. Algo que es decisivo en su teoría. Esta postura teórica de Kelsen surge en cierta



forma por el desencanto que sintió en la universidad por el método de enseñanza, la falta de exactitud y de fundamentación sistemática en relación con el derecho. Así, en búsqueda de un método que le permitiera lograr este cometido surge la idea de Kelsen en cuanto a la pureza del método jurídico, mediante la separación de la ética, política y sociología de la ciencia del derecho. Separar el objeto del estudio del derecho, que son las normas jurídicas, de toda mezcla con objetos ajenos y heterogéneos a ella como la ética y la sociología (Recasens, 1963, p. 141).

Indica que existe una gran diferencia entre el ser y el deber ser. El primero describe la realidad, como los fenómenos sociales y se rige por la ley de causalidad, mientras que las normas jurídicas no son una explicación de la realidad, sino del deber ser., y no se rigen por leyes de causalidad, sino procura provocar hechos o actitudes, pretende motivar la voluntad del ser humano. Por lo que, así, indica que la esencia y validez de la norma se funda en el deber ser que es independiente del ser. La norma (deber ser) es independiente de que se cumpla esta en la realidad (ser). Incluso, manifiesta que si lo que debe ser sucediera siempre y de forma necesaria, la norma no tendría sentido, ya que sería, en realidad, una ley natural explicativa, y no una norma prescriptiva. Solo tendría razón de existir una norma prescriptiva mientras exista la posibilidad de que no ocurra lo que ella prescribe (Recasens, 1963, p. 143).

Kelsen no niega el problema de los ideales morales a través de los valores, pero indica que es metajurídico, no puede resolverse ni enfocarse desde lo jurídico, solo desde la moral, religión y metafísica. Además, que el fin de la ley y su fenómeno de creación y reforma, son materias de la política, no del derecho. Ya que el derecho es únicamente el derecho positivo y sus supuestos lógicos. Así, la teoría pura del derecho, solo puede ser teoría del derecho positivo. Acepta que pueden existir problemas en relación con que el derecho no sea justo y puede haber críticas sobre su pertinencia, pero estos son problemas que trascienden o no forman parte del estudio puramente jurídico. De esta manera, la teoría jurídica se refiere a un estudio formalista del derecho, no se pregunta acerca del contenido del deber ser, que puede ser variable, sino acerca de su forma, su método. Por lo que no puede



contemplar la finalidad (teleología) y contenido del deber ser, solo su forma. Kelsen acepta que las normas jurídicas tienen su origen en fenómenos sociales (sociología) y que surgen con base a determinados fines, pero a la vez argumenta que la ciencia jurídica no se pregunta por el origen fáctico o teleológico de sus normas, sino que las admite, las recibe ya hechas y así, la ciencia del derecho no debe plantearse el problema del fin para el cual fueron creadas estas normas (teleología, ética, política). Kelsen indica que el derecho se refiere al estudio de la forma y que es una ciencia formal, comparándola así con la geometría, matemáticas o la lógica. Ciencias dogmáticas, a priori, que no pueden ser probadas en la realidad, ya que en realidad son ideas. Pero, a la vez, reconoce que esta postura rigurosa lógica y formal, es unilateral, arbitraria y parcial, y no pretende abarcar la totalidad del fenómeno jurídico. Por lo que indica que es lícito, si no necesario, que el jurista emprenda estudios sociológicos, históricos y filosóficos. Pero recalca que el método formal lógico jurídico puro del derecho, debe depurar la sociología, la teleología, ética, política adscritos al método del estudio del derecho (Recasens, 1963, p. 147-151).

Concluye en que el derecho, desde una concepción formal de su teoría pura del derecho, es el medio coercible que utilizan los seres humanos dentro de una sociedad, con el objeto de lograr ciertos fines como la paz, justicia y orden. Pero lo importante para la ciencia no son los fines, sino que es el medio formal a través del cual se consiguen esos fines. Y de esta manera, la única fuente del derecho solo puede ser la ley, como voluntad del Estado, y no la costumbre, como voluntad del pueblo ni la moral, como voluntad individual.

#### **3.1.2.5.1. Norma hipotética fundamental.**

La norma hipotética fundamental es aquella norma primaria que origina todo orden o sistema jurídico. Es aquella idea y norma hipotética que fundamenta y otorga la validez de lo jurídico. Es la norma que fundamenta los primeros actos constituyentes y por ende es el fundamento de validez las normas supremas



constitucionales, que a su vez son fundamento de validez de todo el resto de las normas jurídicas jerárquicamente subordinadas. Es como la barra de platino que representa la medida del metro del sistema métrico decimal, esta representa el origen de dicha medida es su base y fundamento. De igual manera funciona la norma hipotética fundamental, esta representa la validez del sistema jurídico, es el origen de la validez del sistema jurídico. En realidad, no es que la norma hipotética fundamental tenga validez, debido a que paradójicamente no tiene una norma superior que fundamente su validez, sino simplemente se presupone su validez, o mejor planteado, es la razón que otorga la validez de todo sistema jurídico (Pérez, 1997, pp. 204-205). Establece Kelsen (1982, p. 208) que solo “presuponiendo la norma fundamental es posible interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo” y que la norma fundamental es condición lógica trascendental de interpretación de toda norma jurídica.

### **3.1.2.6. Orden (seguridad jurídica)**

Uno de los pilares del iuspositivismo es el de la primacía y respeto a la ley. Desde la perspectiva del positivismo dogmático, esa divinización y preeminencia absoluta y ciega a la ley, proviene de la preeminencia que le otorga al principio del orden. Desde esta postura filosófica del derecho se le da preeminencia al principio del orden y este debe prevalecer incluso sobre el de justicia, ya que de esta manera se logra la seguridad y certeza jurídica y se evita el caos que el equivalente a lo éticamente malo dentro de esta postura. Esta se basa en un sistema de valoración ética que cataloga al orden como el bien y aspiración superior.

Esta postura filosófica y ética es contraria al neconstitucionalismo, ya que en esta última deben convivir todos los principios de forma armónica, ponderando en cada caso concreto cual debe aplicarse en mayor grado sin desestimar por completo a los otros. Además, la postura naturalista y la neoconstitucional del derecho le otorga preeminencia al principio pro homine y justicia, establece que todo



el derecho debe girar en torno al beneficio de los seres humanos, su dignidad, felicidad y justicia, sobre cualquier formalismo legal que atente contra estos, por lo que le otorga prevalencia a la justicia sobre el orden.

Sin embargo, al igual que en el iuspositivismo y el estado legal de derecho, en el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo y el estado constitucional de derecho es muy importante que los integrantes del poder público, en especial la administración pública ejecutiva, cumpla con la ley que los restringe con el objeto de evitar las arbitrariedades y en cierta forma el despotismo. En relación con este asunto Ramón Capella ha indicado que “de un sistema en que la actuación gubernamental no pudiera ser examinada ante los tribunales, en que la inmunidad del poder ejecutivo fuera una realidad, no se podría decir que es un estado de derecho” (Capella, 2008, p. 193). Por lo que el valor orden no es descartado de las corrientes iusnaturalista y neoconstitucionalista, simplemente no le da esa posición preponderante que el iuspositivismo le otorga en todos los casos.

En relación con la certeza jurídica, esta es un ideal, que si bien es la finalidad utópica que se busca mediante el valor axiológico del orden que se hace prevalecer dentro de la concepción iuspositivista del derecho, es necesario resaltar el adjetivo utópico de este. Toda vez que, incluso, dentro de la concepción iuspositivista del derecho que utiliza de forma estricta la gramática y la lógica dentro de la exégesis o interpretación literal y rigorista de las normas jurídicas, no es posible eliminar el problema que todo texto normativo se encuentra redactado en lenguaje natural y todo lenguaje natural tiene los problemas inherentes e ineludibles de vaguedad, indeterminación y múltiples acepciones semánticas contextuales. Por lo que la mayoría de los textos pueden ser interpretados de formas distintas por personas distintas.

Además, la hipótesis jurídica de una norma jurídica hace referencia a hechos, actos y hechos en sentido estricto en realidad, que deben ser subsumidos o encuadrados dentro de esta, con el objeto de que dicha norma surta sus consecuencias o efectos jurídicos. Y estos hechos no tienen un método único de interpretación o apreciación, ya que eso depende de la cosmovisión, apreciación,



percepción, ética y el acervo cultural de cada persona. Razón por la cual nunca existirá la certeza jurídica en relación con un acto, ya que ni los textos normativos pueden ser interpretados de la misma manera por todas las personas ni siquiera a través de un método gramatical lógico rigorista ni mucho menos los actos. Lo más próximo a la certeza jurídica que es establecido dentro de la mayoría de los ordenamientos jurídicos es la figura de la cosa juzgada, que es la ficción jurídica por medio de la cual se establece cierta certeza jurídica en relación con la resolución de un conflicto o al establecimiento de la legalidad o no de un acto, o la constitucionalidad o no de un acto o una ley. Esta figura de la cosa juzgada se obtiene únicamente por la aplicación de la jurisdicción que es poder de administrar justicia por parte del Estado, en una concepción monista, y no pluralista del derecho. Ya que en una concepción pluralista del derecho, probablemente no exista esta figura jurídica que otorgue esta relativa certeza jurídica. Por lo que la cosa juzgada se obtiene únicamente por medio de resolución judicial que ya no pueda ser impugnada por ningún recurso legal y por ende, dicha decisión o interpretación con efectos jurídicos ya no puede ser revisada ni modificada. Y por ende, es firme y representa el principal baluarte y base de la seguridad o certeza jurídica y el valor del orden. Pero esta certeza jurídica se obtiene únicamente para el caso concreto objeto de proceso judicial y posterior resolución firme, ya que la certeza que produce esta resolución no produce de forma mecánica y automática la misma certeza jurídica para los demás casos similares. Ya que otro juez no está obligado a resolver de la misma manera y aunque existiera doctrina legal o jurisprudencia obligatoria para jueces menores como en el caso del derecho guatemalteco, los jueces superiores que la crean pueden apartarse de esta.

En conclusión, ante la inherente e ineludible subjetividad que siempre existirá en la interpretación de textos normativos y los hechos subsumibles a sus hipótesis jurídicas, la única interpretación con efectos jurídicos firmes y oficiales de las normas jurídicas son las que realizan los funcionarios públicos con obligación y facultad de decisión administrativa y judicial. Y la única forma de obtener certeza jurídica sobre un acto, decisión o resolución, dentro de una concepción iuspositivista y monista del derecho, es por medio de la cosa juzgada a través de una resolución



judicial firme. Por supuesto, esto será una seguridad jurídica únicamente con relación a un caso concreto, ya que la certeza jurídica u orden genérico, con el objeto de poder predecir cuál debe ser la conducta de las personas en todos los casos únicamente mediante los textos normativos positivos, o cual será la resolución de cualquier juez en cualquier caso concreto, nunca será absoluta o completamente objetiva. Ni siquiera, dentro de esta perspectiva indicada del derecho, debido a los problemas hermenéuticos planteados.

### **3.1.3. Sociología del derecho**

La postura filosófica jurídica de la sociología, es en realidad o al menos deviene de una teoría genérica de la sociología y el estudio de los fenómenos sociales. De esta manera, la sociología desde la perspectiva jurídica estudia y conceptualiza al derecho mismo como un fenómeno social. Se enfoca en todos aquellos fenómenos que determinan la creación de patrones de conducta, pautas de conducta obligatorias, costumbres, normas morales, normas jurídicas positivas, así como el efecto que estas provocan en la sociedad, su aceptación, rechazo, efectividad o ineffectividad. Estos fenómenos los aborda desde perspectivas sociales y económicas, políticas, culturales.

Es una filosofía jurídica que deviene del positivismo de Comte, ya que promueve la adquisición del conocimiento jurídico a través de métodos empíricos, a través de la percepción de objetos o hechos materiales objetivos, en este caso los fenómenos sociales, a diferencia del iuspositivismo que promueve el estudio del derecho a través del elemento pseudo objetivo que coloca en las normas y los textos normativos. Debido a esta concepción positivista de la sociología, esta corriente filosófica jurídica rechaza todo dogmatismo. De esta manera, critica tanto al iuspositivismo como al iusnaturalismo, ya que indica que ambos tienen fundamentos dogmáticos. El iusnaturalismo que se funda en el derecho natural y la búsqueda del valor justicia sobre cualquier otro, ambos dogmáticos sin sustento positivo o material fáctico que pueda ser contrastado en la realidad mediante los sentidos. Y el





iuspositivismo que se basa en las normas jurídicas que en realidad únicamente se refieren a entes ideales sobre cuál debe ser la conducta de las personas, así como en la búsqueda del valor orden sobre cualquier otro, ambos fundamentos y aspiraciones dogmáticas sin posibilidad de ser contrastados empíricamente en la realidad material y objetiva.

Como indica Soriano (1997, pp. 15-17), la sociología es una ciencia jurídica relativamente nueva, que se consolida como una revuelta contra el formalismo del siglo XIX. Revuelta contra el dogmatismo del iusnaturalismo y del iuspositivismo. Así, los juristas insatisfechos con el positivismo, abren su mente de la dogmática positivista al mundo de los factores sociales. De esta manera, Soriano, indica que gran parte del desarrollo de la sociología jurídica no deviene de los sociólogos generales, sino de juristas filósofos del derecho con estudios en sociología, o sociólogos que comenzaron como juristas.

Soriano (1997, pp. 29-30) argumenta que mediante la sociología del derecho, se realiza una adaptación de un racionalismo estricto, puramente deductivo y sin corroboración empírica de las ciencias jurídicas dogmáticas, a un racionalismo crítico que acepta observación, inducción y prueba que se refieren a métodos empíricos. Así, indica que esta apertura del dogmático positivista del derecho a la sociología del derecho se puede realizar desde dentro de la ciencia jurídica, desarrollando métodos interpretativos que pongan al intérprete en relación con la realidad social. Un método hermenéutico jurídico en el que se toma en cuenta la realidad y el contexto social del intérprete. Y también se puede realizar esta apertura descrita desde fuera de la ciencia jurídica, estableciendo nexos con la sociología del derecho y aplicarla al interpretar normas. Esta propuesta resume de una manera formidable el método hermenéutico sociológico.

Además, Soriano (1997, p. 31) indica que el auge de la sociología e incluso del iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo, deviene de algunos problemas que han supuesto un cierto grado de derrocamiento del positivismo. Entre estos problemas se encuentran las lagunas legales, que al no encontrar solución en la ley, se remiten a principios, costumbres y realidad. Otro, gran problema para el



iuspositivismo y sus fuentes estrictas del derecho, es la proliferación o existencia del pluralismo jurídico, que promulga y muestra la posibilidad diversas fuentes formales del derecho, por ejemplo, el derecho indígena en el caso de Guatemala. De esta manera contrasta, cómo históricamente algunas corrientes positivistas como la exégesis en Francia o la jurisprudencia de conceptos de la escuela dogmática alemana han sucumbido o dado paso a corrientes sociológicas antipositivistas y antiformalistas como la jurisprudencia de intereses en Francia o el movimiento del derecho libre en Alemania. Pero la sociología no deja de lado completamente al derecho positivo, ya que estudia también, este derecho positivo concreto, pero en cuanto a su conexión y relación recíproca con factores sociales. Así, la sociología estudia la influencia de factores sociales en el derecho y la incidencia de derecho en la sociedad.

Así como para el iuspositivismo la característica principal que se estudia en el derecho se refiere a su validez y para el iusnaturalismo es la justicia, para la postura filosófica de la sociología jurídica es la efectividad del derecho. Si el derecho es útil o efectivo para lograr los fines para los cuales se crea o estudia, entre estos los más comunes es la paz, la sobrevivencia humana, su integridad, la protección de sus bienes. Todos aquellos fines que intersubjetivamente se hayan consensuado como importantes para la sociedad o un grupo social determinado.

Otro rasgo importante de la sociología del derecho es que, a diferencia del iuspositivismo, no conceptualiza al derecho únicamente como un conjunto de normas jurídicas positivas. Este lo conceptualiza como un fenómeno social, un fenómeno de la cultura. Y sí, de este fenómeno devienen las normas jurídicas formales y positivas, pero también las normas morales intersubjetivamente consensuadas, la cultura, las teorías del derecho y todos aquellos fenómenos sociales, económicos y políticos que influyen y forman parte del derecho. No lo reduce a un conjunto de normas jurídicas positivas.

Así se puede observar, como una teoría más integral de derecho como la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale (Ramos, 2011, pp. 123-124) que propone el estudio desde distintas perspectivas, desde la perspectiva normativa



(norma), axiológica (valor) y sociológica (hechos y fenómenos), toma en cuenta la dimensión fáctica que muchas veces relegan las otras posturas principales de la filosofía del derecho. Por lo que, como se argumentó anteriormente, en el derecho se puede estudiar la validez jurídica con el iuspositivismo, la justicia jurídica con el iusnaturalismo y la eficacia jurídica con la sociología.

Desde una perspectiva procesal del derecho, la sociología jurídica analiza los fenómenos e interacciones que se dan entre los actores y las partes dentro del proceso judicial. Analiza la efectividad de estrategias forenses, patrones comunes de conducta de las partes y los actores, entre estos los jueces, los abogados, los testigos, los expertos. Analiza el fenómeno si los jueces resuelven siempre de la misma manera, si resuelven únicamente con base en las normas jurídicas positivas, o toman en cuenta los principios y su moral, si resuelven normalmente de forma independiente o si se observa que muchas veces sus resoluciones las realizan con base a presiones, ya sea mediáticas, laborales, económicas, amenazas violentas, etcétera. Analiza la postura de los abogados en la forma de defender a sus clientes en juicio, si interpretan imparcialmente el derecho y fieles a su honesto pensar, sin importar que esa versión afecte a su cliente o si por el contrario tienden a buscar la versión interpretativa que más favorezca a su cliente. Si utilizan cualquier medio procesal aunque sea inviable, siempre con el objeto de ejercer todos los recursos procesales en favor de su cliente. Analiza si los testigos pierden o ganan fuerza y contundencia probatoria con el tiempo en la mayoría de los juicios. La sociología busca analizar todos estos fenómenos procesales y así estudiar el derecho desde una perspectiva empírica, y no dogmática.

A pesar de ser una disciplina positivista, como se argumentó en el capítulo primero de este trabajo, el método de adquisición de conocimiento de la sociología se separa del positivismo cartesiano de las ciencias naturales y paradigma explicativo y adopta el paradigma comprensivo de las ciencias en su correspondiente de método de adquisición de conocimiento. Se basa en análisis integral de los fenómenos en el que el investigador reconoce ser parte del objeto estudiado, la sociedad y la cultura, ya que el investigador pertenece a esta



experiencia cultural y jurídica. También, reconoce que el estudio de las ciencias culturales y sociales no brindará respuestas categóricas y absolutas, sino por el contrario, solo probabilidades sin certeza absoluta. Pero, se debe reconocer que la sociología, en realidad utiliza ambos métodos, no solo el cualitativo (teórico racional), sino también el cuantitativo (empírico comprobable), por ejemplo, con la utilización de la estadística.

Además, de conformidad con la sociología del derecho, las normas de todo sistema jurídico reflejan los valores y aspiraciones morales de la sociedad o de los grupos de poder que influyen de alguna manera en la creación de las normas jurídicas. Aunque, no reflejan solo sus valores o aspiraciones morales, sino que también sus aspiraciones, intereses y deseos personales o grupales que no necesariamente coinciden con su propia moral o la del consenso de la moral de la comunidad.

Para el estudio sociológico, la perspectiva histórica del derecho y de la sociedad es crucial. Únicamente se pueden comprender los fenómenos si los relativizamos en su contexto histórico, tanto historia de acontecimientos como de las ideas y filosofías.

La sociología del derecho no estudia únicamente los problemas teóricos, sino aborda problemas concretos de la realidad social, mediante métodos empíricos, aunados a los racionales. Problemas o situaciones en donde ocurre un desfase o incongruencia entre la legalidad y la legitimidad social. Resultados que muchas veces dirige hacia una reforma legislativa. Ya que la normativa debe responder a la voluntad o conciencia social predominante. La eficacia de las normas se puede medir por el grado de aceptación de estas por parte de sus destinatarios, por el grado de coactividad de la que estén provistas estas, o, incluso, por el grado de cambio social deseado que logren.

De conformidad con Soriano (1997, pp. 44-45), algunos de los problemas fácticos que pueden afectar eficacia de la norma son las siguientes:



- La existencia de lagunas legales, que es probablemente algo inevitable;
- Contradicciones de normas, en especial si contradice una norma superior;
- Normas ambiguas, o con conceptos y contenidos ambiguos que deben ser determinados subjetivamente por los actores o jurisprudencia. Por ejemplo, la referencia a principios o usos sociales,
- Normas fuera de su tiempo, que no responden a problemas actuales, por lo que han quedado en desuso,
- Normas que no son congruentes con la ética o axiología social. Esto provoca que sean ilegítimas a pesar de ser válidas y positivas,
- Normas desconocidas por el público en general.

Como se indicó anteriormente, esta corriente filosófica jurídica surge como un intento de desdogmatización del derecho, que promueven juristas críticos en el contexto social. Entre sus variantes o subposturas afines se encuentra la Sociología de Francia, la jurisprudencia de intereses, el movimiento de derecho libre en Alemania y el realismo jurídico norteamericano y escandinavo que se abordarán a continuación.

### **3.1.3.1. Jurisprudencia de intereses**

Surge como tesis contraria a la jurisprudencia de conceptos. Es una reacción en contra del positivismo jurídico, de la escuela exegética y del análisis exclusivamente lógico y conceptual del derecho.

En esta corriente, Rudolph von Ihering y Philipp Heck intentan apartarse del análisis exclusivamente lógico y así, procuran sociologizar al derecho y le otorga una perspectiva historicista. Este deja de considerarse como una razón intemporal y ahistórica para conceptualizarse como una respuesta histórica y contingente a problemas cambiantes. De esta manera, afirma que la interpretación no es una labor científica de descubrimiento de conceptos universalmente válidos, expresión de una razón jurídica intemporal, sino que es la búsqueda del sentido de mandatos



históricos que persigue solucionar de la mejor manera problemas actuales que se generan en las relaciones sociales. (García, 2004, p. 45)

Así toda norma tiene el fin de resolver un problema histórico, que consiste en un conflicto de intereses. Al momento que se crea la norma, el legislador le otorga preferencia a uno de esos intereses sociales contrapuestos sobre el otro. Por lo que en esta corriente sociológica, la interpretación no se refiere a la extracción lógica formal del contenido lingüístico y conceptual de las normas jurídicas, sino por el contrario, se refiere a buscar el fin para la cual fue creada, hallar cual fue el interés al que el legislador otorgó preferencia en un conflicto de intereses sociales determinados. Una jurisprudencia de intereses.

Villegas Lara, citando a Legas y Lacambra, manifiesta que en esta corriente sociológica:

El derecho no es un conjunto de imperativos formulados abstractamente o un sistema de proposiciones que ligan un cierto efecto jurídico a una determinada condición de hecho, sino que es esencialmente un conjunto de juicios de valor o, más exactamente, de valoración de intereses que el legislador expresa en forma coactiva. De ahí que el juez no debe limitarse a la simple interpretación lógica (jurisprudencia conceptual), sino que le compete penetrar en la intención del legislador y aplicar la ley sobre la base de este examen de intereses que el legislador protege y limita. (2017, p. 262).

Esta postura filosófica jurídica privilegia la utilización de un método teleológico subjetivo de interpretación.

### **3.1.3.2. Escuela del derecho libre**

Como parte del movimiento revolucionista sociológico en contra del logicismo y la dogmática del iuspositivismo, en Alemania surge el movimiento libre del derecho. Esta corriente al igual que la sociología jurídica, resalta y se fundamenta



en uno de los problemas fácticos que afecta la eficacia de las normas jurídicas: la existencia de lagunas de ley.

Esta corriente forma sus bases teóricas en el pensamiento de François Geny, que propugna cuatro aspectos relevantes del derecho: “la ficción de la plenitud de los códigos, la colmación de las lagunas del derecho legal por los jueces, la existencia de fuentes del derecho en la propia sociedad y la conveniencia del uso de un método experimental inductivo” (Soriano, 1997, p. 122), y no deductivo como propugna tanto el positivismo como el iusnaturalismo.

Villegas Lara agrega que los postulados principales de la escuela del derecho libre son:

- a) Toda sentencia es una decisión de voluntad valorativa en un conflicto de intereses.
- b) El derecho tiene lagunas que no pueden ser subsanadas con los simples procedimientos lógico-constructivos.
- c) Ante la existencia de lagunas, el juez debe colmarlas mediante una decisión libre y responsable, creando un derecho que no procede de la ley que crea el Estado, sino de la sentencia del juez; este es el derecho libre. (2017, p. 263).

En esta corriente, Eugen Ehrlich “proclama la necesidad de una libre investigación del derecho, fuera del contexto del derecho legal” ya que indica que “la vida del derecho es más amplia y rica que la que se desprende del derecho del Estado o derecho legal”. Ehrlich manifiesta que “concretar el derecho en el derecho legal es como pretender, en palabras de Ihering, encerrar las aguas de un río en un estanque”. De esta manera, denomina este derecho de la sociedad como “derecho vivo”, porque deviene de la vida misma, aunque este no esté positivado en normas legales. Así, indica que las fuentes del derecho se encuentran en “la directa observación de la vida, del comercio, de las costumbres y usos y de todas las asociaciones, no solo las reconocidas por el derecho, sino las ignoradas e incluso desaprobadas”. (Soriano, 1997, pp. 123-124).

Ehrlich manifiesta que:



Junto a este derecho vivo o derecho de la sociedad está el derecho de los jueces y de los juristas basado en normas de decisión, que tienen por objeto resolver los conflictos, atender a las lagunas e integrar a los grupos. Finalmente, el derecho del Estado, que no es, sino el conjunto de normas que se imponen por la fuerza y que aparece cuando la intensidad del conflicto de intereses hace inevitable la intervención estatal. Estos derechos se ordenan jerárquicamente, siendo el derecho social prevalente respecto al derecho estatal, ya que el Estado es un grupo último y dependiente de la voluntad de la sociedad. (Soriano, 1997, p. 124).

### **3.1.3.3. Realismo jurídico**

El realismo jurídico es una concepción del derecho desde la perspectiva sociológica, en el que se resalta la importancia de la función judicial con relación a la creación o confirmación del derecho existente.

Algunas posturas extremas del realismo jurídico niegan la existencia de las normas y el derecho antes de una resolución judicial. Pero existen otras posturas más moderadas que establecen que el derecho sí existe previamente a una decisión judicial, ya sea derecho conformado por normas jurídicas dictadas de manera formal o que se crean en las relaciones sociales, normas morales o principios. Que si bien con una decisión judicial, en el caso de normas no dictadas de manera formal, toman mayor relevancia y se afianzan más en cuanto a su existencia, o en el caso de normas jurídicas positivas formales, afianzan su efectividad, sí existen previamente y pueden ser cumplidas de forma espontánea sin necesidad que sean coercidas por alguna entidad o persona como el juez.

El realismo jurídico, al igual que el movimiento de derecho libre alemán, reconoce el derecho vivo, aquel distinto a las normas jurídicas positivas formales. Aquellas normas jurídicas y morales que se consensuan en cierta forma dentro de la sociedad, entre sus miembros. Esas normas legítimas que se cumplen





continuamente de forma espontánea y que se consideran obligatorias por sus miembros, aunque no estén positivadas o formalizadas, las cuales en cierta forma son derecho consuetudinario. Esos principios o valores morales en los que basan su conducta y consideran en cierta forma consensuada como relevantes. Esta concepción de realismo jurídico que reconoce este derecho no escrito y el formal que se crea en la sociedad y en sus consensos, o aquel previamente reconocido mediante resoluciones precedentes de otros jueces, es la concepción de realismo jurídico moderado.

Según Alf Ross la ciencia del derecho debe predecir qué normas o directivas van a ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias. Esta concepción moderada del realismo jurídico indica que sí existen las normas jurídicas, pero que la existencia de estas debe ser empíricamente verificables, no tanto su validez y formalidad positivada, sino su existencia y posibilidad de que sean aplicadas por los jueces (Nino, 2003, p. 49).

El realismo jurídico tiene dos vertientes principales: el realismo norteamericano y el escandinavo.

### **3.1.3.3.1. Realismo jurídico norteamericano**

El realismo norteamericano tiene grandes pensadores como Roscoe Pound, Jerome Frank y Wendell Holmes. El realismo jurídico norteamericano se centra en el estudio del derecho en la predicción de las actitudes del juez. Es una concepción pragmática del derecho.

Esta vertiente del realismo se enfoca únicamente en la aplicación práctica del derecho, y no procura elaborar una base teórica conceptual del derecho. Esta situación es comprensible si se analiza el contexto jurídico e histórico del lugar donde se desarrolla: Estados Unidos de América. Este es un país con tradición jurídica del *common law*, por lo que la fuente principal de derecho es la



jurisprudencia. Este análisis sirve para entender la importancia que le otorgan al análisis pragmático de la predicción de las decisiones judiciales.

Soriano (1997, pp. 126-127), citando a Llewellyn, indica que los principales elementos comunes que describen esta filosofía o conceptualización práctica del derecho son los siguientes:

- 1) la concepción del derecho como derecho que fluye y está en permanente movimiento y que es sobre todo una creación de los jueces; 2) la concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no un fin en sí mismo (en lo que el autor recoge una tradición que desarrolla el mensaje de Roscoe Pound); 3) la concepción de la sociedad también en movimiento, siendo este aún más rápido que el del derecho; 4) la separación entre el ser y el deber ser en la investigación del derecho, que debe centrarse en el primer aspecto, sin entrar en valoraciones, las cuales pueden tan solo marcar los objetivos de la investigación; 5) el rechazo de los conceptos jurídicos de la ciencia jurídica tradicional, porque estos no sirven para describir lo que hacen la gente y los tribunales; 6) el escepticismo sobre la influencia de las normas en las decisiones judiciales; 7) la conveniencia del agrupamiento de los supuestos y situaciones legales en categorías limitadas; 8) la necesidad de fijarse en la eficacia y efectos del derecho y 9) el estudio de todos los problemas del derecho desde el programa anteriormente desarrollado.

### **3.1.3.3.2. Realismo jurídico escandinavo**

El realismo jurídico escandinavo no es exclusivamente pragmático como el norteamericano, ya que, a diferencia de este último, analiza el concepto de derecho desde una perspectiva abstracta y teórica. No se dedica únicamente a la reflexión del derecho en la práctica. Critica los conceptos tradicionales dogmáticos del derecho, aunque reconoce que pueden presentar alguna utilidad para la comprensión y sistematización del conocimiento sobre el derecho.



Desde esta perspectiva escandinava del realismo jurídico “la validez del derecho; es decir, su existencia como tal, dependerá de la interdependencia de la norma (enunciado) y de su observancia social al ser considerada vinculante por sus destinatarios” (Soriano, 1997, p. 127). Este es uno de los problemas más importantes al momento de conceptualizar el derecho, la consideración, determinación o justificación de la obligatoriedad de este. De esta manera, para esta corriente filosófica jurídica la validez del derecho no la otorga su correlación con la justicia como lo hace el iusnaturalismo, o su efectiva correlación con las formalidades de creación como lo hace el iuspositivismo, sino depende de su efectiva práctica en la sociedad, de su efectiva legitimidad social.

Como lo indica Alf Ross, mediante esta posición sociológica, se trata de vincular la relación entre la validez conceptual y sociológica de las reglas o normas. Indica que las normas deben tener una real efectividad práctica para que tengan validez, este es un extremo que se puede verificar de forma externa y empírica. Pero también indica que una parte relevante de su validez es que las normas deben ser sentidas internamente por el sujeto como obligatorias y vinculantes y este es el aspecto conceptual del derecho. De esta manera, procura acercar a la norma y al fenómeno, como elementos relevantes del derecho.

Esta relación entre fenómeno y regla la ejemplifica con la analogía del juego de ajedrez. Indica que para poder jugarlo es necesario que los jugadores lleven a la práctica las reglas de juego, pero además de este fenómeno social, es necesario que las reglas en sí mismas sean consideradas como válidas y obligatorias por el jugador. De lo contrario no sería posible jugar al ajedrez. (Soriano, 1997, p. 128)

#### **3.1.3.4. Iusculturalismo, una visión cultural del derecho**

Como, se ha indicado en esta investigación, la conceptualización del derecho tiene repercusiones filosóficas, teóricas y prácticas en la hermenéutica jurídica. De esta forma se pretende resaltar, como ya se ha realizado, que el conflicto entre



postulados filosóficos jurídicos no se limita únicamente en la discusión entre iuspositivismo e iusnaturalismo, sino también tiene gran influencia la conceptualización del derecho desde posturas filosóficas como la sociología del derecho. Así, se aborda el iusculturalismo, el cual no tiene solo relación con la postura filosófica de la sociología del derecho, sino también, con la discusión que se analizó en torno a la naturaleza del derecho como ciencia o como cultura.

Desde la perspectiva de la teoría del derecho como ciencia de la cultura, el derecho y la constitución no es una norma, límite o racionalización exaltada, sino un fenómeno o proceso cultural. El derecho está conformado por las aspiraciones de una sociedad en un determinado lugar y época. El arquetipo del estado constitucional se extrae de los elementos esenciales comunes de las culturas constitucionales democráticas (González, 2012, p. 181).

Acepta la existencia de una verdad plural en la que cada ser humano tiene su propia verdad, se basa en el respeto a la dignidad humana de cada individuo y en una verdad relativa (González, 2012, p. 167). No acepta la verdad absoluta, ya que esto implicaría un estancamiento científico, ya que la curiosidad y esfuerzo científico siempre se encaminará hacia la búsqueda de la verdad, aunque esta sea inalcanzable.

Peter Häberle (1997, p. 184) como exponente de esta teoría del iusculturalismo, propone la búsqueda de la verdad desde el pluralismo y las libertades fundamentales que contemplan a la vez los derechos culturales básicos. Busca la verdad por consenso, lo que se conoce también en sociología como el consenso del discurso, que llega a ser la información más objetiva con la que cuenta una sociedad y es el producto del consenso de la percepción de las personas en relación con determinado objeto o fenómeno. Mediante la teoría de la coherencia, propone que una aseveración es verdadera si forma parte de un sistema de aseveraciones independientes y libres de contradicción. Asimismo, mediante la teoría del consenso indica que la verdad es la aceptación de una afirmación por parte de los integrantes de una comunidad dentro de una comunicación libre y universal. Häberle propone una invitación abierta, en la que todas las propuestas



sean escuchadas y que de esta manera, mediante el debate se arribe a una verdad colectiva aceptada. Esto provoca una concepción democratizada de la verdad. Esta verdad colectiva aceptada o consensuada es cambiante, por lo que es contraria al dogmatismo propio de sociedades e intelectos cerrados que no aceptan ideas o verdades distintas a las que ellos conciben, imponen o les son impuestas, que no aceptan la racionalidad crítica (González, 2012, p. 169-171).

Indica Habërle que el principal objetivo del estado y del derecho es garantizar las libertades culturales de la humanidad, por ende, se debe entender el derecho como cultura y a la rama del conocimiento que la estudia como ciencia de la cultura. De esta manera, indica que la sociedad abierta es un rechazo a todo sistema totalitario y de imposición dogmática y desde esta perspectiva de sociedad abierta se afirma que la interpretación constitucional y de la ley es “dependiente, material y personalmente, de lo cultural, y no primariamente de lo jurídico” (Habërle, 2002, p. 36). Por lo que los intérpretes de la constitución y del derecho no deben ser únicamente los tribunales constitucionales, quienes tiene la interpretación final, sino todos los entes estatales y ciudadanos dentro de una sociedad abierta quienes realiza una interpretación previa.

De esta manera, el tribunal constitucional más que formar teorías jurídico constitucionales tiene la función de conciliar teorías surgidas dentro de la sociedad diversa, con pluralidad de concepciones filosóficas y epistemológicos, con una pluralidad de costumbres, cultura y tradición. Así, dentro de esta teoría se afirma que las concepciones e interpretaciones de todos los intérpretes constitucionales en el sentido extenso descrito, que incluye a todos los entes y funcionarios estatales incluyendo al tribunal constitucional, así como los mismos ciudadanos, es lo que da la interpretación constitucional una legitimidad democrática (González, 2012, p. 176).

Häberle, además, indica:

Que la teoría de la interpretación constitucional tradicional ha sobreestimado la importancia del texto constitucional (exégesis gramatical) y descuidado el



contexto cultural, sobre todo si se toma en cuenta que el contenido de los textos constitucionales (como el de todos los textos) es el contexto cultural en última instancia. (González, 2012, p. 177).

Para Peter Häberle el derecho es una “suma parcial de filosofías políticas, textos de los clásicos, programas de partidos, saber derivado de la experiencia, incluso de las heridas de numerosas generaciones, así como de utopías concretas y procesos revolucionarios y evolutivos” (González, 2012, p. 177). Por lo que es un elemento aglutinante de diversos factores sociales, políticos, económicos, dogmáticos, científicos, morales y religiosos, tanto contemporáneos como históricos.

Indica Häberle, que el derecho es cultura. Y una parte importante de la cultura está formada por las doctrinas, teorías y, en general, por la historia del pensamiento que está ligada a la historia de los acontecimientos y fenómenos. Así, afirma que dentro estas doctrinas e historia del pensamiento se encuentran los textos de los clásicos. Por textos de los clásicos se refiere a aquellas “obras de alta calidad en cuanto a aportaciones” e incluso inauguran paradigmas, “obras con amplio consenso en el tiempo y el espacio”. Pueden ser textos constitucionales, jurisprudenciales, doctrinarios, jurídicos o no, incluso artísticos. Por ejemplo, el Virginia Bill of Rights, Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o libros escritos por Aristóteles, Marx, Kelsen, Kant, Popper, Dworkin, Recasens, etcétera. Además, los artistas tienen una gran aportación, generalmente, la poesía es una crítica a los modelos sociales (González, 2012, p. 178).

Mucha de la interpretación constitucional e interpretación del derecho en general mediante la argumentación se hace con base o se justifica en estos textos emblemáticos de los clásicos, ya que estos actúan como contexto referencial escrito en relación con un texto normativo o constitucional. Los textos normativos se sirven de las experiencias y culturas integradas a textos constitucionales anteriores o de otros estados. Comparar textos constitucionales o incluso legislativos, equivale a comparar las culturas de cada sociedad que los crea.



Al comparar el derecho y los textos constitucionales, se buscan aislar elementos coincidentes, paralelos o similares para detectar tendencias y razones comunes, eliminando particularidades, con el objeto de determinar o consensuar el concepto de derecho y los elementos que conforman el tipo de un estado constitucional. De esta manera, el derecho comparado se convierte en un instrumento útil para la teoría jurídica, la política constitucional y como una forma de legitimación de la actividad jurisdiccional interpretativa.

El listado típico de elementos del estado constitucional, para Häberle son:

La dignidad humana como premisa, la garantía de los derechos humanos fundamentales, el principio de igualdad, la democracia efectiva, el principio del pluralismo, el principio de la tolerancia, el principio de la soberanía popular, el principio de laicidad o neutralidad del estado, la constitución como contrato, el principio de la división de poderes, el federalismo o regionalismo, los principios del estado de derecho, del estado social y del estado cultural, la independencia de la jurisdicción, la pluralidad de partidos, la protección de minorías, el principio de desarrollo sustentable ecológicamente, la jurisdicción constitucional, la supremacía constitucional, la vigilancia ciudadana de los derechos humanos, la economía social de mercado, la protección del medio ambiente, la protección de las culturas autóctonas, órganos defensores del pueblo, la constitución escrita. (González, 2012, p. 183).

Para Häberle y su teoría sociológica del iusculturalismo, el derecho es cultura y esta, al igual que el derecho y las normas jurídicas, es creada por el ser humano. La cultura es una cosmovisión compartida, es un consenso de las aspiraciones, valoraciones, tradiciones, pautas de conducta socialmente aceptadas, ética de un grupo social determinado. Además, indica que para que exista una sociedad, un grupo humano “debe compartir al menos algunos rasgos culturales fundamentales, siendo admisible una gran diversidad en cuanto a las particularidades”, lo que sustenta en una “unidad de la diversidad” (González, 2012, p. 186).



Para Habërle, la dignidad humana es el elemento principal sobre el que se construye el Estado y por ende el derecho, es el conjunto de derechos y valores fundamentales, que provienen del ser humano por la razón de su propia humanidad. Por lo tanto, el estado es creado por y para el ser humano, debido a que la dignidad humana es anterior al Estado e incluso anterior al pueblo. Este reconocimiento de la dignidad humana es la base de los derechos humanos, expresión máxima racional del iusnaturalismo. Debido a la importancia de la dignidad humana en la teoría de Häberle, llega a afirmar que todo proceso social, entre estos la creación, reforma e interpretación del derecho, “tiene como objeto la protección de la persona, especialmente en su parte nuclear, la dignidad” (González, 2012, p. 189).

Esta concepción sociológica del derecho afirma que los tres elementos clásicos del estado son determinados por la cultura. “El territorio del estado es un espacio culturalmente formado”. El poder del estado, “su fundamento y límites se establecen por un producto normativo cultural”. Y “el pueblo es la suma de la dignidad de todos los miembros, entendida como identidad cultural” (González, 2012, pp. 190-191).

La postura sociológica en torno al derecho se resalta en Habërle en el sentido que indica que la cultura y por ende el Estado, es un producto del consenso social. El lenguaje, la ética, las costumbres, el derecho, todos son un producto cultural del consenso social, que se pueden estudiar y determinar en forma empírica mediante la observación, descripción y categorización de los hechos sociales en los que se reflejan. Incluso indica que la verdad no es absoluta, ya que es un producto del consenso social. Lucha contra todo tipo de imposiciones dogmáticas que se consideren así mismas como incuestionables por ser la verdad absoluta. Establece que ni siquiera en las ciencias exactas existe la verdad absoluta, mucho menos en las ciencias culturales e ideales, ya que la verdad es el consenso del conjunto de ideas dispersas que existen en la sociedad y siempre están abiertas a ser criticadas y cuestionadas. Es una cierta forma de democratización de la verdad, de la cultura, de la ética, de las pautas de validez de valoración de lo bueno y lo malo, por lo que



fundamenta el concepto de derecho desde un punto de vista sociológico y democratizador.



### 3.1.4. Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que coloca como elemento principal y prisma de toda interpretación a la constitución. A la constitución como norma fundamental, compuesta no únicamente por reglas, sino también y más importante aún, por principios. De alguna manera se puede considerar como una teoría ecléctica o relativamente conciliadora entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Aunque en el fondo, esta teoría, le otorga prioridad a la postura iusnaturalista, ya que afirma la prevalencia de los principios sobre las reglas. Indica que los principios son los que fundamentan, en realidad, al derecho y a la Constitución. Ya sean principios positivados y explícitos o los que se encuentren implícitos en las normas jurídicas y la constitución.

Así actualmente, el punto de vista iuspositivista ha sido superado o al menos de una forma ha sufrido un acercamiento al iusnaturalismo dentro de sus propios términos y condiciones positivistas. Pero que en realidad consisten en una clara ponderación superior semiexplícita de los ideales iusnaturalistas, se trata del neoconstitucionalismo. Se afirma que prepondera los postulados iusnaturalistas de forma semiexplícita o encubierta, ya que promueve la supremacía de los valores o pautas axiológicas o fines supremos sociales colocándoles un envoltorio o disfraz normativo positivo: normas jurídicas (y políticas) constitucionales.

Por ejemplo, el caso de Guatemala, es incluso más obvia la preponderancia axiológica que presenta el neoconstitucionalismo si se analizan todos los postulados de derecho natural que contiene la Constitución Política de la República de Guatemala, especialmente el contenido en el artículo 44 por medio del cual se incluyen y de esta manera se procura positivar, todos aquellos inherentes a la persona humana aunque no figuren expresamente en la Constitución. Con esto se

garantiza y constitucionaliza (por ende positiviza) cualquier derecho humano que exista, lo cuales son por excelencia el concepto de derechos naturales.



Como se indicó anteriormente, existen diversas evidencias de la aplicación del derecho natural en la Constitución Política de la República de Guatemala. Por ejemplo, encontramos el Preámbulo, se invoca a Dios reconociendo la influencia de un ser superior en su creación, se afirma la primacía del ser humano y la búsqueda de los valores espirituales y morales de la sociedad como la seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz y, además pretenden impulsar la plena vigencia de los derechos humanos. Lo cual denota la clara preponderancia iusnaturalista en la norma positiva constitucional. Tanto una influencia del derecho natural que se basa en la divinidad, al invocar a Dios, como el que se basa en la razón. El artículo 1 establece que el fin supremo del Estado es el bien común. El artículo 2 establece que el Estado debe garantizar la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Todo el título II de la Constitución Política de la República está influenciado por el derecho natural ya que se refiere a la protección de los derechos humanos, en especial el capítulo I relativo a los derechos de carácter individual. Entre estos últimos encontramos el artículo 3: derecho a la vida, artículo 4: libertad e igualdad, artículo 5: principio de legalidad y libertad, toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, artículo 12, derecho de defensa, justicia y debido proceso, artículo 35: libertad de emisión del pensamiento, artículo 44: derechos inherentes a la persona humana y el interés social prevalece sobre el interés particular y el artículo 45: legitimidad de resistencia del pueblo para la protección y defensa de sus derechos (naturales) consignados en la Constitución.

Así, se puede indicar que el neoconstitucionalismo integra fundamentos del iuspositivismo y del realismo jurídico, pero les otorga especial énfasis y superioridad a los fundamentos del iusnaturalismo firmemente arraigados en la Constitución Política de la República.



El neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen hacer distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales. (Gil, 2011, p. 43).

Integra fundamentos del iuspositivismo al reconocer, como lo hace Kelsen, la primacía jerárquica de la ley superior, la primacía jerárquica de la Constitución sobre toda ley ordinaria, reglamentaria o individualizada. Establece que la Constitución es la fuente de validez y la norma condicionante de todas las normas inferiores del sistema jurídico, que estas últimas se crean y desarrollan en función de la primera. Por lo que toda norma que contraríe o sea antagónica a la norma superior por la cual se crea será inválida debido a que esta norma superior es su fuente de validez, planteado en otras palabras, su razón principal de existir.

Además, por medio del constitucionalismo se positivizan las garantías y derechos del ser humano, que son la máxima expresión del derecho natural, los derechos inherentes al ser humano, así como los principios que sustentan este derecho natural. Entendiendo los principios como aquellas pautas axiológicas que aspira el ser humano a través de su razón y cosmovisión.

El neoconstitucionalismo pregona la supremacía de la constitución como norma positiva, pero no se queda únicamente en esta concepción positivista, ya que ahonda en que esta es suprema como norma positiva, no por un deber axiológico o dogmático del cumplimiento de la ley o porque la constitución tiene su fundamento de validez en una hipótesis lógica necesaria, sino que es suprema debido que deviene de un proceso constitucional, movimiento o pacto social moderno en el cual dentro de las constituciones de todo el mundo se inició a consagrar todos aquellos derechos fundamentales e inherentes al ser humano como la justicia, la paz, la seguridad, el orden, la libertad etcétera. Entonces, esta norma fundamental, la constitución debe cumplirse, porque se fundamenta en este fenómeno consensual constitucionalista casi globalizado y debido a que respeta esos principios axiológicos que devienen de la razón, estos principios supremos que son

universales y absolutos y son un producto deontológico, como el imperativo categórico kantiano.



Como se argumentó, el investigador no comparte el criterio de la necesidad y validez universal de los principios axiológicos, debido a que se contempla desde un punto de vista sociológico, y no dogmático. En este sentido, se considera a los principios, más que como algo de contenido absoluto y universalmente válido, como un consenso intersubjetivo de lo que se considera bueno, útil y deseable. Los principios axiológicos son la percepción de este consenso intersubjetivo que se ha desarrollado en la sociedad y de los fenómenos sociales históricos. Por ejemplo, los derechos humanos, que son los derechos que toda persona tiene inherentes por el simple hecho de ser humanos, aunque no estén positivados. No es una concepción dogmática válida en toda época y sociedad, ya que se puede observar cómo algunos grupos humanos y por ende racionales, han legitimado sociedades esclavistas que han vedado la libertad del ser humano, que con la teoría dogmática de los derechos humanos es un derecho inherente al mismo y por ende universalmente válido. También, se puede observar como argumento del consenso contrario a la universalidad, el ejemplo del pacto internacional de derechos civiles y políticos y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Derechos que son considerados universales e inherentes al ser humano, en realidad resultan del consenso al que llegaron un grupo de naciones, después de la segunda guerra mundial, con el objeto de evitar nuevamente las atrocidades ocurridas en esa época. De hecho, había dos posturas contrarias, una que aceptaba los derechos civiles y políticos individuales, que se basaba en la ideología política y económica individualista y capitalista y que no aceptaba por ende, los derechos sociales y culturales. Y otra postura que aceptaba los derechos económicos, sociales y culturales, que partía de la ideología política y económica colectiva y socialista, y no estaba de acuerdo con un pacto de derechos individuales, civiles y políticos. De esta manera, se puede observar cómo estos derechos humanos, en teoría universales, son en realidad producto de un consenso entre los habitantes de las naciones del mundo e incluso producto de un consenso entre dos posturas disidentes (naciones de ideología individualistas y socialistas), que arriban a un consenso con el objeto



de proteger los elementos y valores que consideran relevantes, como la vida, la dignidad, la integridad del ser humano y su posibilidad de desarrollarse social, económica, pacífica y políticamente, entre otros. Deviene así, de una serie de fenómenos, actitudes y consensos más que de una postura dogmática universalmente válida.

Además, se considera que los valores, principios y pautas axiológicas no pueden ser universalmente válidos cuando existen problemas en cuanto a cómo indicar su contenido, establecer el alcance de estos principios axiológicos, qué es justo y qué no lo es. Cómo lo cita el doctor González Dubón, en el caso siguiente: si hay tres niños que están por ahogarse en una piscina, dos más cerca y uno más alejado y únicamente hay un adulto que los puede salvar. Si el adulto salva a los dos niños más cercanos, el niño más alejado se ahogará. Por el otro lado, si salva al niño más alejado, los dos niños más cercanos se ahogarán. Qué es lo justo en este caso. Algunos dirán salvar a los dos niños más cercanos, lo que consistirá una ética utilitarista justificada ya que esta consiste en que lo justo es lo que produce mayores beneficios a la mayoría. Que sucede si se le agrega la variable que el niño más lejano es el hijo del adulto que los puede salvar. Seguiría siendo lo justo, desde la perspectiva de este adulto, salvar a los dos niños más cercanos y dejar morir a su hijo. O si este adulto no fuera el padre, sino que el padre del niño alejado fuera "Juan". Es que Juan siempre consideraría como lo justo que se salven a los dos niños cercanos, y no al niño alejado que es su hijo. Este es un ejemplo de las paradojas relativas que suscitan el establecimiento del contenido de los valores y principios morales. Este tema axiológico ya fue abordado con más profundidad en el desarrollo del iusnaturalismo.

El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica actualmente bastante aceptada, especialmente en Latinoamérica. Surge con el impulso de la búsqueda de un estado constitucional de derecho contrario a un estado de derecho que únicamente se centra en las normas jurídicas y su cumplimiento. Es producto de este movimiento constitucional que promueve la inclusión, dentro de la constitución, de sistemas de gobierno democráticos, libertades, derechos humanos, pero no



únicamente los individuales, sino también, los colectivos como los sociales, culturales, económicos y políticos. Es de alguna forma, una defensa actual del iusnaturalismo desde distintos matices, especialmente utilizando a la constitución como principal fundamento, para que esta defensa o renovación tenga, también, una base positivista. Se puede argumentar también, que esta corriente jurídica, al igual que la sociología del derecho, surge como un movimiento social de deslegitimación del positivismo predominante del siglo XIX y en la actualidad en algunos Estados.

Para esta postura el criterio principal de validez del derecho es la justicia, al igual que el iusnaturalismo. Pero también, como en el iuspositivismo, toma en cuenta como criterio de validez, sin otorgarle prioridad, el que haya sido creado con los formalismos establecidos por su fuente de validez (norma superior) y que tenga una validez material en el sentido de no contradecir las normas establecidas por la constitución.

Como se indicó, si bien el neoconstitucionalismo utiliza conceptos del positivismo, a diferencia de este, no analiza e interpreta únicamente de forma fría y pseudológica los textos normativos, sino por otro lado le da preeminencia normativa a los principios y valores o pautas axiológicas. Como ya se indicó, con el constitucionalismo se positivizan los valores primarios de la cosmovisión y cultura del ser humano y de la sociedad, se positivizan principios y bases del derecho natural. El problema surge en cómo garantizar la efectividad constitucional, cómo hacer real su contenido en la aplicación judicial.

Con el neoconstitucionalismo se pretende superar el legicentrismo y el formalismo interpretativo para arribar a una superioridad de la constitución, no solo como normas jurídicas, sino desde su perspectiva axiológica. Y es de esta manera como esta postura filosófica del derecho sostiene que las normas y principios constitucionales constituyen un puente entre el derecho, la moral y la ética (Dworkin, 1988, p. 78). Un puente insoslayable que cimienta la consecución de los fines del derecho, los fines para los cuales fue creado, la realización de aquellos valores o pautas axiológicas fundamentales del ser humano y la sociedad.



Establece a la constitución como el fundamento de todo el sistema jurídico, así como el fundamento de todo análisis e interpretación jurídica los cuales deben realizarse a la luz de la constitución y sus principios.

Desde el punto de vista del neoconstitucionalismo, el derecho, su aplicación e interpretación no es legacentrista o estatalista, sino humanocentrista o *prohomine*. Perspectiva en la cual, coloca al ser humano y su protección ontológica, biológica, física y psicológica como el centro de toda interpretación jurídica, así como la protección de sus necesidades o aspiraciones espirituales o deontológicas.

El neoconstitucionalismo acepta la existencia de pluralidad de sistemas jurídicos, la pluralidad de costumbres e incluso la pluralidad de valores o pautas axiológicas. Ya que una de las ramificaciones principales de los valores y principios son aquellos principios primarios socioculturales que provienen y forman la cosmovisión personal y social. Lo cual explica estos conflictos o contraposición de valores o pautas axiológicas que puedan existir dentro de una misma sociedad, especialmente, en una sociedad multicultural como Guatemala. Dentro de esta aceptación de valores contrapuestos, se hace necesario una modalidad de interpretación distinta a la rigurosa lógica positivista y el método de subsunción. Se utiliza la modalidad interpretativa de ponderación.

Por medio de la ponderación, como se indicó ya en el capítulo segundo, se analiza la proporcionalidad y racionalidad de aplicar un principio o hacer prevalecer un derecho sobre otro principio o derecho que se encuentra en conflicto en un caso concreto determinado, dejando de aplicar el segundo en favor del primero. No se limita al método interpretativo gramatical, o análisis lógico del lenguaje de los textos normativos, o en términos de Robert Alexy, de las reglas. , sino por el contrario, establece que esta es solo una primera parte de la interpretación, ya que se debe analizar posteriormente la coincidencia formal y material de estas reglas con las reglas y principios constitucionales, para luego ponderar de forma proporcional si existiera algún conflicto entre normas o principios constitucionales. Luego se debe interpretar el hecho objeto de juicio o de relación con las normas jurídicas, para determinar argumentativamente la aplicabilidad o no de una norma específica a este



hecho objeto de juicio. Si es necesario, argumentando cómo ese principio axiológico influye en la utilización o no de una norma jurídica positiva o de otra y las argumentaciones de proporcionalidad y ponderación en el caso de conflicto de principios.

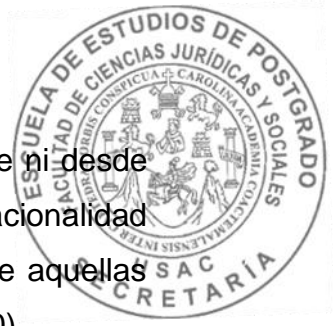
Otros métodos hermenéuticos que utiliza esta postura filosófica del derecho son el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El primero incorporando o integrando normas y principios al ámbito o rango constitucional. Normas y principios que no forman parte del texto constitucional, pero que se refieren a derechos fundamentales y humanos. De alguna manera, derechos inherentes al ser humano, derecho natural. Y el control de convencionalidad por medio del cual las normas jurídicas positivas no deben ser analizadas únicamente bajo el prisma de la constitución, sino también bajo el filtro de los tratados y convenciones internacionales, en especial, aquellas que se refieren a derechos humanos por ser derechos fundamentales. En el fondo ambas se refieren al mismo reconocimiento de la prioridad de los derechos humanos sobre las reglas o normas jurídicas positivas. Ambas se refieren a la protección y reconocimiento prioritario de los derechos inherentes al ser humano, al derecho natural. También utiliza métodos como el evolutivo, o la interpretación correctora y extensiva ya abordados en el segundo capítulo de este trabajo.

En el neoconstitucionalismo a diferencia de la obediencia servil que se le debe prestar a las reglas y normas legislativas en la corriente filosófica del iuspositivismo, exige que todo intérprete o aplicador del derecho, en especial los jueces, tenga una postura crítica de las normas jurídicas. Que toda interpretación y análisis crítico del derecho se haga a la luz de la constitución y en especial sus principios axiológicos.

Desde la perspectiva hermenéutica es importante resaltar, como lo hace Luis Prieto en el neoconstitucionalismo, que:

En suma, se puede postular que la interpretación del derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el





ejercicio de esta conduce siempre a una única solución aceptable ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable ni de la óptica de la racionalidad argumentativa pues, como dice Alexy, la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizada solo perfectamente. (1996, p. 140).

“El neoconstitucionalismo se presenta proponiendo una relectura de la Constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley y considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías”. Se presenta como una renovación del pensamiento iusnaturalista en el que el derecho es incluso un medio de resistencia contra el poder estatal, para hacer prevalecer determinados valores que no deben estar sujetos a la decisión política. Se opone al legalismo, o culto a la ley y a la actividad judicial automática; y le otorga prioridad a la justicia, los valores y los principios. (Möller, 2007, pp. 101-102).

Así, la brecha entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo se hace más angosta en la actualidad con las nuevas tendencias constitucionales. Esto, debido a que se comienzan a positivizar los derechos humanos, principios y pautas morales. Esta positivación se refiere a su inclusión no solo en normas jurídicas ordinarias, sino también en la Constitución como norma suprema.

Es importante resaltar que actualmente, algunos autores consideran que el neoconstitucionalismo no se ha consolidado aún como una corriente filosófica completa, como el iusnaturalismo, el iuspositivismo o el realismo jurídico. Incluso, contiene elementos de estas últimas tres corrientes mencionadas. Mantiene una concepción normativa y jerárquica como en el iuspositivismo. Pero a pesar de esto, hace prevalecer los principios y valores, especialmente positivándolos en la norma suprema. También, implica un cambio de postura hermenéutica de los operadores jurídicos en el sentido de que estos, en la interpretación y aplicación del derecho, toman en cuenta de forma preferente a los principios, la moral y la realidad social incluso sobre y en contra de las prescripciones de los textos normativos. Esto último lo acerca al iusnaturalismo al realismo jurídico y a la sociología jurídica.



Así, algunos autores indican que el neoconstitucionalismo aún no es una corriente filosófica jurídica diferente. Incluso la han llamado como un criptoiusnaturalismo. Además, esta crítica la han cimentado en su problema de denominación, mostrando como algunos lo denominan constitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, neoconstitucionalismo o postpositivismo. Incluso se le ha criticado que no puede denominarse como neoconstitucionalismo si no existió una corriente jurídica previa denominada como constitucionalismo.

Incluso, al igual que en el iuspositivismo, iusnaturalismo y realismo jurídico, el neoconstitucionalismo no es una concepción o teoría unívoca y tiene distintas vertientes como el neoconstitucionalismo ideológico y el neoconstitucionalismo teórico, las cuales se analizarán a continuación.

#### **3.1.4.1. Neoconstitucionalismo teórico**

Para comprender el concepto del neoconstitucionalismo teórico es necesario enfatizar que en la ciencia jurídica no se debe confundir el derecho con la ciencia del derecho. Ya que aquel es el objeto de estudio de esta. La ciencia es descriptiva y analítica. De esta manera, la ciencia jurídica únicamente analiza los conceptos del derecho y describe las relaciones normativas, fuentes normativas y funciones de otros elementos del sistema jurídico. Por lo que no es su función prescribir cual debe ser su contenido y función ideales. (Möller, 2007, pp. 133-134).

El neoconstitucionalismo desde una perspectiva descriptiva, teórica y científica, implica un cambio de paradigma que afecta el concepto del derecho, ya que afecta la estructura de las normas que ahora incluyen positivamente a los principios y valores; afecta la teoría de las fuentes ya que la Constitución opera como una verdadera norma jurídica, fundamento de validez normativo, político y axiológico del resto de normas del ordenamiento jurídico; y afecta la teoría de la hermenéutica y aplicación jurídica ya que el método subsunción se torna insuficiente ante esta nueva estructura normativa y fuentes del derecho y propone la



incorporación del método de la ponderación y la proporcionalidad. (Möller, 2007, pp. 103-104).

Como se indicó, la perspectiva del neoconstitucionalismo teórico es descriptiva, busca que sus conceptos y afirmaciones tengan una correlación con la realidad. Esta es contraria a una perspectiva prescriptiva, que busca indicar cual es el ideal, criticar una situación y proponer su cambio. Esta subcorriente neoconstitucionalista tiene una fuerte influencia de la filosofía analítica, que considera que mediante la utilización de métodos cartesianos rigoristas y la lógica, se pueden arribar a resultados descriptivos universalmente válidos. Esta perspectiva teórica del neoconstitucionalismo, tiene varios puntos en común con el positivismo metodológico. Así, autores como Max Möller han afirmado que el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo son afines y compatibles a un nivel teórico y metodológico, más no ideológico.

Sin embargo, en relación con la postura teórica jurídica del neoconstitucionalismo, autores como Robert Alexy y Ronald Dworkin han criticado al positivismo jurídico sin proponer una nueva teoría jurídica, otros han propuesto que se regresa a la utilización de teorías iusnaturalistas y autores como Paolo Comanducci indican que existen aquellos que indican que la transformación del objeto de investigación jurídica provoca la necesidad de un cambio de metodología y por ende de teoría y así la teoría del neoconstitucionalismo se presenta como una nueva teoría jurídica distinta a aquella del iuspositivismo o del iusnaturalismo. (Möller, 2007, p. 138)

### **3.1.4.2. Neoconstitucionalismo ideológico**

Mediante el neoconstitucionalismo ideológico se propugna la necesidad de ciertos contenidos materiales axiológicos en las Constituciones para que estas sean válidas, así como una interpretación acorde a estos.



En esta perspectiva neoconstitucionalista se afirman algunas características obligatorias que los constituyentes deben observar e incluir en las Constituciones para que un sistema jurídico sea considerado más o menos constitucionalizado. Entre estas características se encuentran que las Constituciones deben incluir valores, principios, derechos humanos y los procedimientos con los que se garantice su protección (Möller, 2007, p. 135). Esto, de forma semejante al arquetipo de estado constitucional que propone Häberle (González, 2012, p. 183).

Además, se afirma en esta corriente neoconstitucionalista que los operadores del derecho y los juristas deben asumir una postura hermenéutica distinta, por ejemplo, deben tomar los principios como verdaderas normas y terminar con la interpretación y aplicación mecánica del derecho. Asimismo, en esta concepción se resalta el valor y superioridad de la Constitución, se indica que esta no es una norma simple y ordinaria, sino que es especial y tiene un valor intrínseco, un valor en sí misma.

A esta perspectiva ideológica se le critica, por parte de la filosofía analítica, que se refiere a una prescripción, una idea de lo que debe ser, y no a una descripción de lo que es. Aunque, como se ha argumentado en el presente trabajo, se considera que el derecho en realidad consiste en ese conjunto de ideas sistematizadas de cuál debe ser la conducta de las personas, por lo que es un objeto ideal. También se le critica que, algunos juristas, al otorgarle una prioridad y valor en sí misma a la Constitución, y no como un producto de un consenso intersubjetivo, tienden de alguna manera a una divinización dogmática de esta.

El neoconstitucionalismo desde una perspectiva ideológica, es más compatible con el iusnaturalismo y más incompatible con el iuspositivismo, debido a que este último rechaza una relación necesaria entre derecho y moral.

### **3.1.4.3. Estado legal y constitucional de derecho**

La diferenciación y tensión entre estado de derecho y estado constitucional



de derecho, es una relación importante para la conceptualización del derecho, que indudablemente afecta la tarea hermenéutica jurídica. Por lo que de esta manera, se aborda una breve conceptualización de este elemento crucial en la teoría jurídica que consiste en el estado de derecho.

Juan Ramón Capella (2008, p. 189), en relación y en referencia al estado legal de derecho, denominado de esta manera como el Estado de derecho originario en contraposición al Estado constitucional de derecho y que es medular para la postura filosófica del iuspositivismo, indica que “hoy la idea de “estado de derecho” es empleada comúnmente por los juristas positivistas para aplicarla al estado bajo cuyo dominio viven y evitarse así problemas de conciencia con las cuestiones relativas a la injusticia”. Además, se indica que la

La expresión se ha usado crecientemente desde mediados del siglo XIX para designar el conjunto de condiciones que debe satisfacer un sistema político-jurídico para que se le tenga como mínimamente democratizado, esto es, con garantías suficientes para los sometidos a ese poder. “un Gobierno de leyes, y no de hombres” (Puig Brutau, la historia constitucional angloamericana narrada por un civilista, citado por Ramón Capella), en expresión del presidente de los Estados Unidos John Adams, en el siglo XVIII; o justificar el poder por su sometimiento a normas; o la idea de que existen normas prejurídicas que ni el mismo soberano puede violar legítimamente: he aquí, diversamente expresadas, concepciones que formulan el ideal de que todos los actos del estado queden sometidos a normas jurídicas y entrañen, por lo tanto, responsabilidad. La idea de una sumisión automática, por decirlo así, del estado al derecho y formas institucionales que vayan en esa dirección.

Así se puede observar cómo el concepto del estado de derecho comprende la idealización que realiza el iuspositivismo de las normas jurídicas. La concepción de la perfección de las normas jurídicas y cómo todo acto o actividad hermenéutica jurídica debe estar sometido indiscutiblemente a ellas. Asume de cierta forma la perfección de las normas positivas o la postura dogmática que aunque no sean perfectas deben ser cumplidas. Esta es precisamente, la crítica que el

neoconstitucionalismo le hace al estado de derecho y la razón por la cual promueve el estado constitucional de derecho, en el que las normas jurídicas positivas son importantes, pero no tanto como la constitución y sus principios axiológicos.



El neoconstitucionalismo pregona una opción diferente al estado legal de derecho, para llegar a un estado constitucional de derecho. Un estado legal de derecho es el estado en el cual imperan las normas jurídicas y el positivismo bajo un estricto principio de legalidad en el cual el criterio o característica esencial del derecho es la validez de la norma, independientemente de su justicia o no. Ya que es válida por haber sido emitida o creada por una autoridad competente, no por el hecho de ser justa. En cambio, en el estado constitucional de derecho imperan la constitución y sus principios. En el estado constitucional de derecho se coloca a la constitución como la fuente de derecho que rige a todas las normas jurídicas y se hace énfasis en que la fuente del derecho, más que las normas jurídicas emitidas por el poder legislativo, es la constitución. Y que la constitución no está compuesta únicamente por reglas, sino también, por principios y estos últimos son, en realidad, los elementos constitutivos del derecho y que, por ende, prevalecen sobre las reglas.

El estado legislativo de derecho se rige por reglas, en cambio el estado constitucional de derecho se rige por principios constitucionales. La constitución está compuesta por reglas y principios. Las reglas que establece la constitución son comparables con las reglas legislativas ordinarias con la diferencia de que poseen un rango o jerarquía superior. En cambio, los principios constitucionales explícitos e implícitos, en el derecho, tienen una función orientadora e integradora y una función esencial propiamente constitucional o constitutiva de todo el sistema jurídico, son la razón por la cual se crea este orden jurídico, son la razón y la inspiración por la cual se crea la constitución. Esta es la relevancia de la función constitutiva de los principios y de esta manera se llega a afirmar que los principios, estas pautas axiológicas, son el elemento central y medular de toda constitución y es por esto que estos son la base del Estado constitucional de derecho.



#### **3.1.4.4. Una perspectiva sociológica del neoconstitucionalismo**

Se considera al neoconstitucionalismo integral como una corriente del derecho que integra la validez formal de las normas jurídicas, con la validez material axiológica de estas que consiste en su correlación o no contradicción con los principios generales del derecho y de la cosmovisión social, en especial la justicia, paz social, bien común y primacía del ser humano. Pero aunando a estos postulados abstractos del derecho provenientes de la razón, tiene un carácter o faceta empírica positiva del derecho, que se refiere a la verificación social de las normas jurídicas o la efectividad, efectos y fenómenos que provocan en la sociedad, así como las razones o contexto social que provoca la creación de normas, costumbres o valores axiológicos. Este neoconstitucionalismo integral, integra al neoconstitucionalismo abstracto que contempla caracteres prevalecientemente iusnaturalistas con ciertos rasgos no primordiales del iuspositivismo y al neoconstitucionalismo sociológico o empírico que contempla posturas sociológicas, del derecho consuetudinario, del derecho vivo social no positivado y del realismo jurídico. Y es mediante este neoconstitucionalismo integral que se puede orientar todo esfuerzo en el ámbito jurídico hacia el Estado social constitucional de derecho.

Para que el Estado social constitucional de derecho, tenga efectivamente esa característica de social, es necesario que no se oriente y contemple la interpretación y aplicación del derecho y de las normas jurídicas (iuspositivismo), únicamente desde el punto base de los preceptos y principios constitucionales (neoconstitucionalismo abstracto e iusnaturalismo), sino, también, tomar en cuenta los fenómenos sociales y costumbres que forman la cosmovisión y consciencia social y que fundamentan los valores sociales y la creación e interpretación de las normas, así como la efectividad y los efectos que provocan las normas desde un punto de vista sociológico integral, a lo que se podría denominar un neoconstitucionalismo sociológico o empírico, con el objeto de materializar un neoconstitucionalismo integral y que responda a un verdadero Estado social constitucional de derecho.



### 3.1.4.5. Derechos humanos

Los derechos humanos son los derechos inherentes a los seres humanos por el simple hecho de su humanidad. Estos tienen su fundamento en la dignidad inherente que se ha atribuido a la humanidad. Son expresión de la concepción iusnaturalista toda vez que se indica son establecidos a priori, son producto de nuestra razón y por ende son universalmente válidos en todas las sociedades en cualquier época aunque no estén positivamente reconocidos en sus legislaciones nacionales correspondientes. Una característica esencial del iusnaturalismo y del neoconstitucionalismo es el respeto de los derechos humanos.

Si bien se consideran que son extremadamente importantes y necesarios desde el punto de vista axiológico, como ya se argumentó previamente, no se comparte la postura dogmática en torno a estos. Ya que estos han sido un producto cultural, con base en la ética social globalizada y consensuada. Muchos de estos derechos han sido obtenidos mediante el derramamiento de sangre y luchas históricas y poco a poco han cambiado la cultura y posturas dogmáticas sociales con el objeto de conquistar ciertas libertades y garantías humanas, como la igualdad, la libertad de expresión y de religión, etcétera. Toman auge y se positivizan en instrumentos normativos jurídicos internacionales a partir de hechos concretos, específicamente las guerras mundiales. Es un momento histórico en que la sociedad considera que se han rebasado límites éticos y morales, por lo que tienen un trasfondo sociológico, y no puramente racional y abstracto. Entre estos instrumentos normativos internacionales tienen especial énfasis la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, los derechos humanos y la caracterización de la dignidad exclusivamente humana que excluye la dignidad de cualquier otro ser, ha sido determinada de forma antropocéntrica. Esto hace que se perciba que ideológica y culturalmente hemos colocado a los seres humanos sobre cualquier otro ser vivo y esto más que un producto universal de la razón, es una determinación conveniente e incluso dogmática de nuestra postura humana en relación con el resto de los seres





vivos. Hemos afirmado nuestra superioridad en dignidad con base en nuestras capacidades intelectivas superiores. Pero, también, se ha demostrado que otros seres vivos tienen estas capacidades intelectivas a menor escala y que probablemente están en proceso de evolución e incluso existen teorías de cómo los seres humanos hemos influido en cierto grado en el retardo de su evolución. Pero esta superioridad intelectual no es un fundamento lógico para atribuir la dignidad y respeto a ciertos seres vivos y a otros no, es más bien por conveniencia y empatía con los que consideramos compartir características, discriminando así a los demás seres.

Un ejemplo emblemático, es como a través de los derechos humanos, se protege el ambiente debido a que la degradación de este puede provocar perjuicios en la dignidad, la vida y la integridad de los seres humanos. Se protege el ambiente, porque puede afectar a los seres humanos, y no se protege el ambiente, la biodiversidad y todos los seres vivos que existen y permiten la vida del ecosistema simbiótico de la tierra. No se protege ni respeta la dignidad de los seres vivos no humanos, simplemente se trata de preservar su existencia debido a que su inexistencia puede afectar a los seres humanos y la dignidad humana.

En relación con los derechos humanos Ramón Capella (2008, p. 191) ha indicado que:

La idea de “estado de derecho” exige no solo la proclamación constitucional de los derechos fundamentales, sino también su reconocimiento y respeto efectivo. Muchos estados los incluyen en sus constituciones políticas, pero los que efectivamente los respetan y hacen respetar son muchos menos. No se puede decir que la calificación de “estado de derecho” sea aplicable a un estado que no reconozca a las mujeres el derecho de sufragio –como ha sido el caso en numerosas legislaciones hasta muy adentrado el siglo XX-, o cuando los estados amnistían a funcionarios culpables de asesinatos y torturas en masa, como ha ocurrido en Chile y en la República Argentina,

o cuando los gobiernos reinciden en indultar a policías condenados judicialmente por torturas más de una vez.



### **3.2. Conflicto de postulados filosóficos que influyen en el desarrollo del concepto de derecho, su interpretación y aplicación**

Con el objeto de poder abordar de una manera adecuada el tema del conflicto de postulados filosóficos que influyen en el desarrollo del concepto de derecho, su interpretación y aplicación, así como para analizar el tema de la relación necesaria o no entre derecho y moral, desde un punto de vista y problemática axiológica, es necesario tener en mente el esfuerzo previo de análisis de los conceptos de derecho, valor, moral, ética, axiología, deontología y justicia que se realizó en el desarrollo del iusnaturalismo. Así como el análisis de las distintas corrientes filosóficas jurídicas realizado anteriormente.

#### **3.2.1. Dificultades en la determinación del concepto derecho**

Como se argumentó en el capítulo primero, hay dos posiciones con relación al conocimiento de las cosas y términos, una racionalista que considera que se puede conocer la esencia de las cosas y esta debe estar necesariamente en su concepto (la esencia del derecho en el concepto de derecho). Desde la perspectiva escéptica, no se considera que esto sea posible, ya que únicamente se puede tener una percepción (subjetiva) de las cosas. Indica que los seres humanos nunca podremos conocer su esencia, lo más objetivo que podremos ser entorno a una cosa, en especial una ideal que es creada por los mismos seres humanos, es el consenso de las percepciones que tengan varios seres humanos en torno a este ente ideal que es el derecho. Ya que el derecho no es un ente material como una piedra, sino son conceptos y prescripciones creadas por el intelecto del ser humano.



Según esta segunda teoría el concepto del término derecho solo se puede establecer en torno a la convencionalidad y consenso de su uso. Indica que el término derecho, si bien conforme lo han establecido sociólogos e historicistas generalmente se usa como sinónimo de normas jurídicas positivas, no se puede negar que este ha sido utilizado (en especial en la actualidad) con la connotación de que solo es derecho aquel que concuerda con los valores morales, o bien el que incluye no solo las normas jurídicas formales, sino también los principios y fenómenos sociales.

Además, se debe tomar en cuenta dentro de los esfuerzos de conceptualización del derecho, el problema que el término derecho tiene de forma inherente una carga emocional e incluso distintas acepciones debido a su vaguedad y ambigüedad. Dentro del problema de la vaguedad, el término derecho puede hacer referencia al derecho objetivo con el que, generalmente, se refiere al sistema de normas positivadas dentro de un estado en determinada época. Tiene otra acepción que se refiere al derecho subjetivo que es la facultad que tienen las personas para ejercer o no los derechos objetivos. Y, además, el término derecho es utilizado para referirse a la ciencia del derecho. Esta ciencia del derecho se refiere a los conocimientos sistematizados y en cierta forma objetivos en relación con su objeto de estudio que es el derecho objetivo y subjetivo. Como se puede observar tanto la ciencia como el objeto de esta ciencia están denominados por el mismo término homónimo de “derecho”, lo que provoca un serio problema en toda discusión o conceptualización de este (Nino, 2003, p. 14).

Además, como se indicó, el concepto de derecho tiene el problema de vaguedad en el sentido de la dificultad de determinar sus elementos esenciales y necesarios para que sea considerado efectivamente derecho. Algunos pensadores jurídicos señalan a la coacción como propiedad esencial y necesaria para catalogar una norma como derecho, pero esta propiedad no está presente en todos los casos, ya que hay normas jurídicas positivas que son simplemente normas permisivas o establecen definiciones, las cuales no implican ni deber ni obligación y, por ende, tampoco coacción. Otros juristas han establecido como elemento esencial del



derecho que hayan sido creados por una autoridad legal, pero este elemento no se aprecia en el derecho consuetudinario. Otros establecen como propiedad esencial y necesaria que las normas sean generales, *erga omnes*, pero las resoluciones judiciales particulares como normas individualizadas en la concepción kelseniana y las normas jurídicas ordinarias específicas que se emiten para casos particulares como una condecoración a una persona en particular, no cumplen con este requisito. Por supuesto, como manifiesta Santiago Nino (2003, p. 15), “muchos juristas, imbuidos del espíritu esencialista [...] suponen que debe necesariamente haber algo oculto y misterioso que relaciona a todos los fenómenos jurídicos entre sí y hacen esfuerzos desesperados para encontrarlo y formulan encantadoras fantasías para simular haberlo hallado”.

Asimismo, el término derecho, usualmente, no es un término emocionalmente neutro, ya que muchas personas le otorgan un sentido emocional favorable. Lo consideran como algo bueno, correcto, digno de cumplir, pero el hecho que una palabra tenga un sentido o reacción emocional, afecta su significado cognoscitivo, ya que de esta manera, las personas pueden conceptualizar o no un fenómeno como derecho, con base en si lo aprecian o rechazan, lo cual provoca un gran problema en la discusión jurídica (Nino, 2003, pp. 15-16).

Un aspecto importantísimo sobre la concepción del derecho es si este es de carácter obligatorio. Si existe una obligación de cumplir o no el derecho. Y si la respuesta es afirmativa, cuál sería la razón o justificación de esta obligatoriedad. En principio, desde una perspectiva racionalista argumentativa, no sería válida o aceptable una simple afirmación sin justificación, o una justificación redundante con una falacia circular, indicando que el derecho es obligatorio, porque sí, o porque es uno de los elementos o de sus características que forman parte de su concepto.

Así, existen posturas de carácter contractual como la de Rousseau o Hobbes, de carácter lógico dogmático a priori como la de Kelsen, o de carácter fenomenológico y del poder; que proponen justificaciones lógicas y argumentativas



al respecto del problema planteado sobre la obligatoriedad de cumplir con las prescripciones normativas del derecho.

La postura contractualista como la de Rousseau o Hobbes, manifiesta que el derecho surge de un contrato social, por medio del cual los integrantes de una sociedad, de forma voluntaria, pactan limitar algunas de sus libertades irrestrictas en el estado de naturaleza, para así, poder vivir de forma civilizada, en un estado y sociedad con reglas y límites. Esta teoría es bastante buena para describir teóricamente el derecho con el objeto de poder comprender como funciona este sistema de libertades y límites a estas, pero en la realidad, desde una perspectiva sociológica e histórica, este supuesto pacto nunca ha sucedido a nivel social. Esta teoría deviene del cambio de la monarquía al estado republicano contemporáneo. Pero este supuesto pacto, no fue en realidad un pacto de toda la sociedad, sino solo de aquellos que detentaban el poder, entre estos la monarquía y la burguesía. De igual manera, no explica como una persona que nace en un estado ya organizado, con su legislación y norma fundamental previamente promulgada, no puede indicar que mediante un pacto esta persona haya limitado sus libertades de forma voluntaria para conseguir determinados fines. Esta persona no tiene elección, y no tuvo participación en el pacto citado. Si bien puede procurar el cambio de los parámetros sociales ya pactados previamente, hasta que no lo consiga, no podrá decirse que considera al derecho obligatorio por devenir de un contrato o pacto del que formó parte. Incluso, esta paradoja se agrava cuando existen normas fundamentales pétreas, que no pueden ser reformados, como en el caso de constituciones como la de Guatemala.

La teoría lógica, dogmática y a priori de la obligación de cumplir el derecho o la ley, puede devenir de su arista iuspositivista o de su arista iusnaturalista. Desde la perspectiva iusnaturalista se encontrará la explicación que el derecho natural debe ser cumplido en virtud que es producto de una deidad y al ser un ser superior, sus leyes y motivos no pueden ser contrariados o criticados, o bien debe ser cumplido, porque es producto directo de la razón humana, un conocimiento a priori universalmente válido. Desde la perspectiva iuspositivista, se encontrarán



argumentos como el que plantea Hans Kelsen con la teoría de la norma hipotética fundamental. Con esta teoría manifiesta que toda norma jurídica tiene otra norma positiva que es su fundamento de validez, de la cual se desprende la autorización para que sea creada y la obligación de que sea cumplida. Pero llega a la paradoja que la norma fundamental y superior no tiene una norma positiva que fundamente su validez, así surge esta suposición lógica, o más que lógica, necesaria de suponer la validez de la norma fundamental. De esta forma indica que no es que la norma hipotética fundamental tenga o necesite un fundamento de validez, sino que esta es la razón de validez necesaria del sistema normativo. Esta es una construcción ideal necesaria para sostener argumentativamente la validez y obligatoriedad de todo el sistema normativo y jurídico.

Las posturas fenomenológicas y del poder en relación con la caracterización del derecho como obligatorio, parte del estudio de los fenómenos desde una perspectiva histórica y del análisis del poder. Argumenta cómo a lo largo de la historia el fenómeno de la creación y argumentación de la obligatoriedad del derecho es un fenómeno por medio del cual los individuos o grupos sociales que detentan el poder económico, militar o ideológico hacen prevalecer sus perspectivas, intereses y percepciones del mundo. De esta manera, las positivizan o justifican a través del derecho y así logran controlar y predecir la conducta del resto de personas, que es la mayoría. Ya que de no tener estos mecanismos de control inculcados en la psiquis de las demás personas, probablemente sería bastante fácil que les arrebatasen ese poder, ya que no son la mayoría. Claro, también, desde una perspectiva menos negativa, el fenómeno del derecho surge de ese consenso periódico que existe entre los grupos de interés de una sociedad en relación con determinar cuál es la conducta que consideran que debe prevalecer, con la que consideran que se puede asegurar de mejor forma sus intereses, valores y aspiraciones como la supervivencia humana, su existencia digna, etcétera. Es un consenso intersubjetivo, aunque sea mínimo mediante la democracia representativa, por medio de la cual las personas logran cierta legitimidad de las normas jurídicas y/o derecho que las rigen. Ya que si estas normas no logran obtener cierta legitimidad o coincidencia con la moral e ideología del pueblo (la

mayoría), no serán efectivas o podrán provocar una revolución social en busca de un cambio, como se ha observado en múltiples ocasiones en la historia.



Por supuesto, estas concepciones dogmáticas, teóricas y sociológicas sirven a su vez de fundamento, para posturas contrarias, con relación a que no existe en realidad una regla categórica que determine la obligatoriedad de cumplir el derecho, más que razones o argumentaciones subjetivas de conveniencia personal y probablemente conveniencia social. Ya que la obligatoriedad del derecho se fundamenta en teorías que no sucedieron ni suceden en la realidad como el pacto social, o se fundamenta en teorías dogmáticas que proceden de construcciones pseudológicas y racionales como la del iuspositivismo y del iusnaturalismo que no pueden corroborarse en la realidad, o bien se refieren a la utilización del poder por parte de ciertos individuos o grupos sociales para lograr beneficios particulares y lograr el control de las demás personas.

Por lo que abordar el concepto de derecho es una tarea más compleja de lo que se podría predecir. Como indica Santiago Nino (2003, p. 1), el derecho está en todas partes. El derecho está presente en la conducta o hecho de utilizar un bus para transportarnos, con el cual se formaliza un contrato desde una perspectiva jurídica. O el simple hecho de manejar un automóvil provoca los efectos jurídicos de la obligación de obedecer las reglas de tránsito impuestas por la sociedad a través de sus representantes (congreso o autoridades administrativas facultadas). A la vez es una representación del ejercicio subjetivo del derecho fundamental de libre locomoción. Cualquier golosina que compremos en una tienda de barrio provocará la formalización de un contrato de compraventa. Incluso solo el hecho de caminar por la calle con cierta garantía o certeza subjetiva que nadie nos golpeará o dará muerte, ya que si lo hacen, el agresor tendrá consecuencias perjudiciales como ser privado de su libertad o de su vida. De alguna manera es una protección, orden o seguridad que proporciona el derecho. De esta manera, se puede observar como el derecho forma una parte arraigada de la cultura y tiene relación con todo hecho, conducta o decisión del ser humano en su vida cotidiana.



Así, se considera que para abordar el estudio del derecho es útil analizar los elementos principales que usualmente se utilizan para elaborar la concepción de este, de conformidad con las distintas corrientes filosóficas. Entre estos elementos cabe destacar los siguientes:

- Normas jurídicas
- Principios (axiología)
- Fenómenos sociales (sociología y práctica)
- Doctrina (y filosofía)
- Historia

Analizar el aspecto doctrinario de los elementos principales que conforman el derecho, base teórica. Estudiar las normas jurídicas que sustentan el derecho positivo (sustantivo y procesal), así como los principios como valores o parámetros axiológicos que fundamentan la legislación. Se considera importante analizar, también, la repercusión práctica de la aplicación de estas normas jurídicas y principios en la interpretación y aplicación práctica del derecho. Este último se refiere a un análisis sociológico de los fenómenos sociales que producen la aplicación de estas normas.

Otro aspecto interesante que se puede resaltar, por medio del cual se puede aislar o conceptualizar el derecho, es por su función. Así Nino (2003, p.2), citando a Hobbes y Hart señala que el derecho “contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana”, entre otras:

Escasez de recursos —que hace que no puedan satisfacerse las necesidades y deseos de todos—, vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, relativa similitud física e intelectual de los hombres —que hace que ninguno pueda, por separado, dominar al resto—, relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de su círculo de allegados, limitada racionalidad de los individuos en la persecución de sus propios intereses, insuficiente conocimiento de los hechos.





De esta manera, indica Nino, que estos problemas de la vida humana, inevitablemente provocan conflictos y búsquedas de cooperación con el objeto de tratar de limitar consecuencias más perjudiciales para el ser humano, ya sea desde una perspectiva individual egoísta, o desde una perspectiva colectiva altruista. Afirma así que el “derecho cumple la función de evitar o resolver algunos conflictos y de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social” (2003, p. 3) y más importante, la paz y la supervivencia. Además, puede buscar los medios útiles para asegurar los intereses, valores y fines individuales o colectivos. Entre estos como indica Abraham Maslow (1991, pp. 21-37), se buscarán las necesidades del ser humano subsiguientes a las fisiológicas y de supervivencia. Así, se buscarán satisfacer necesidades de seguridad como el orden, salud, alimentación, existencia digna, estabilidad familiar, seguridad jurídica, etcétera. Luego necesidades de carácter social intimidad, colaboración, respeto, amistad, reconocimiento, etcétera.

Por lo que el derecho no funciona únicamente de forma coactiva, también, necesita elementos de convicción y motivación para que obtenga legitimidad y efectividad. Así el derecho, también, es un compendio y reflejo de los valores e ideologías que prevalecen en una sociedad. El derecho también es un producto de los fenómenos sociales y económicos, tanto actuales como históricos. Especialmente de los factores económicos para teorías estructuralistas, en la que la base económica define a las superestructuras culturales como el derecho. Debido a esto, en el análisis del derecho no puede obviarse el estudio de la realidad social, así como sus ciencias relacionadas como la política, la sociología, la historia, la antropología y el estudio de las formas de pensamiento humano como la filosofía, la lógica y la psicología.

Todas estas perspectivas e ideologías repercuten en la concepción del derecho y, además, como se argumentó en el capítulo segundo con la teoría del juego de intereses, el concepto de derecho y su interpretación puede verse afectado no solo por estas perspectivas conceptuales, filosóficas e ideológicas, sino también por el poder, deseos e intereses de los respectivos intérpretes. Como se mencionó el juez, el legislador, el abogado, el destinatario, el científico y el jurisconsulto no



siempre tendrán una misma perspectiva e intereses en la interpretación y conceptualización del derecho. Por ejemplo, como se argumentó en el apartado mencionado, el abogado y la parte, generalmente, buscarán la conceptualización y panorama interpretativo del derecho que más les favorezca a la pretensión que desean hacer valer judicialmente. Distinto a la postura de un juez que, en teoría, será completamente imparcial, y no tendrá interés. En el seno parlamentario, las interpretaciones de las normas para la creación de otras normas definitivamente estarán influenciado por los intereses de las personas o grupos sociales a los cuales representen.

### **3.2.2. Consideraciones sobre el conflicto de postulados filosóficos en la conceptualización e interpretación del derecho**

Como se indicó anteriormente, para poder realizar una argumentación fundamentada del conflicto de postulados filosóficos en relación con la conceptualización, interpretación y aplicación del derecho, es necesario abordar ciertas teorías filosóficas. Entre estas se analizarán nuevamente el iuspositivismo, iusnaturalismo, la sociología y realismo jurídico y neoconstitucionalismo, pero ahora, de una forma comparativa, con el objeto de determinar sus elementos y conceptos coincidentes y contradictorios. Y resaltar cómo estos vínculos y contradicciones influyen en el proceso hermenéutico. Como ejemplo crucial de esta tensión entre las posturas filosóficas se encuentra la relación necesaria o no del derecho con la moral.

De esta manera, se argumenta que el positivismo jurídico centra la ciencia del derecho y la interpretación jurídica únicamente en las normas positivas. Establece que los valores axiomáticos, principios o moral son asuntos metajurídicos, no forman parte del estudio riguroso y científico del derecho. Utiliza una serie de principios lógicos para fundamentar su validez y su suficiencia conceptual y hermenéutica. Esta teoría, por supuesto en una generalización hasta cierto grado arbitrario ya que como ya se argumentó existen diversas subvariantes de esta, se



considera a sí misma como irrefutable, especialmente porque se basa en premisas lógicas, tanto para su fundamentación como para su interpretación. La lógica es una ciencia ideal formal, que, generalmente, es congruente desde sus premisas ideales y formales, aunque tiene problemas intrínsecos como los que plantea del teorema de Gödel sobre la incompletitud de los sistemas formales y, además, se convierte insuficiente al momento en que toma un contenido material. Momento en el cual ya no aplican solo los postulados racionalistas que se basan únicamente en la razón y establecen que es real únicamente lo que es lógico y universalmente válido, sino en el cual es necesario ver el conocimiento material también desde el punto de vista empírico, en el cual la experiencia es la fuente de conocimiento. Pero la experiencia no responde de una manera exclusivamente lógica y universal, sino aprehende los conceptos o imágenes del mundo objetivo a través de la percepción. La realidad no es universalmente válida, sino es la percepción subjetiva del mundo y sus elementos y la validez de los conceptos o nuestros conceptos descansa en la experiencia. Motivos por los cuales cuando la ciencia ideal de la lógica toma el contenido material del derecho a través del iuspositivismo, sus premisas se tornan insuficientes, ya que analiza el texto de las normas jurídicas como único elemento del derecho, dejando por un lado valores o pautas axiológicas que forman parte de la razón y psicología humana, así como los hechos sociales fenomenológicos que forman parte de la psicología y consciencia social. Convirtiéndose en una forma muy paralizada o mermada de analizar, interpretar y aplicar el derecho sin tomar en cuenta todas sus dimensiones.

En su conceptualización e interpretación, el iuspositivismo separa acérrimamente las normas jurídicas de la moral, pero ha sido ampliamente criticado, no solo desde el punto de vista epistemológico como se realizó anteriormente, sino desde el punto de vista moral e histórico, especialmente con el movimiento fascista nazi. Ya que de conformidad con esta postura filosófica del derecho, el movimiento nazi fue legalmente válido, existía un sistema de normas jurídicas que legitimaba el actuar del partido nazi. El genocidio y todos los delitos de lesa humanidad cometidos por el partido nazi, especialmente aquellos que provocaron y persistieron durante la Segunda Guerra Mundial, fueron legítimos y se basaron en una normativa jurídica



válida desde el punto de vista formal y lógico del positivismo. Esta es la crítica principal desde el punto de vista sociológico y moral. Ya que el derecho, desde una perspectiva iusnaturalista, neoconstitucionalista e incluso socialista, se crea para regular las conductas de las personas, para procurar sus fines como la justicia, la paz social, el orden, la seguridad e integridad de las personas. El punto humanista y de justicia es uno de los pilares por los cuales existe el derecho, por lo cual no puede limitarse únicamente a su interpretación y análisis lógico y formal sin tomar en cuenta su fin y propósito, entendiéndose, su faceta moral y los efectos empíricos sociológicos que provoca o por los cuales se crea.

Aunque si bien, gran parte de la doctrina y pensadores filosóficos y juristas actuales, consideran que el iuspositivismo de Kelsen y Kant ya no es aplicable, o no es suficiente para describir y comprender el derecho; o incluso como han indicado algunos, de forma extrema, que ya no debe enseñarse en las universidades, se considera que no se debe despreciar a prima facie y sin mayor análisis la importancia de la teoría iuspositivista. Ya que a pesar de todas las críticas que se realizan en su contra, especial actualmente en el que existe cierta hegemonía de neoconstitucionalismo, tiene el mérito de concebir racional y lógicamente la unidad más básica de la ciencia del derecho, la norma. Esta última es para la ciencia del derecho lo que la célula es para la anatomía, lo que son las moléculas para la química, lo que son los quantums para la física cuántica. Es una unidad básica que sirve enormemente para el desarrollo la ciencia del derecho, aunque, siempre bajo la perspectiva que no es el único elemento que comprende este. Además, el iuspositivismo forma una base teórica muy útil para conectar a la ciencia del derecho, con sistemas lógicos de las ciencias ideales y formales, los cuales son muy útiles, pero no exclusivos, para interpretar y aplicar las normas jurídicas y el derecho.

La postura filosófica del iusnaturalismo se fundamenta en la tesis de la filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón y al conocimiento humano y que estos forman el elemento principal del derecho. Por lo que toda interpretación y aplicación del



derecho debe realizarse con base y en función de estos principios morales. La posición iusnaturalista hace una clara distinción entre el concepto de ley y el concepto de derecho, no los utiliza como sinónimos como lo hace la iuspositivismo. El iusnaturalismo fundamenta el conocimiento de estos principios en la razón humana misma, indica que es a través de ella que podemos llegar a conocerlos debido a que la razón es un producto inmutable y perenne de nuestra naturaleza humana. En realidad, esta es una posición filosófica racionalista en relación con el conocimiento, en especial el conocimiento de entidades y conceptos ideales e intangibles como los valores y principios, indica que pueden ser accesibles al conocimiento a priori, entiéndase, únicamente mediante la reflexión de nuestro raciocinio sin la necesidad de experiencias sensoriales empíricas.

La paradoja que suscita el estudio sociológico de los valores es que indica que estos valores y principios no son universalmente válidos, sino que son el producto subjetivo del consenso de las aspiraciones los seres humanos. Generalmente, se refieren a la felicidad y a lo que consideran bueno en oposición a lo que consideran malo. Esta subjetividad o consciencia social es en realidad la percepción subjetiva que se tiene de las aspiraciones y valoraciones morales de las demás personas que conforman un grupo social, que se traducen en las conductas que se perciben de forma empírica como socialmente aceptables. Generalmente, se representan como la justicia (bueno) sobre la injusticia (malo), la seguridad (bueno) sobre la inseguridad (malo), etcétera. Nuevamente, dicha determinación entre lo que se considera bueno de lo que se considera malo será subjetiva y discrecional. Pero de igual manera, es subjetiva y discrecional la interpretación (para la aplicación) de cualquier texto normativo jurídico positivo vigente que es el objeto de la ciencia del derecho desde el punto de vista iuspositivista; e incluso toda percepción de cualquier objeto existente en el mundo o en el cosmos es completamente subjetiva.

Se establece que tenemos una percepción objetiva en la manera que nos acercamos a la percepción que en consenso (nuevamente subjetivo) tienen la mayoría de las personas, o bien de los grupos dominantes, tanto a nivel político



como académico-científico (paradigmas científicos). Todo conocimiento humano se refiere al consenso ya explicado que se tiene en relación con un asunto determinado, incluso el lenguaje mismo es un consenso (intersubjetivo) que se tiene sobre el significado de sus signos y las palabras. Por lo que derivado de la percepción del consenso intersubjetivo (siempre con cierta carga subjetiva, pero que es a la vez la forma más objetiva de definir algo) se considera que los principios en el derecho son aquellos valores o pautas axiológicas que sirven de fundamento, orientación e integración del derecho, se basan en que son lo bueno en oposición a lo malo. Y su determinación concreta se refiere nuevamente a un consenso de lo que se determine bueno en cada sociedad o bien a nivel incluso personal, por lo que siempre existirá esta subjetividad o discrecionalidad para su determinación. Pero esto no establece que sea un proceso irracional, debido que de lo contrario toda ciencia y todo conocimiento tendría la misma naturaleza irracional.

Como indicó Catoggio (2008, p. 67), “la praxis del sujeto no puede ser interpretada, sino es por este horizonte configurativo de la conciencia actuante. Siempre la praxis de la vida humana debe entenderse no solo desde el presente, sino también desde este pasado determinante de la acción”. Es por esto, que ciencias como la historia, la sociología y la antropología son sumamente importantes para el estudio del derecho y la hermenéutica jurídica. No solo el estudio de la historia de los sucesos y hechos, sino también de los pensamientos e ideas en general (filosofía) y del pensamiento jurídico (historia del derecho y su hermenéutica).

Por lo que desde un punto de vista histórico, el iusnaturalismo racionalista moderno surge de la investigación del derecho romano realizada por las universidades europeas, esta corriente resalta la universalidad de la ciencia del derecho, frente a la diversidad de reglas producto de las tradiciones locales que imperaban en esa época en Europa. Propone una unificación y universalización del derecho partiendo de las bases del derecho romano y de los elementos esenciales de este que se logran obtener por medio de la razón y de esta manera concluye que la base racional de este es la búsqueda de la justicia y aquellos valores que nos



dicta la razón que es un elemento inherente, perenne e inmutable de nuestra condición humana. Posteriormente, como producto del derecho natural y con el objeto de lograr una certeza jurídica, por medio y en el período de la codificación, se pretende que el soberano (u órganos competentes a quienes se les delega la función de emitir la ley) positivare en estos códigos, en estas normas jurídicas escritas, los fundamentos del derecho natural. Aunque ya advertía el posible peligro que el soberano (o delegados) en lugar de positivare el derecho natural producto de la razón y la justicia positivaren reglas de forma arbitraria, en beneficio de sus propios intereses o de otros grupos de poder. Situación que claramente sucede o puede suceder en la mayoría de los Estados del mundo (Jauffret-Spinozi, 2010, pp. 23-50).

La codificación, entonces, por contradictorio que parezca, es uno de los grandes logros del derecho natural, pretende transformar en derecho positivo, el derecho que se enseñaba en las universidades, el derecho basado en el derecho romano, la razón y la justicia.

Pero entre las consecuencias de la codificación, se atribuye que mermó la tradición de las universidades que era enseñar y buscar el derecho justo, la tradición de proponer un derecho modelo universalmente válido, pero basado en la justicia. A partir de la codificación, la función de las universidades se redujo a la interpretación de los textos normativos codificados, a la exégesis del derecho nacional codificado. Los estudios universitarios, científicos y jurídicos sobre el derecho se limitaron a sus códigos o leyes positivas y así, se dejó de considerar al derecho como una regla de conducta social, producto de la sociedad y de la cultura. Dejó de ser considerado un fenómeno supranacional y universal, para enfocarse únicamente en las normas jurídicas positivas nacionales. Y así, la supuesta codificación del derecho natural provocó el positivismo legislativo y de esta manera toma auge y comienza el dominio del iuspositivismo, el formalismo y la escuela de la exégesis del derecho, irónicamente como un producto del derecho natural, que se convierten en cierta forma posturas filosóficas antagónicas en relación con el derecho (Jauffret-Spinozi, 2010, pp. 43-50).



Dentro de la discusión antagónica entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, se puede argumentar que actualmente, el punto de vista iuspositivista ha sido superado o al menos de una forma ha sufrido un acercamiento al iusnaturalismo dentro de sus propios términos y condiciones positivistas. Ya que la corriente jurídica contemporánea del neoconstitucionalismo integra fundamentos del iuspositivismo, del realismo jurídico y del iusnaturalismo, pero les otorga especial énfasis y superioridad a los fundamentos axiológicos del iusnaturalismo firmemente arraigados en la Constitución.

Pero el neoconstitucionalismo, si bien utiliza conceptos del positivismo, a diferencia de este, no analiza e interpreta únicamente de forma mecánica los textos normativos, sino que le otorga preeminencia normativa a los principios y valores o pautas axiológicas. Como ya se indicó, con el constitucionalismo se positivizan los valores primarios de la cosmovisión y cultura del ser humano y de la sociedad, se positivizan principios y bases del derecho natural.

Desde el punto de vista del neoconstitucionalismo, el derecho, su aplicación e interpretación no es legacentrista o estatalista, sino humanocentrista o *prohomine*. Perspectiva en la cual, coloca al ser humano y su protección como el centro de toda interpretación jurídica, así como la protección de sus necesidades o aspiraciones espirituales o deontológicas.

Así, podemos observar cómo este conflicto de postulados filosóficos en torno a la concepción del derecho, no es una discusión que se realice únicamente con fines académicos. O que, únicamente, tenga repercusiones teóricas. Es más bien la base que utilizarán y de la que partirán los jueces, funcionarios administrativos y personas en general para interpretar y aplicar el derecho.

El sistema judicial ordinario guatemalteco, generalmente, está sumergido en una aplicación e interpretación positivista, en el cual se valora únicamente el criterio de validez de la norma independientemente de su justicia o no. Este criterio o posición filosófica del derecho se refleja aún más en la aplicación del derecho adjetivo o procesal. El objetivo principal de las normas jurídicas procesales es tutelar





o hacer efectivas las normas jurídicas sustantivas. Su función es hacer que los derechos sustantivos no sean ilusorios, sino que sean respetados y aplicados. Las normas jurídicas procesales son un mecanismo de preservación del derecho, es la forma por medio de la cual se logra que las personas y la sociedad tengan fe en el derecho, que crean que en la efectividad y necesidad de este. El problema surge cuando de una aplicación e interpretación iuspositivista, mecánica y servil de las normas jurídicas procesales o adjetivas se atropellan los derechos y garantías sustantivas, de esta manera, estas normas procesales ya no cumplen su fin que es preservar estas mismas garantías sustantivas que atropellan. Es ante esta paradoja que se comprende la necesidad que el valor supremo justicia debe prevalecer sobre el valor supremo orden (seguridad jurídica); entiéndase, la tutela efectiva de los derechos y garantías sustantivas deben prevalecer sobre los formalismos o requisitos de forma establecidos en normas jurídicas adjetivas. Es ante esta misma paradoja que también se comprende la importancia de interpretar y aplicar el derecho en forma integral, y no mecánica y con una visión parcializada y mermada de este, entendiendo que el derecho no se conforma únicamente por normas jurídicas positivas, sino también por principios y fenómenos sociales, y no se le puede dar preeminencia únicamente a las normas positivas de forma fría y mecánica; se debe dar la importancia que en realidad tienen los valores y principios ya que estos son los fundamentos constitutivos del derecho y de la constitución misma, así como pautas orientadoras e integradoras del derecho. Además, se debe reconocer la importancia de los fenómenos sociales ya que estos son fuentes y consecuencias de las normas jurídicas y constitucionales. Como fuentes son unas de las razones con base en las cuales se crean las normas jurídicas y como consecuencias son aquellos resultados o secuelas sociales producto del impacto de las normas jurídicas en las relaciones sociales.

Por supuesto, para poder discutir filosóficamente el concepto de derecho y sus respectivas implicaciones interpretativas, es necesario serenar la mente y calmar el corazón. Ya que como indica Santiago Nino (2003, pp. 16 y 39), el concepto y palabra de derecho tiene una carga emotiva difícil de dominar. E incluso el lector, a través del presente trabajo, podrá percibir las tendencias o posturas



epistemológicas y posturas filosóficas en torno al derecho del investigador. Ya que como se discutió en el primer capítulo, si se incluye al derecho dentro de las ciencias sociales, desde una perspectiva cualitativa y cultural, es imposible separar completamente el objeto de investigación del investigador. Ya que este último forma parte del objeto investigado. Y como indica Gadamer, todo conocimiento, o juicio, no es completamente imparcial, sino viene precedido de los conocimientos previos, historia y contexto de la persona que enuncia un juicio.

Un ejemplo emblemático, desde la perspectiva iusnaturalista y neoconstitucionalista, de la importancia de que el derecho debe entenderse e interpretarse en toda su dimensión normativa, axiológica y sociológica, así como de la ponderación superior que se le debe otorgar al valor supremo justicia sobre el valor supremo orden (seguridad jurídica) es el recordado y expuesto por *Gil Rendón*:

El olvido histórico de los regímenes fascista y nazi respectivamente, en torno a la existencia digna y humana de los hombres que el Estado de derecho debería respetar y garantizar, condujo inexorablemente al exterminio de cerca de seis millones de personas y a censurar dichos regímenes políticos sin derecho, ya que, según Gustavo Radbruch, la injusticia extrema no es derecho y estos sistemas jurídicos y políticos llegaron a cometer crímenes de lesa humanidad como el genocidio, '*amparados en un Estado de derecho*'. (Gil, 2011, p. 59).

Como se argumentó, este conflicto de posiciones filosóficas sobre la concepción del derecho, no es, únicamente, una discusión que se realice con fines teóricos, sino por el contrario, tiene implicaciones serias en la interpretación y aplicación del derecho.

Por ejemplo, Aristóteles, en la ética nicómaca resalta que uno de los problemas de las personas en relación con la ética y con la república, que puede corresponder en su relación ética y axiológica con la sociedad y con el estado, es el hecho de que quieran "vivir a su apetito y querer salir con su intención en toda cosa"



(Abril, 2001, p. 21), únicamente satisfacer sus propios deseos y pasiones de forma egoísta sin pensar o sin que les interese los deseos y necesidades de las demás personas a su alrededor, ya que muchas veces esta satisfacción de sus deseos y pasiones es a costa, en perjuicio y en contraposición a las necesidades reales de las demás personas. Este es el problema ético axiológico de la busca de la felicidad propia y egoísta dentro de la sociedad y que repercute al momento de aceptar la tesis teórica de la relación necesaria entre de derecho y moral e incluso la superioridad de la moral sobre las normas positivas.

Esta falta de interés en los deseos y necesidades de las demás personas, ha provocado, por ejemplo, bajo la excusa del desarrollo social y económico por medio del crecimiento del capital, en realidad crecimiento del capital individual, graves consecuencias al ambiente. La utilización excesiva y descomunal de los limitados recursos naturales con el objeto de acrecentar la riqueza, lo cual está permitido en muchos sistemas normativos estatales, ha provocado un deterioro y degradación del ambiente del cual depende la existencia todos los seres vivos, incluyendo a los humanos. Esta práctica egoísta y excesiva puede provocar el deterioro de la integridad, salud y calidad de vida de los seres humanos y por ende atenta contra su dignidad, incluso puede provocar la aniquilación misma de la vida humana, y no humana. Por lo que esta degradación ambiental que provoca el egoísmo y uso desmedido, pero legal, de los limitados recursos naturales de nuestro planeta constituye uno de los problemas éticos y axiológicos primordiales de nuestros tiempos.

Pero por otro lado, esta situación puede analizarse también desde otras perspectivas. Por ejemplo, desde una perspectiva iuspositivista clásica e ideológica, en la cual las consecuencias prácticas y sociales no son importantes, sino únicamente la validez y cumplimiento de las normas jurídicas positivas. Por lo que, para esta concepción de derecho, mientras la conducta de los individuos que degradan el ambiente no transgreda normas jurídicas positivas, estos asuntos ambientales y de justicia económica no son relevantes en el estudio, interpretación y aplicación del derecho.



Así, desde la perspectiva positivista, se interpreta que la degradación del ambiente, mientras se realice dentro de los parámetros establecidos por las normas jurídicas, o mientras no contraríen los preceptos de alguna de ellas, es legalmente permitido. Por ende, cualquier resolución judicial de un proceso en contra de alguien que degrade el ambiente bajo estos parámetros, sería absolutoria o concluiría en que no existe ninguna sanción para el que degrada el ambiente toda vez que actúa conforme la legislación vigente y que incluso puede continuar realizando esa conducta en el futuro mientras no exista una norma positiva que lo prohíba o establezca una sanción.

En cambio, desde una perspectiva iusnaturalista o neoconstitucionalista, apelando a derechos naturales, derechos humanos, la dignidad y preservación de la vida humana y/o a la ponderación de principios, puede concluirse, incluso en una resolución judicial, que la conducta de degradación ambiental, aunque se realice bajo parámetros permitidos o no prohibidos por la ley, no es tolerable, por lo que no es legítima ni permitida por el derecho. Ya que afecta la dignidad, la salud y la vida de los seres humanos. Así, puede imponer sanciones en contra de quien degrade el ambiente e impedir que se continúe realizando esta conducta en el futuro incluso aunque no exista una norma positiva que lo prohíba o establezca una sanción.

Otro ejemplo excelso de cómo las posturas filosóficas jurídicas que asume el intérprete pueden influir definitivamente en la actividad hermenéutica, se cita y transcribe literalmente, en sus partes más relevantes, el expuesto por Santiago Nino (2003, pp. 18-23) en relación con una sentencia ficticia que se pudo emitir en los juicios de Nuremberg sobre personas que participaron en el Holocausto y las atrocidades del régimen Nazi:

Se reúne el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas para dictar sentencia en el proceso seguido a los detenidos aquí presentes, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra... El señor juez Sempronio dijo: ...Estamos aquí reunidos para juzgar a un conjunto de hombres que han participado activamente en generar el que fue, sin duda alguna, el fenómeno social y político más aberrante de la historia de la humanidad... difícilmente podrá citarse un



antecedente comparable a los hechos que estos hombres sentados hoy en el banquillo han contribuido a desencadenar. Han sido decenas de millones de seres humanos los que se han visto afectados directa o indirectamente por las acciones criminales de estos otros individuos... movidos por una fanática creencia en la superioridad de una cierta raza y en el destino de dominación mundial de un determinado pueblo y de su líder... Baste recordar uno de los múltiples hechos que fueron probados en este largo proceso: el del pedido por parte de un laboratorio de 'investigación científica' de un número de cadáveres de lactantes para realizar un experimento que contribuiría al avance de 'la nueva ciencia aria' y la consiguiente satisfacción del pedido por parte de algunos de los procesados, exterminando a niños de madres judías internadas en uno de los campos de concentración. Estos son los hechos que tenemos que juzgar hoy, decidiendo si corresponde o no... la aplicación de una pena a los procesados por los crímenes que se han probado... La defensa de algunos de los procesados no niega los hechos sobre los que versa la acusación, sino que impugna la calificación jurídica que los haría punibles. En síntesis, la defensa propone la tesis de que estos individuos han cometido actos que cualquiera que sea su valor o disvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados. Los procesados, según esa tesis, eran funcionarios estatales que obraban de plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órganos legítimos del Estado nacionalsocialista. No solo estaban autorizados a hacer lo que hicieron, sino que, en algunos casos, estaban legalmente obligados a hacerlo. La defensa nos recuerda un principio elemental de justicia... *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, que prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho que era válido en el momento de cometerse el acto... los actos que juzgamos no eran punibles... Uno de los servicios más importantes que este tribunal puede prestar a la humanidad consiste en contribuir a desterrar de una vez para siempre la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de la defensa. Esta concepción sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea



el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obscuro lema "La ley es la ley", que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes... Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc... Este conjunto de principios conforma lo que se ha dado en llamar 'derecho natural'. Las normas positivas dictadas por los hombres solo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural, y no lo contradicen... Si aceptáramos la tesis que se propone, tendríamos la situación ridícula de que, después de haber vencido al monstruoso régimen nazi con 'sangre, sudor y lágrimas', terminaríamos aplicando las normas dictadas por ese mismo régimen para absolver a algunos de sus principales jerarcas... Además, tales actos constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente... Voto, por lo tanto, porque se condene a los procesados'.

El señor juez Cayo dijo: 'Comparto las valoraciones morales que el... juez preopinante ha hecho... Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano... Al formular este juicio no estoy opinando como juez, sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada que ha contribuido a erradicar el régimen que hizo posible esas atrocidades. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos... Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo... No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión... Según algunos autores la propiedad privada es una institución de derecho natural; otros creen que

el derecho natural solo hace legítima la propiedad colectiva de los recursos económicos. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado "el estado de derecho". Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico... considero que... el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible... Fue reconocido internacionalmente, incluso por algunos de nuestros países antes de que decidieran declarar la guerra... Por supuesto que hay una relación entre derecho y moral; nadie duda de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes (el sistema nazi no fue una excepción a esto, pues reflejó la concepción moral prevaleciente en la sociedad alemana)... Pero lo que cuestiono es que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema de jurídico que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces... y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas... Así, llegamos, en nuestro carácter de jueces de derecho, al reconocimiento de la validez de las normas del derecho nazi en el momento y en el ámbito territorial en que estos actos fueron realizados... Debemos, pues, aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horribles



fueron jurídicamente legítimos, y no pueden ser penados... Voto... que se absuelva a los procesados.



Así, se puede observar cómo claramente la postura filosófica jurídica en torno al derecho influye efectivamente en la argumentación hermenéutica de los jueces citados. Dependiendo de la corriente iusnaturalista o iuspositivista a la que se adscriba, estos difieren sobre la necesidad o no de aplicar la moral sobre el derecho; o bien, sobre si la moral no forma parte del derecho y así, no es posible aplicarla por encima de normas jurídicas positivas.

La discusión entre el juez Sempronio y el juez Cayo se enfoca en la percepción filosófica que cada uno tiene en torno a lo que es el derecho. El iusnaturalista Sempronio establece cómo los principios de justicia y otras valoraciones morales deben prevalecer sobre las normas positivas, así como niega el carácter de jurídico de las normas incongruentes con aquellos. Mientras que el positivista Cayo establece que toda norma que haya seguido el proceso establecido para ser promulgada es obligatoria y derecho y como tal debe ser obedecida, opone este principio o valor moral del orden (y del cumplimiento de la norma básica o hipotética fundamental pseudológica) sobre el de justicia y cualquier otro.

La concepción de derecho dentro de la posición filosófica del iusnaturalismo, solo considera derecho a aquel orden o sistema normativo que sea justo o se logre identificar con este principio o valor moral. Ya que el derecho natural, el que tiene fundamento en la razón humana, es superior al derecho positivo creado por el hombre con bases empíricas y de su contexto social, político y económico. Desde el punto de vista del positivismo esto no es posible, ya que la concordancia con este valor (subjetivo y del deber ser) no es la característica esencial de lo que es el derecho, ya que este existe independientemente si concuerda o no con este valor de justicia. Y, además, niega que el derecho esté conformado por otros elementos que no sean las normas jurídicas.

Desde el punto de vista del positivismo establece que toda norma vigente positiva (derecho) debe ser aplicada. Y esto se basa en la premisa implícita de esta





corriente filosófica, en su versión ideológica: la obligatoriedad de observar y aplicar la ley en todos los casos. Esta premisa ideológica se trata de racionalizar, en la denominada norma básica o términos de Kelsen la norma hipotética fundamental. Pero esta premisa implícita o norma básica es en realidad un principio o pauta moral, igual de dogmática, subjetiva e ideológica que cualquier otro principio.

Como se puede observar el principal conflicto que surge entre las posturas iusnaturalistas y positivistas es el sentido de cómo se conceptualiza el derecho. Así, la postura positiva indica que en su acepción más natural y común, las personas utilizan el término derecho para nombrar, generalmente, a sistemas de normas jurídicas, entendiéndose a la ley. El iusnaturalista indica que término derecho se utiliza únicamente para nombrar a aquellas normas que estén en concordancia con los valores morales. Otras teorías jurídicas como la de la tridimensionalidad del derecho, el neoconstitucionalismo, la sociología e incluso otras versiones del iuspositivismo sostienen que el derecho no es equivalente a normas jurídicas, estas solo son un elemento de los que conforman al derecho, que incluye las normas jurídicas formales como las legislativas, reglamentarias, etcétera, los principios como valores o pautas axiológicas y los fenómenos sociales que incluyen, incluso, a las doctrinas y jurisprudencia.

De esta manera, otras corrientes como la sociología jurídica, la jurisprudencia de intereses, el movimiento de derecho libre, el realismo jurídico o el iusculturalismo, resaltan que el derecho es un fenómeno social y forma parte de la cultura. Así, critican que los conceptos y métodos hermenéuticos del iuspositivismo y del iusnaturalismo son de carácter dogmático, por lo que no pueden verificarse empíricamente en la realidad. Indica que tanto el valor justicia como aquellos otros que son el fundamento del iusnaturalismo, como también las normas positivas del iuspositivismo, que son en realidad una representación escrita de entes ideales sobre el deber ser, o el valor orden al que le da preeminencia esta última corriente filosófica jurídica, así como los métodos racionalistas estrictos que se utilizan para extraerlos, interpretarlos y aplicarlos son completamente dogmáticos. Afirman que para entender, interpretar y aplicar el derecho se debe utilizar métodos empíricos



de análisis de los hechos sociales, así como del consenso social. El verdadero derecho, o el más importante en otras corrientes sociológicas, es el denominado derecho vivo que se encuentra en la sociedad, en esas relaciones intersubjetivas. Promueven una relativización histórica y cultural del derecho y su interpretación. Propugnan un análisis hermenéutico histórico y social de los intereses que pretenden proteger o dar preeminencia las normas jurídicas y la investigación libre y social que debe incluir todo análisis e interpretación del derecho. Algunas corrientes sociológicas incluso niegan la existencia del derecho hasta que se materializa en la interpretación y resolución judicial, afirman así que estas son el verdadero fenómeno del derecho.

Es importante resaltar que al analizar el tema de la conceptualización del derecho desde un punto de vista lingüístico y de la teoría del conocimiento, no se considera que el término derecho ni ningún otro término pueda ser definido de forma absoluta. Ya que como se expuso en el primer capítulo se considera que el conocimiento verdadero absoluto no existe, si bien es el norte que debe orientar la curiosidad y esfuerzos científicos y filosóficos, es inalcanzable ya que la esencia de las cosas es inalcanzable al conocimiento humano, solo tenemos una percepción del objeto y de su esencia. Y los términos que usamos, como el término 'derecho', son en realidad signos convencionales que en cierto consenso con las demás personas utilizamos para nombrar, describir o conceptualizar algo. Además, es relevante indicar, a manera como argumenta Carlos Nino y como ya se describió en el presente capítulo, que el término derecho tiene una ineludible carga emotiva. Carga emotiva que afecta su significación descriptiva y altera o dificulta el consenso de su conceptualización.

### **3.2.3. Justicia y orden**

En el núcleo de la concepción enfrentada entre la postura filosófica jurídica del iuspositivismo y el iusnaturalismo, se encuentra el enfrentamiento entre los principios de orden y de justicia. El principio de justicia ponderado de forma superior



dentro del iusnaturalismo, del neoconstitucionalismo y del estado constitucional de derecho, como ya se argumentó, tomando de forma preeminente y como centro de todo el estado a la persona humana y su dignidad.

Al contrario, en el iuspositivismo y el estado legislativo de derecho se pondera de forma superior el principio del orden y con el objeto de que este prevalezca como el principio más importante que debe ser respetado a toda costa, le da preeminencia a la ley, incluso sobre la persona humana. Propugna que es más importante procurar el orden a través de la ley, aunque las demás aspiraciones subjetivas, o incluso en cierto grado colectivas y objetivas incluida la justicia, queden sin satisfacerse. Es mediante este argumento que en cierta forma, desde un punto de vista dogmático, se diviniza y mitifica a la ley. Es en realidad, en el fondo, una postura iuspositivista dogmática. Que conlleva el problema interno grave, desde una perspectiva analítica y rigorista del iuspositivismo, que pregona que el derecho es una ciencia exacta con métodos exclusivamente lógicos y que así rechaza toda metafísica en la que incluye a los valores o principios del iusnaturalismo o del neoconstitucionalismo. Presenta el problema que a pesar de rechazar estos principios y valores, se basa en uno. Fundamenta y justifica su teoría de obligatoriedad de la ley en el principio orden. Ya que solo asumiendo la obligatoriedad de la ley en forma dogmática, como una creencia incuestionable, o por medio de construcciones pseudológicas como con la norma hipotética fundamental de Kelsen, que nuevamente es dogmática y se considera a sí misma irrefutable, puede sustentar la legitimación de las normas jurídicas y la postura positivista ideológica y teórica.

La postura sociológica y del realismo jurídico, con bastante sentido, critica tanto al iuspositivismo como al iusnaturalismo, en el sentido que indica que ambos son creencias dogmáticas. Que se basan en fundamentos puramente racionales sin posibilidad de comprobación empírica. Tanto el iuspositivismo se basa en el valor fundamental orden. Del que deviene la seguridad jurídica, ya que el principal antivalor para el positivismo es el caos, el desorden. Así como el iusnaturalismo se basa en el valor fundamental de la justicia. La sociología propone un análisis positivo



del derecho, pero este es un análisis positivo y empírico de los fenómenos sociales de la cultura, creación, efectos, interpretación y aplicación del derecho, y no un análisis de los textos normativos que no son ningún objeto material objeto de contraste empírico, sino simplemente son las representaciones de ideas.

### **3.2.4. Consideraciones e implicaciones hermenéuticas de la relación entre derecho y moral**

El problema de la aplicación de justicia suscita el dilema entre la relación de derecho y moral. La concepción de que existen relaciones necesarias entre las normas jurídicas y morales la sostiene el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo y la concepción opuesta la sostiene el iuspositivismo. Si bien es una discusión de carácter académico y que no es reciente, sino deviene incluso del pensamiento griego clásico, esta tiene injerencia preponderante en el ámbito judicial y en la discusión político-práctica.

Una de las principales críticas que realizan quienes desvinculan el derecho de la moral, es que la obligatoriedad de una norma jurídica no puede depender del hecho que sus destinatarios la puedan considerar justificada de conformidad con su moral, ya que esto provocaría la anarquía, que es la situación contraria al orden y seguridad que busca en especial la corriente filosófica jurídica del iuspositivismo. Pero esta posición es probablemente la dominante y más popular en la actualidad. (Garzón, 1985, pp. 72-73).

Como ya se indicó, el problema de la determinación de la relación entre el derecho y la moral, se enfoca en el problema de la obediencia, la obligatoriedad y la validez de las normas jurídicas positivas al momento en que se encuentran en conflicto con las normas morales. Al enfocar el problema de esta manera, como la relación de dos sistemas de normas, existirán tres posibilidades de respuesta. La primera que sostiene la prioridad de la moral sobre el derecho; la segunda, sostiene que prevalece el derecho sobre la moral; y la tercera establece que tiene preferencia



el derecho, pero en determinados casos excepcionales puede reconocerse la prioridad de la moral. De acuerdo con Ralf Dreier citado por Garzón (1985, pp. 75-76), la postura que le da prioridad a la moral sobre el derecho, logra concretizarse únicamente en sociedades cuyos conceptos de derecho y moral son relativamente homogéneos, cita como ejemplo a sociedades de la Edad Media en las que las concepciones jurídicas y morales se basaban en la religión cristiana.

La posición que le otorga prioridad al derecho sobre la moral, apareció en la “época de las divisiones y guerras religiosas”. Esta tesis se desarrolla “con la elaboración de la teoría y realidad del estado moderno”, especialmente con el concepto de la soberanía que se refiere a la capacidad de imposición del derecho por parte del Estado. Por lo que con esta concepción, el derecho positivo debe su obligatoriedad, ya no porque coincide con el derecho natural, sino por “la autoridad de imposición estatal”. Este poder que ha sido delegado al gobierno por el pueblo. Con el objeto de limitar esta autoridad de imposición estatal arbitraria, surge la teoría y la realidad del estado democrático constitucional y con esto toma auge el reconocimiento de las garantías individuales de los ciudadanos como igualdad y libertad y los límites de la organización y conducta del Estado como elecciones democráticas, voluntad de la mayoría, separación de poderes, legalidad de la administración, independencia de tribunales, etcétera (Garzón, 1985, pp. 77-78).

Mediante este desarrollo histórico, la postura de la prioridad del derecho sobre la moral adquirió un fundamento teórico jurídico y teórico estatal que aún es vigente y convincente en la actualidad, pero esta corriente, no incluye la tesis de la separación entre derecho y moral, ya que en esta posición “el derecho legislativo estatal solo tiene prioridad sobre la moral si la organización del estado, especialmente la formación de la voluntad estatal, satisface ciertas exigencias mínimas de la ética estatal” (Garzón, 1985, p. 78).

Así, el problema nuevamente se centra en si existe un deber de obediencia al derecho positivo, especialmente cuando este viola principios de la moral, que incluye a la justicia. Además, suscita la interrogante “si existe una relación conceptual entre derecho y moral de forma tal que el derecho positivo que viole las

normas de la moral pierde con ellos su carácter jurídico o su validez jurídica” (Garzón, 1985, p. 72).



Desde el punto de vista de la prioridad del derecho, en el cual se plantea la pregunta de cuál es la validez del derecho, y no también si es justo, se hace prevalecer un fin que es el de la seguridad jurídica mediante la existencia del derecho. En esta perspectiva se pondera el principio y valor de la seguridad jurídica como superior al de la justicia. Por el contrario, indica Gustav Radbruch, en una postura intermedia, pero que en realidad se inclina por el iusnaturalismo, que si existe conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, en otras palabras, entre derecho positivo y la moral, normalmente se le debe otorgar prioridad al derecho positivo “a menos que la contradicción del derecho positivo con respecto a la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia” (Garzón, 1985, p. 82, extraído de G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1974).

La validez de una norma jurídica tiene tres aristas que se refieren al sentido sociológico, jurídico y ético. La validez sociológica se refiere a la obediencia que se le otorgue a una norma, o bien que su desobediencia sea debidamente sancionada (su efectividad). La validez jurídica de una norma se produce por el hecho de ser promulgada por el órgano competente mediante las formas y procedimientos prescritos, así como que su contenido no viole el contenido de normas jurídicas jerárquicamente superiores ya que son su fundamento de validez. La validez ética se refiere a la coincidencia de la norma positiva con los principios morales, en especial con la justicia (Garzón, 1985, pp. 88-89).

Una discusión práctica que se suscita en relación con este asunto es si un comportamiento realizado conforme la Constitución, no puede violar de ninguna manera las reglas morales. Considera mediante esta afirmación que las normas constitucionales son por sí normas conforme la moral de forma estricta y categórica. Pero dentro de esta discusión se manifiesta que “quien reduce el derecho a una serie de disposiciones escritas, y no examina en cada caso concreto si el derecho es también justo, sino que, independiente y separadamente de la realidad concreta,



impone las disposiciones con violencia, ejerce violencia”. De esta manera se argumenta que si el derecho, en el entendido de norma jurídica incluso constitucional, es “injusto, es entonces legítimo ofrecer resistencia en contra de este derecho” (norma jurídica) injusto o “en contra de las acciones que en este se apoyan” (Garzón, 1985, pp. 178-179).

Al respecto Gustav Radbruch, citado por Ernesto Garzón Valdés, indica que “la ley es la ley” y esta “vale, porque es ley”, pero “esta concepción de la ley y su validez (positivista) ha dejado a los juristas y al pueblo indefensos frente a las leyes por más arbitrarias, terribles y criminales que ellas sean”. Pero indica Radbruch que “existen normas con carácter jurídico a las que hay que negarles validez, porque la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza un nivel tan insoportable que la ley en tanto derecho incorrecto tiene que ceder ante las injusticias” (Garzón, 1985, p. 181).

Un ejemplo de cómo puede existir normas jurídicas o un derecho inmoral o incorrecto al que se le debe negar validez, desde la perspectiva iusnaturalista o neoconstitucionalista, por contradecir ampliamente a la justicia, es la norma jurídica por medio de la cual, mediante denuncia realizada después de 1945 y de la Segunda Guerra Mundial, se condena a muerte y ejecuta a una persona debido a que durante la guerra escribió en una pared pública “Hitler es un genocida y tiene la culpa de la guerra” y por el hecho de escuchar radios extranjeras (Garzón, 1985, p. 182).

Otro ejemplo de cómo una sociedad puede ser inmoral y crear derecho contrario a la moral con el objeto de beneficiar intereses propios o de un grupo social en perjuicio de otros, lo podemos encontrar en Guatemala con relación a cómo se defiende dentro del actual sistema capitalista el supuesto derecho humano a la propiedad privada en contradicción a los artilugios positivados en normas jurídicas válidas por medio de las cuáles se violó el supuesto derecho humano universal a la propiedad privada de los indígenas sustrayéndoles y quitándoles sus tierras especialmente durante la Conquista o invasión de los españoles a Guatemala. De igual manera se puede indicar que sucedió durante el conflicto armado interno



guatemalteco. O bien, por ejemplo, si hipotéticamente se creara en la actualidad una norma que vede a los seres humanos de género femenino el derecho a poder emitir sufragio, por el simple hecho del género. Esta sería una norma que la mayoría de las sociedades del mundo consideraría injusta e inmoral. Además, el ejemplo más claro al respecto de normas que pueden ser catalogadas como inmorales o injustas, es el de las normas jurídicas establecidas por el régimen nazi. Las cuales permitían y ordenaban la captura e incluso muerte de determinadas personas únicamente con base en su ascendencia genética o adscripción religiosa (judía).

Así el filósofo Emil Brunner ha indicado en relación con las atrocidades del régimen nazi, que “el estado totalitario no es solo la invención de algunos grandes criminales, es además algo que ha podido producirse por virtud de haber arruinado frívola e irresponsablemente la estimativa o axiología política y jurídica”. De esta manera, critica al positivismo jurídico especificando que es este el que “hizo posible el completo derrumbamiento espiritual y barbarización que implica el estado totalitario” (Recasens, 1963, pp. 760-761).

Radbruch, en cierta forma inició el renacimiento del iusnaturalismo en los años cuarenta y cincuenta del siglo XX y de esta manera su concepción iusnaturalista tuvo un acercamiento en la concepción filosófica de los tribunales supremos y constitucionales dentro del actual preponderante estado constitucional de derecho, incluyendo a Guatemala especialmente en la Corte de Constitucionalidad. Quienes en muchas ocasiones jurisprudenciales sostienen, invocando a Radbruch, que se debe negar la validez de determinadas normas jurídicas, debido a que estas contradicen de forma intolerable al derecho natural, a la justicia y a la moral (Garzón, 1985, p. 183).

En la concepción del neoconstitucionalismo del derecho, se afirma que no se deben solo promover y positivizar los valores, sino se debe procurar el efectivo cumplimiento y respeto de estos, se encuentren positivados o no.

De esta manera se traza un nuevo planteamiento problemático: si existe o no una relación necesaria entre la validez jurídica del derecho y la validez social. Si es





necesario que el derecho tenga un mínimo de efectividad y legitimación para que sea considerado también como jurídicamente válido. Concepciones más radicales o clásicas del iuspositivismo y del iusnaturalismo consideran que esta relación entre el derecho y validez social no es necesaria, pero concepciones contemporáneas de estas, así como corrientes neoconstitucionales y sociológicas, así como corrientes más integrales como la de la tridimensionalidad del derecho, aceptan la necesidad de esta relación. En la realidad social, la falta de efectividad o legitimación de las normas jurídicas provoca normalmente su derogación, inaplicación y hasta revoluciones sociales en casos más extremos.

Al respecto, Hart sostiene que es más importante hacer prevalecer la eficacia social sobre la justificación ética de la Constitución. Pero Radbruch agrega el elemento ético a esta relación entre derecho y moral que no consideran preponderante Hart y Kelsen e indica que las personas deben comportarse de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas positivas siempre y cuando estas no contradigan a la moral y la justicia. Y en el caso de las normas jurídicas que estas, además, hayan sido promulgadas por el órgano competente por medio de los procedimientos y formas establecidos por la Constitución. Por lo que en relación con la validez jurídica de las normas jurídicas, exige de estas, que sean eficaces y que estén éticamente justificadas, lo que encierra las tres aristas de la validez del derecho y las normas jurídicas, la validez jurídica, la validez social y la validez ética (Garzón, 1985, pp. 90-93).

La postura de Martin Kriele, en semejanza a la de Sócrates, también es interesante y fundamentada; este pensador jurídico sostiene la necesaria relación entre derecho y moral, ya que indica que el deber de obedecer al derecho en realidad solo puede ser argumentado como un deber moral. El deber moral de obedecer la ley. (Garzón, 1985, p. 93).

En esta misma línea conceptual, Sócrates, en el diálogo de Critón, incluso ante una sentencia de pena de muerte con la que no estaba de acuerdo por considerar que no había actuado de forma incorrecta, la aceptó, y no tomó la opción



de huir de esta, debido a ese deber deontológico y moral de obediencia a la ley y al derecho en la que creía (Azcárate, 1871, pp. 91-110).

Este último pensamiento es contrario al de Aristóteles, su discípulo por su conexión con Platón, que con relación a la justicia y el estado, hace la distinción entre lo justo natural y lo justo positivo. Indica que lo justo natural es aquella justicia verdadera, que es justa por naturaleza y que no está restringida a lo que los seres humanos consideren y establezcan como justo. E indica que lo justo positivo, en alusión a las normas legales positivas creadas por el estado o más específico por el ser humano, deben ceder ante lo justo natural. Así, en su pensamiento filosófico y jurídico muestra su tendencia a establecer que no existe un deber moral de cumplir con la ley o normas positivas en caso de que estas no coincidan con la justicia verdadera natural. Y de esta manera, que la ley no es necesariamente lo justo (Abril, 2001, pp. 14, 109-110).

Aristóteles indica que las personas que actúan de forma ética y moral son los que conforme a razón hacen y ejecutan sus deseos y como indica la teoría iusnaturalista, es de la razón que se deducen los principios y valores que inspiran y deben restringir el actuar templado y considerado, con el objeto de lograr la felicidad propia y ajena.

Entre las virtudes que establece Aristóteles están la fortaleza, la templanza y la liberalidad; así como, con especial importancia, la justicia que Simón Abril indica que es “la virtud más necesaria de todas para la conservación del mundo... lo cual podemos fácilmente entender por las historias, que son la fuente de toda erudición. Pues hallaremos haber comenzado a caer el imperio Romano, que fue la mayor monarquía que el mundo ha visto, desde que esta virtud entre ellos comenzó a oscurecerse y los unos comenzaron a desear las cosas de los otros, hasta tanto que vino a dar tan grande caída que pereció del todo” (Abril, 2001, p. 95). Esta situación histórica, como excelentemente lo indica fuente de erudición y sabiduría sobre causas y efectos pasados, sirve de ejemplo para determinar o anticipar, desde una perspectiva sociológica y iusnaturalista, el porvenir de las sociedades en relación con el comportamiento social, ético y jurídico.



Por su lado, Platón, en su libro *La república*, también contrario al pensamiento de su maestro Sócrates sobre el deber moral de cumplir la ley o la justicia intrínseca de la ley, considera que en una sociedad perfecta, la política y la ley deben estar subordinadas a la moral. (Azcárate, 1872, p. 7)

Dentro del estado actual del arte de la discusión de la relación entre moral y derecho del iuspositivismo por un lado y del iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo por el otro, es comúnmente aceptado por estas partes que el estado constitucional de derecho dispone y tiene de forma inherente una amplia serie de derechos fundamentales así como un sistema adecuado de protección jurídico judicial, por lo que dentro de este las normas de derecho jurídico positivas pueden, en principio, por sí, por el solo hecho de ser normas jurídicas válidas, pretender tener obligatoriedad jurídica y moral. Pero que la violación y resistencia a estas normas jurídicas válidas puede ser justificada de forma excepcional por razones fuertes y contundentes especialmente por considerar que contradicen de forma intolerable a los valores intersubjetivos socialmente consensuados y a la concepción de justicia, la cual, sin pretender que sea un concepto definitivo y universal, puede conceptualizarse como el valor o virtud máxima que procura la consecución de los demás valores y virtudes como la igualdad (dar a cada quien lo que consideramos que le corresponde), la dignidad, la integridad, la vida, la plenitud, la satisfacción, la felicidad no solo de la persona misma, sino también la de los demás. Busca el bienestar propio y ajeno. Es la máxima búsqueda del bien. Por supuesto este concepto siempre tendrá injerencia subjetiva, tanto de la consciencia moral propia, como de la percepción promedio propia que se tenga de la consciencia moral colectiva intersubjetiva (ética), en relación con lo que un grupo social considera como bueno.

Así, se citan nuevamente las palabras de Aristóteles:

La justicia, pues, encierra en sí y comprende todas las virtudes y es la más perfecta de todas las virtudes, porque es el uso de la virtud que es más perfecta. Y es perfecta, porque el que la posee puede usar para con otro de virtud, y no para consigo mismo solamente. Porque muchos en sus cosas propias



pueden usar de virtud, lo que no pueden hacer en las ajenas. Por esto dice muy bien aquel dicho de Biante, que el mando y señorío demostrará quién es el varón. Porque el señorío para el bien de otro se encamina y consiste ya en el bien común. Y por esta misma razón sola, la justicia entre todas las virtudes parece bien ajeno, porque para el bien de otro se dirige, pues hace las cosas que son útiles a otro, o al que gobierna, o a la comunidad de la república... el mejor de todos será, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino el que para con otro, porque esta es la obra de mayor dificultad. (Abril, 2001, p. 99).

Por lo que la justicia es el fin primordial y la necesidad axiológica más relevante del ser humano con el objeto de lograr una vida plena, integra y feliz, tanto a nivel individual como colectivo. Por lo que esta es el fin primordial del derecho y es probablemente en sí misma la razón más relevante de la existencia del derecho. Como ha indicado Mujica (expresidente de Uruguay), durante la Cumbre de la Tierra de la ONU en Brasil en junio de 2012, la vida es un camino corto tan trascendental que no se puede gastar en cuestiones banales y que el propósito principal de esta debe ser la felicidad.

De esta manera se considera, por parte del investigador, que la felicidad es un bienestar personal que se adquiere de forma empírica a través de los sentidos, así como de la cultivación intelectual de la razón e incluye una realización plena e integral de las personas. Pero no es una felicidad exclusivamente egocentrista, ya que lo único que permitirá una felicidad real, que también es imposible de definir de forma unánime y objetiva, tanto de forma sensorial como intelectual, es la felicidad propia junto con la felicidad del resto de personas. Y el camino para lograr esta finalidad, en cierto grado utópica del ser humano, es la justicia, que si bien utópica al igual que la verdad absoluta que guía a la ciencia, debe ser el fin que guíe la conducta de las personas y por ende al derecho.

De la misma manera que la verdad debe ser la guía que oriente nuestra necesidad y curiosidad científica y filosófica, se considera que, conjuntamente con la verdad, se debe buscar la justicia a través del derecho. Ya que si bien la justicia

absoluta es imposible de alcanzar o tan siquiera de definir y conceptualizar de forma unánime, debe ser la guía que oriente nuestra curiosidad y necesidad científica y filosófica en torno al derecho, que guíe la conducta de las personas y por ende al derecho. Por lo que esta es el fin del derecho, junto con otros valores fundamentales como el orden, la paz social, la igualdad, el bienestar, pero sobre todo la justicia.

Por lo que se considera que el derecho, como un fenómeno y ciencia cultural que busca analizar y concretar la idea del deber ser del comportamiento humano, desde una perspectiva descriptiva debe analizar este fenómeno y sus relaciones con los otros elementos normativos y axiológicos de la experiencia jurídica, así como su relación con otras ciencias; y desde el punto de vista prescriptivo se considera que debe enfocarse en el desarrollo de los valores que correspondan a las aspiraciones fundamentales e intersubjetivamente consensuadas de la sociedad.





## Consideraciones finales



Desde la perspectiva del investigador y de conformidad con los argumentos vertidos en los tres capítulos de esta investigación, se considera que la hipótesis planteada en el presente trabajo ha sido corroborada desde la esfera epistemológica, hermenéutica y filosófica.

La hipótesis planteada consiste en la inexistencia de un método o resultado de la interpretación universalmente válido del derecho debido a la imposibilidad del conocimiento absoluto e irrefutable del derecho. Así, como en la existencia de un conflicto de postulados filosóficos que influyen en el desarrollo del concepto de derecho, lo que entendemos por derecho; y que este conflicto de postulados influye en la forma en que se interpreta y aplica el derecho. Por ende, esta situación, junto con las paradojas que suscita la estimativa axiológica, repercuten en la existencia de una diversidad de opiniones en torno a la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o sobre la aplicación de este a un hecho concreto.

Desde la esfera epistemológica, especialmente partiendo desde la perspectiva del escepticismo crítico y moderado o del realismo científico sobre la posibilidad del conocimiento humano, se considera que no es posible alcanzar un conocimiento universalmente válido de los objetos considerados como físicos o materiales, menos aún de los objetos considerados como ideales o metafísicos. Por lo que una interpretación universalmente válida de estos entes ideales, como el derecho, se torna en una actividad imposible, ya que no depende ni se basa en un conocimiento conceptual universalmente válido. Así, no se considera posible la existencia de un método universalmente válido de interpretación del derecho o del acceso a su conocimiento.

En efecto, existen teorías e intentos de establecer métodos de interpretación jurídica universalmente válidos. O argumentos por los cuales se pretende indicar cuál es el método correcto de la interpretación del derecho. Pero se considera que,



debido a la imposibilidad del conocimiento absoluto e irrefutable del derecho, así como por su imposibilidad de corroborabilidad con la realidad debido a su plano metafísico de existencia, provoca que estas teorías, si bien representan un inmenso avance y esfuerzo intelectual racionalizador, no sean completamente fiables en sus fundamentos.

De esta manera, el conceptualizar al derecho como un conjunto de ideas sistematizadas sobre el deber ser del comportamiento humano, entiéndase en un plano metafísico, y no como un objeto físico y material de estudio, hace que su conocimiento real y corroborable sea únicamente una especulación subjetiva o espejo que se refleja en la mente del ser humano en torno a estas ideas externas, combinadas con las ideas internas propias. Ya que la forma más objetiva de poder abordar el derecho es como producto histórico de una concepción o percepción, también subjetiva, del consenso intersubjetivo en torno a estas ideas que conforman el derecho.

Incluso, los objetos catalogados en un plano físico, que pueden percibirse por medio de los sentidos, presentan la paradoja que consiste en que al fijar su concepto o características esenciales, no se trata de un procedimiento meramente objetivo, sino en realidad de una percepción subjetiva, a través de los sentidos, de dichos objetos y de una aprehensión prejuiciada del sujeto sobre las características más relevantes del objeto. Prejuiciada por sus propias creencias, convicción, cosmovisión, influencia social y teórica. Asimismo, es una percepción limitada por los sentidos humanos, ya que con otros sentidos de percepción, probablemente categorizaríamos un mismo objeto de una forma muy diferente. Nuevamente, se considera que la forma más objetiva de concebir un objeto físico es como producto de una concepción o percepción (subjetiva) del consenso intersubjetivo con relación al concepto y las ideas esenciales que lo conforman.

Así, es necesario resaltar el razonamiento de la imposibilidad de comprensión y acceso al conocimiento completamente objetivo de las cosas físicas y fenómenos que podemos percibir de forma empírica a través de nuestros sentidos, debido a que no es posible conocer la esencia de las cosas, esta





catalogación de las esencias es nuevamente redirigida a la opinión subjetiva del observador. Además, la percepción del objeto y de sus elementos esenciales y accidentales está nuevamente limitado a los sentidos restringidos y las capacidades de percepción del observador. Por lo que los seres humanos, únicamente, podemos describir nuestra percepción de estos objetos físicos y fenómenos y compararla con la percepción de otros seres humanos con los que tenemos contacto, ya sea físico, a través de textos o de forma virtual. Este contacto social provoca ciertos consensos intersubjetivos de descripciones comunes de los objetos y fenómenos. Esta descripción o concepto intersubjetivo, es la descripción más cercana a concepción puramente objetiva a la que, en realidad, se puede arribar. Ya que todo enunciado o conceptualización que se haga siempre tendrá un trasfondo subjetivo, toda vez que se basa en la percepción del mundo del interlocutor.

Desde la esfera hermenéutica, en la que se analizaron distintas teorías, métodos y técnicas interpretativas, se sostiene nuevamente la validez de esta hipótesis, incluso desde la postura hermenéutica del iuspositivismo e interpretación gramatical, en relación con la imposibilidad teórica, lógica y práctica de que exista una interpretación verdadera, unívoca y absoluta de los textos normativos y en general del derecho.

Este análisis en particular de la interpretación gramatical, se realizó con el fin de mostrar cómo ni siquiera a través de esta, que deviene de la aplicación lógica a la lingüística, es posible en realidad arribar resultados interpretativos universalmente válidos. Ya que muestra las falencias de vaguedad y ambigüedad intrínsecas del lenguaje. Esto sumado al teorema de incompletitud de Gödel y la teoría de la inacababilidad del lenguaje de Gadamer. Cabe resaltar que este método de interpretación gramatical es utilizado por posturas filosóficas como el iuspositivismo y la filosofía analítica que propugnan un método unívoco de interpretación y resultados lógicos universalmente válidos.

De conformidad el teorema de Gödel sobre la incompletitud de los sistemas formales como la lógica y las matemáticas, existen afirmaciones verdaderas que no pueden ser comprobadas dentro de estos sistemas formales. Y debido a que el



lenguaje puede hablar, simbolizarse y referirse a sí mismo, se producen paradojas lógicas y semánticas relacionadas con este teorema, en las que no pueden ser comprobadas mediante el mismo sistema formal.

Además, la teoría de la inacababilidad del lenguaje de Gadamer hace relación a que la limitación del análisis lógico de “lo dicho” o enunciado no permite la comprensión verdadera de “lo que se quería decir”. Así, en términos gadamerianos, un mismo texto o enunciado contempla una variedad de posibilidades de significado en potencia. Al momento que un intérprete (del texto o enunciado) en su actividad hermenéutica enuncia, indica o percibe para sí el significado del enunciado o texto original, escoge entre una de esas posibilidades de significado, hace que se realice una de estas posibilidades. Esto hace recordar los postulados de la teoría de Schrödinger en cuanto a los estados superpuestos de la materia en la física cuántica, que se utilizaron como fuente de comparación y fundamentación de la base epistemológica del presente trabajo. Pero este significado, traducción o interpretación realizada y/o mostrada por el intérprete, será una significación limitada. Será, únicamente, una de todas las posibles, la que escogió el intérprete siempre con cierta subjetividad que procede de sus conocimientos previos y bagaje cultural, así como de su propio razonamiento. Y más dramático aún, en la interpretación de las normas jurídicas, en la que el intérprete dentro del proceso subjetivo por medio de la cual le atribuye un significado a una norma jurídica (texto o enunciado prescriptivo), en realidad escoge una de todas las posibilidades de significado, tomando en cuenta que esta elección, con carga subjetiva, no está regida únicamente por sus conocimientos previos, bagaje cultural, cosmovisión y su propio razonamiento, sino probablemente también por sus propios intereses y voluntad. Mediante esta reflexión, se considera que, también, se da una explicación racional a uno de los problemas planteados en la presente investigación sobre por qué existen tantas opiniones en torno a la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o sobre la aplicación de este a un hecho concreto. El problema de por qué en conflictos concretos, muchas veces cada parte y/o sus abogados interpretan de una forma distinta un mismo texto normativo jurídico. O de

igual manera, muchas veces, subsumen o encuadran de forma distinta un mismo hecho a una misma norma jurídica o a otras normas jurídicas.



Con el objeto de analizar el conflicto de postulados filosóficos en torno al derecho y cómo estos influyen en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas y el derecho en general, se abordaron brevemente los aspectos más relevantes de las teorías filosóficas jurídicas que se consideran más importantes o influyentes en el conocimiento y experiencia del derecho. Entre estas, se analizó el iuspositivismo, el iusnaturalismo y la sociología del derecho y realismo jurídico, también se analizó la corriente jurídica del neoconstitucionalismo. Como se argumentó dentro del presente trabajo, todas las personas que crean, interpretan, aplican o estudian el derecho poseen implícita o explícitamente, consciente o inconscientemente, alguna postura filosófica en torno al derecho y la concepción que se tenga del derecho, que depende en gran parte a la afinidad o convicción con alguna de estas teorías filosóficas jurídicas, es un factor determinante con relación a la forma de interpretar y aplicar el derecho. Ya que esta adhesión a alguna de estas corrientes del pensamiento jurídico determinará cuáles son los elementos que se consideren que conforman al derecho, elementos como las normas jurídicas, la moral, los principios, la cultura, los fenómenos sociales, etcétera. Ya sea para incluirlos o para excluirlos. Esta inclusión o exclusión es sumamente importante, ya que determinan cuáles son los elementos que pueden utilizarse para interpretar el derecho y aplicarlo a casos concretos. También, esta adhesión a una de estas corrientes filosóficas jurídicas determinará de alguna manera los métodos hermenéuticos jurídicos que se utilizarán en la actividad interpretativa del derecho.

Por ende, se considera válida la hipótesis planteada en la presente investigación, con relación a que la existencia de un conflicto o una diversidad de postulados filosóficos jurídicos, junto con las paradojas que suscita la estimativa axiológica, repercuten en la interpretación y aplicación del derecho; por consiguiente, en la existencia de una diversidad de opiniones en torno a la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o sobre la aplicación de este a un hecho concreto.



Ya que se considera que las posturas irreconciliables a las que se arriban en discusiones académicas o prácticas, ya sea en el ámbito judicial, legislativo, administrativo o privado, en relación al concepto del derecho o a la interpretación y aplicación de normas, provienen o son causadas por las distintas posiciones filosóficas del derecho asumidas por los argumentantes o actores de una discusión e incluso las distintas posiciones filosóficas en general que asumen en torno a la realidad, la verdad y el conocimiento. Sin excluir también, los conflictos de intereses, voluntades y poder que pueden existir por parte de los argumentantes en esta actividad interpretativa.

Así, se puede observar cómo este conflicto de postulados filosóficos en torno a la concepción del derecho, las teorías hermenéuticas, la epistemología y la filosofía en general, no es una discusión que se realice únicamente con fines académicos o que, únicamente, tenga repercusiones teóricas. Es más bien, la base que utilizarán y de la que partirán los jueces, funcionarios administrativos y personas en general para interpretar y aplicar el derecho.

La existencia de un conflicto entre estas distintas teorías filosóficas jurídicas en relación al concepto de derecho y métodos de interpretación en el discurso y argumentación jurídica; así como el hecho que muchas veces dichas discusiones arriban a posturas irreconciliables, con resultados aparentemente infructuosos, áridos y poco fecundos; suscita, como se indicó en la presente investigación, la interrogante crítica del grado de cientificidad del derecho. Al respecto, se considera que el derecho es una ciencia cultural o del espíritu, por lo que no es una ciencia exacta. Únicamente las ciencias ideales como la matemática y la lógica pueden considerarse a sí mismas exactas, sin que esto sea un absoluto de conformidad con el teorema de la incompletitud de Gödel. Ni siquiera las ciencias naturales como la física o la química son en realidad exactas, todas tienen margen de error o inexactitud. Por lo que el derecho, como ciencia social o de la cultura, si bien puede tener cierto grado de previsibilidad y comprensión, especialmente desde una perspectiva sociológica y del realismo jurídico, este no posee un alto grado de exactitud de previsibilidad debido a la naturaleza fenomenológica del objeto de

estudio en el cual influyen una gran cantidad de variables y personas, lo que provoca incluir como variable la voluntad y psiquis de las personas. Estas últimas se refieren a cuestiones subjetivas sobre las cuales no existe una forma fiable o lógicamente posible de acceder a su conocimiento. Sin tomar en cuenta la paradoja de las ciencias culturales en relación con que dentro del estudio de estas no existe en realidad una plena distinción entre el investigador y el objeto de estudio, en el sentido que el mismo sujeto investigador como parte de la sociedad, la cultura y el fenómeno del derecho, forma parte de este mismo objeto de estudio.

Sin embargo, lo anterior no significa que el derecho no posea un grado científico de seriedad o exactitud, simplemente expresa que es una ciencia o área del conocimiento que se basa en objetivos y métodos distintos a las ciencias naturales u materiales, que tampoco son exactas ni completamente previsibles, ya que en términos de Popper son falsables y sus tesis o principios se refieren únicamente a conjeturas parcialmente corroboradas que aún no ha sido refutadas. Significa que el derecho es una ciencia que se basa en el paradigma comprensivo e interpretativo de las ciencias culturales, y no en el paradigma positivista mediante un método científico rigorista cartesiano, al cual también critica este paradigma comprensivo con mayor auge en el postmodernismo. El derecho, así, busca lograr un cuerpo idiográfico de conocimientos, y no uno nomotético de generalizaciones universalmente válidas.





## Conclusiones



- 1) Desde la perspectiva del investigador y de conformidad con los argumentos vertidos en los tres capítulos de esta investigación, se considera que la hipótesis planteada en el presente trabajo ha sido corroborada desde las esferas epistemológica, hermenéutica y filosófica jurídica.

La hipótesis planteada consiste en la inexistencia de un método o resultado de la interpretación universalmente válido del derecho debido a la imposibilidad del conocimiento absoluto e irrefutable del derecho. Así, como en la existencia de un conflicto de postulados filosóficos que influyen en el desarrollo del concepto de derecho, lo que entendemos por derecho; y que este conflicto de postulados influye en la forma en que se interpreta y aplica el derecho. Por ende, esta situación, junto con las paradojas que suscita la estimativa axiológica, repercuten en la existencia de una diversidad de opiniones en torno a la interpretación de un mismo texto normativo jurídico o sobre la aplicación de este a un hecho concreto.

- 2) Desde la perspectiva epistemológica, especialmente partiendo desde la perspectiva del escepticismo crítico y moderado o del realismo científico sobre la posibilidad del conocimiento humano, se considera que no es posible alcanzar un conocimiento universalmente válido de los objetos considerados como físicos o materiales, menos aún de los objetos considerados como ideales o metafísicos, como el derecho. Ya que su corroborabilidad con la realidad no es posible debido a su plano metafísico de existencia. Así, no se considera posible la existencia de un método universalmente válido de interpretación del derecho o del acceso a su conocimiento. Luego, se sostiene nuevamente la validez de esta hipótesis por medio del análisis propio de la hermenéutica y la pluralidad de métodos interpretativos, incluso desde la postura hermenéutica del iuspositivismo e interpretación gramatical, con el objeto de mostrar la imposibilidad teórica, lógica y práctica de que exista una interpretación verdadera, unívoca y absoluta de los textos normativos y en general del derecho. Ya que muestra las falencias de vaguedad y ambigüedad intrínsecas del

lenguaje. Esto sumado al teorema de incompletitud de Gödel y la teoría de la inacababilidad del lenguaje de Gadamer. Posteriormente, con la base epistemológica y hermenéutica ya analizada, se recalca cómo la interpretación y aplicación del derecho estará influenciada por las concepciones filosóficas del intérprete, tanto por sus concepciones filosóficas en general y sobre el acceso al conocimiento, como también por sus concepciones filosóficas en torno al derecho, entre estas el iusnaturalismo, iuspositivismo, sociología del derecho, realismo jurídico y la corriente jurídica del neoconstitucionalismo. La adhesión a alguna de estas corrientes del pensamiento jurídico determinará cuáles son los elementos que se consideren que conforman al derecho, elementos como las normas jurídicas, la moral, los principios, la cultura o los fenómenos sociales. Ya sea para incluirlos o para excluirlos. Esta inclusión o exclusión es sumamente importante, ya que determinará cuáles son los elementos que pueden utilizarse para interpretar el derecho y aplicarlo a casos concretos. También influirá de alguna manera en los métodos hermenéuticos jurídicos que se utilizarán en la actividad interpretativa del derecho. Esto, aunado a los factores socioculturales, como los valores, principios, doctrinas, ideología, costumbres e intereses, que actúan como conceptos previos o prejuicios que tiene todo intérprete y definitivamente influirán en la actividad hermenéutica.





## Referencias



- Abril, S. (2001). *La ética de Aristóteles*. España: Diputación de Albacete.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Azcárate, P. (ed.). (1871). *Platón. Obras completas*. (Tomo I). Madrid: Medina y Navarro Editores.
- Azcárate, P. (ed.). (1872). *Platón. Obras completas*. (Tomo VII). Madrid: Medina y Navarro Editores.
- Briones, G. (2002). *Epistemología de las ciencias sociales*. Bogotá, Colombia: ARFO.
- Bunge, M. (1981). *La ciencia: su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones Siglo XXI.
- Campos, J. (2008). El cuadro de oposición como instrumento de la lógica: su uso y aplicaciones en Tomás de Mercado. México: Tópicos, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Capella, J. (2008). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. España: Editorial Trotta.
- Catoggio, L. (2008). *El papel de la reflexión en la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Argentina: Universidad Nacional de Mar del Plata.



Díaz, F. (2009). *Valores superiores e interpretación constitucional*. México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

Dilthey, W. (1949). *Introducción a las ciencias del espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica.

Driver, J. (2009). *The history of utilitarianism*. USA: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edited by Edward N. Zalta, CA: Stanford University Metaphysics Research Lab. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/utilitarianism-history>

Durkheim, E. (1956). *Les Règles de la Méthode Sociologique*. Paris: Presses Universitaires de France.

Dworkin, R. (1988). *El impero de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

Fernández, O., Cárdenas, P. y Mesa, F. (2006). Rene Descartes: Un nuevo método y una nueva ciencia. *Scientia et Technica*, 12(32), p. 401-416. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.

Ferrater, J. (1994). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel.

Feyerabend, P. (1981). *Tratado contra el método*. Madrid: Tecnos.

Figal, G. (2002). *The doing of the thing itself*. Cambridge: Cambridge University Press.

Flores, I. (1995). *La técnica jurídica en la aplicación del derecho*. México: Universidad Autónoma de México.

Fronzizi, R. (1972). *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica.

Gadamer, H. (1977). *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme.



Galíndez, J. (2007). *La física cuántica en el pensamiento, la acción y el sistema neuronal*. Venezuela: Publicaciones Vicerrectorado académico COPREDE, Universidad de Los Andes.

García Máynez, E. (1994). *Lógica del raciocinio jurídico*. México: Fontamara.

García Máynez, E. (2006). *Introducción a la lógica jurídica*. México: Colofón S.A. de C.V.

García, J. (2004). La interpretación constitucional. *Revista jurídica de Castilla y León*, 2(2), p. 35-72. España: Junta de Castilla y León.

García, L. (2008). Aproximación epistemológica al concepto de ciencia: una propuesta básica a partir de Kuhn, Popper, Lakatos y Feyerabend. México: *Revista de investigación social Andamios*, 4(8), p. 185-212. Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Garzón, E. (1993). *Derecho y filosofía*. México: Distribuciones Fontamara, S.A. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

Gil, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. México: *Revista Quid Iuris*, 12(3), p. 43-61. Publicación del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Gödel K. (1981). *Obras completas*. Jesús Mosrerín (ed.). Madrid: Edición Alianza Universidad.

González, P. (2012). Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle. México: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 27(6), p. 165-192. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Grondin, J. (1999). *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder.



- Grondin, J. (2003). *Introducción a Gadamer*. Barcelona: Herder.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2014). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Habërle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Perú: Universidad Católica del Perú.
- Habërle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Haines, W. (2006). *Consequentialism*. China: Internet Encyclopedia of Philosophy, Recuperado de <http://www.iep.utm.edu/conseque>
- Hanisch, H. (1974). Principales hitos de la historia del iusnaturalismo. *Revista Chilena de Derecho*, 1(2), p. 149-164.
- Heck, P. (1961). *El problema de la creación del derecho*. España: Ediciones Ariel.
- Heidegger, M. (1998). *Ser y tiempo*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Hessen, J. (1,925). *Teoría del conocimiento*. Instituto Latinoamericano de Ciencias y Artes.
- Hilbert, D. (1902). *Mathematical problems*. USA: Bulletin of the American Mathematical Society, No. 8.
- Hume, d. (2001). *Tratado sobre la naturaleza humana*. España: Diputación de Albacete.
- Jauffret-Spinosi, R. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, con colaboración del Centro Mexicano de Derecho Uniforme y la Facultad Libre de Derecho de Monterrey.



Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. México: Trillas.

Lincoln, I. y Guba, E. (1985). *Naturalistic Inquiry*. Beverly Hills, California: Sage publications, Inc.

Lombraña, J. (1978). Lógica polivalente. *Revista de filosofía, ciencias humanas, teoría de la ciencia y de la cultura: El Basilisco*, 1(10), p. 93-99.

Martínez, J. (2010). En torno a la axiología y los valores. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Cuba: Universidad José Martí Pérez de Sancti Spíritus. Recuperado de [www.eumed.net/rev/cccss/07/jamg3.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/07/jamg3.htm)

Maslow, A. (1991). *Motivación y personalidad*. España: Ediciones Díaz de Santos, S. A.

Möller, M. (2007). *Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho. La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*. España: Universidad de Burgos.

Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Olano, H. (2006). *Interpretación y neoconstitucionalismo*. México: Porrúa y Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Papp, D. (1996). *Historia de las ciencias, desde la antigüedad hasta nuestros días*. Santiago de Chile: Andrés Bello.

Pérez, A. (1997). *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos.



- Platón (1988). *Diálogos IV República*. España: Gredos.
- Popper, K. (1973). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto, L. (1996). *El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?* Anuario de filosofía del derecho, XIII. España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Prieto, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. *En Teoría del neoconstitucionalismo*, coordinado por Miguel Carbonell. Madrid: Trotta.
- Ramos, N. (2011). *La filosofía de Miguel Reale*. Argentina: Universidad Fasta.
- Recaséns, L. (1963). *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa.
- Recaséns, L. (1975). *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa.
- Ricoeur, P. (1986). *Du Text à l'action, TA, Essais d'herméneutique II*. Paris: Seuil.
- Soriano, R. (1997). *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Trainini, J. (2004). El teorema de Bayes junto al gato de Schrödinger. *Revista Argentina de Cardiología*, 72(4), p. 299-321. Sociedad Argentina de Cardiología.
- Trainini, J. (2007). Crítica médica a la lógica formal. El teorema de Gödel. *Revista Argentina de Cardiología*, 75(2), p. 133-156. Sociedad Argentina de Cardiología.
- Viehweg, T. (1997). *Tópica y filosofía del derecho*. España: Gedisa.
- Villegas, R. (2018). Apuntes sobre las tendencias epistemológicas en la ciencia jurídica para el estudio del ordenamiento jurídico de Guatemala. Guatemala: *Revista Parlamentaria*, IX(3), p. 37-72 . Legis.

Villegas, R. (2017). *Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho*. Guatemala: Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala.



Zapata, G. (2007). La subjetividad hermenéutica. *Revista de ciencias humanas*, 12(37), p. 27-42. Universidad Tecnológica de Pereira.