



Universidad
del Atlántico

CÓDIGO: FOR-DO-109

VERSIÓN: 0

FECHA: 03/06/2020

**AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL
TEXTO COMPLETO**

Puerto Colombia, 17 de junio de 2021

Señores

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

Universidad del Atlántico

Cuidad

Asunto: Autorización Trabajo de Grado

Cordial saludo,

Yo, **LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ**, identificado(a) con **C.C. No. 8.668.620** de **BARRANQUILLA**, autor(a) del trabajo de grado titulado **FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO** presentado y aprobado en el año **2021** como requisito para optar al título Profesional de **MAGISTER EN FILOSOFÍA**; autorizo al Departamento de Bibliotecas de la Universidad del Atlántico para que, con fines académicos, la producción académica, literaria, intelectual de la Universidad del Atlántico sea divulgada a nivel nacional e internacional a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios del Departamento de Bibliotecas de la Universidad del Atlántico pueden consultar el contenido de este trabajo de grado en la página Web institucional, en el Repositorio Digital y en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad del Atlántico.
- Permitir consulta, reproducción y citación a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato CD-ROM o digital desde Internet, Intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer.

Esto de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Atentamente,

Firma

LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ

C.C. No. 8.668.620 de BARRANQUILLA

DECLARACIÓN DE AUSENCIA DE PLAGIO EN TRABAJO ACADÉMICO PARA GRADO


Este documento debe ser diligenciado de manera clara y completa, sin tachaduras o enmendaduras y las firmas consignadas deben corresponder al (los) autor (es) identificado en el mismo.

Puerto Colombia, **17 de junio de 2021**

Una vez obtenido el visto bueno del director del trabajo y los evaluadores, presento al **Departamento de Bibliotecas** el resultado académico de mi formación profesional o posgradual. Asimismo, declaro y entiendo lo siguiente:

- El trabajo académico es original y se realizó sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, en consecuencia, la obra es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad sobre la misma.
- Asumo total responsabilidad por el contenido del trabajo académico.
- Eximo a la Universidad del Atlántico, quien actúa como un tercero de buena fe, contra cualquier daño o perjuicio originado en la reclamación de los derechos de este documento, por parte de terceros.
- Las fuentes citadas han sido debidamente referenciadas en el mismo.
- El (los) autor (es) declara (n) que conoce (n) lo consignado en el trabajo académico debido a que contribuyeron en su elaboración y aprobaron esta versión adjunta.

Título del trabajo académico:	FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO
Programa académico:	MAESTRÍA EN FILOSOFÍA

Firma de Autor 1:						
Nombres y Apellidos:	LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ					
Documento de Identificación:	CC	x	CE	PA	Número:	8.668.620
Nacionalidad:	COLOMBIANA		Lugar de residencia:	Barranquilla, Atlántico		
Dirección de residencia:	Calle 104 # 51B – 154 casa 40					
Teléfono:	3738675		Celular:	3215901374		



FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO DE GRADO

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO DE GRADO	FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO
AUTOR(A) (ES)	LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ
DIRECTOR (A)	ELEUCILIO NIEBLES REALES
CO-DIRECTOR (A)	NO APLICA
JURADOS	EDUARDO BERMÚDEZ BARRERA ARISTIDES OBANDO CABEZAS
TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE	MAGISTER EN FILOSOFÍA
PROGRAMA	MAESTRÍA EN FILOSOFÍA
PREGRADO / POSTGRADO	POSTGRADO
FACULTAD	CIENCIAS HUMANAS
SEDE INSTITUCIONAL	SEDE NORTE
AÑO DE PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE GRADO	2021
NÚMERO DE PÁGINAS	136
TIPO DE ILUSTRACIONES	NO APLICA
MATERIAL ANEXO (VÍDEO, AUDIO, MULTIMEDIA O PRODUCCIÓN ELECTRÓNICA)	NO APLICA
PREMIO O RECONOCIMIENTO	LAUREADA



FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ
TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN FILOSOFÍA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO
PUERTO COLOMBIA
2021



FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

**LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ
TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN FILOSOFÍA**

**ELEUCILIO ANTONIO NIEBLES REALES
DOCTOR EN EDUCACIÓN**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO
PUERTO COLOMBIA
2021**

NOTA DE ACEPTACION

LAUREADA

DIRECTOR(A)

ELEUCILIO NIEBLES REALES

JURADO(A)S

EDUARDO BERMÚDEZ BARRERA

ARISTIDES OBANDO CABEZAS

DEDICATORIA

Además de cumplir con este trabajo el requisito para culminar la Maestría en Filosofía de la Universidad del Atlántico, pretendo hacer un homenaje:

A mis hijos: Eduardo Pablo, Marlon Enrique y Felipe Andrés, nortes de mi vida.

A mi esposa: Maritza, mi compañera de toda la vida, por su apoyo incondicional, quien, a riesgo de robarle la dedicación que merece, siempre ha sido cómplice de mis aventuras intelectuales.

Al profesor Rafael Osorio Peña, quien me inició en el saber filosófico en el Colegio Barranquilla y luego lo continuó y afianzó en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico, e hizo despertar en mí el interés por la filosofía en general y por la filosofía del Derecho en especial.

AGRADECIMIENTOS

A mi director de tesis, Dr. Eleucilio Antonio Niebles Reales, por su paciencia, dedicación, orientación y comprensión, pero sobre todo por haber creído en el objeto de este trabajo, el cual podía ser susceptible de escepticismo.

Al Dr. Juan Antonio Pabón Arrieta, que ha sido guía y orientador permanente de este trabajo.

Al Dr. Jean Paul Vásquez Gómez, quien ha sido permanente interlocutor en la construcción de este trabajo académico.

Al Abogado y estudiante de Filosofía Carlos Andrés Caballero Cañas, quien me auxilió de manera relevante tanto en la organización bibliográfica como técnica de este trabajo.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

RESUMEN

Los argumentos son las razones o justificaciones que sostienen nuestras construcciones intelectuales. Son recursos discursivos empleados para persuadir, convencer o probar algo a un auditorio. Así es desde tiempos inmemoriales tanto en el ámbito del Derecho como en el campo de la Filosofía. En este sentido, los argumentos esbozados en este trabajo de investigación intentarán defender, por un lado, la vocación científica del Derecho. Para tal efecto, se examinará ineludiblemente la compatibilidad (o similitud) del saber jurídico con las características de la ciencia planteadas por la filosofía de la ciencia, en especial, desde la perspectiva sistémica y materialista de Mario Bunge.

Por otro lado, se pretende indagar sobre los elementos filosóficos más relevantes del Derecho, concretamente los estéticos, ontológicos y epistemológicos, y cómo éstos contribuyen a adoptar decisiones con mayor grado de corrección. Para tal efecto, en lo estético, la discusión estará en presentar cómo los sentimientos y las emociones coadyuvan a descubrir y ahondar desde el alma la sensación de injusticia, la ausencia de libertad y la desigualdad, entre otras. En lo ontológico, la reflexión se centrará en la tesis de Luis Recaséns Siches quien sostuvo que la realidad jurídica está integrada tripartitamente en *norma, valor y justicia*; y en lo epistemológico, la deliberación consistirá sobre la verdad y su garantía a través de los medios de prueba en el Derecho

Metodológicamente, este trabajo de investigación es de tipo descriptivo–comparativo con enfoque cualitativo. El método adoptado es dual: analógico en el primer capítulo, e inductivo en el segundo.

Palabras clave: Derecho, Ciencia, Filosofía, Justicia correcta.

ABSTRACT

The arguments are the reasons that sustain our intellectual constructions. They are discursive resources used to persuade, convince or prove something to an audience. This has been the case since time immemorial both in the field of Law and in the field of Philosophy. The arguments outlined in this research work, on the one hand, will try to defend and justify the scientific vocation of Law. To this effect, the compatibility (or similarity) of legal knowledge with the characteristics of science as proposed by the philosophy of science will be unavoidably examined, especially from Mario Bunge's systemic and materialistic perspective.

On the other hand, it is intended to investigate the most relevant philosophical elements of the Law, specifically the aesthetic, ontological and epistemological ones, and how they contribute to make decisions with a higher degree of correctness. To that effect, in the aesthetic aspect, the discussion will be about how feelings and emotions contribute to discover and deepen from the soul the sensation of injustice, the absence of freedom and inequality, among others; in the ontological aspect, the reflection will be centered in the thesis of Luis Recaséns Siches that sustains that the juridical reality is integrated tripartite

in norm, value and justice; in the epistemological aspect, the deliberation will consist on the truth and its guarantee through the means of evidence in the Law

Methodologically, this research work is of a descriptive-comparative type with a qualitative approach. The method adopted is dual: analogical in the first chapter, and inductive in the second.

Keywords: Law, Science, Philosophy, Correct justice.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTOS	5
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO 1. EL CARÁCTER CIENTÍFICO DEL DERECHO	16
1.1. El Derecho como mito.....	16
1.2. El Derecho como retórica.....	19
1.3. El Derecho como técnica.....	23
1.4. El Derecho como dogmática	25
1.5. El Derecho como ciencia.....	29
<i>1.5.1. El Derecho ¿parte de la ciencia o de las ciencias?</i>	29
<i>1.5.2. ¿Tiene el Derecho vocación científica?</i>	38
CAPÍTULO 2. EL CARÁCTER FILOSÓFICO DEL DERECHO	62
2.1. La estética del Derecho	62
2.2. La ontología del Derecho	68
2.3. La epistemología del Derecho.....	92
CONCLUSIÓN	124
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad clásica, la cultura occidental ha reconocido en el Derecho un instrumento imprescindible e indispensable para el logro de la coexistencia y convivencia social y pacífica, de los ciudadanos, constituyendo el fundamento de una vida social, política y económica sin derramamiento de sangre, autodestrucción y barbarie, en cuyo imperio el hombre, su dignidad y sus bienes, gozan de seguridad y protección.

En Grecia, por un lado, el Derecho como participación de la idea de justicia (Friedrich, 1964), es una necesidad imperiosa de la humanidad que es –y debe ser– ejercida en condiciones de simetría, igualdad, ecuanimidad, proporcionalidad y libertad para el alcance del bienestar común de la civilización. Su función tripartita entre los atenienses, consistió en: (i) educar y formar virtuosamente a los ciudadanos, (ii) mantener la paz y el orden en la ciudad–Estado, y (iii) arbitrar o enjuiciar las controversias que se suscitaban en el seno de la *polis*.

Sobre este aspecto, el ingenio de Platón de Atenas lo destacó con soltura en el *Protágoras* cuando el reconocido sofista y jurista de Abdera –amigo de Pericles– que dio nombre al diálogo filosófico, examina y explica al ágrafo Sócrates de Alopeco, el mito de Prometeo y Epimeteo referente al origen de la sociedad, la cultura, las leyes, la política, la democracia, y la distribución o el reparto igualitario del bien de la justicia. Por su parte, Aristóteles de Estagira en sus textos *Ética a Nicómaco*, *Política* y *Retórica*, enseña que el ser humano es el mejor de los animales cuando vive y convive conforme –y en observancia– a la justicia, virtud ética por excelencia (*areté*), y el último cuando lo hace al margen –y en transgresión– de ella. Así pues, no resulta errado afirmar que *themistes*, *dike*, *themis*, *nomos*, *isonomía*, *demokratia*, *dikaiosyné*, *polis*, *eunomía*, *cosmos*, *isotés* y *paideia* son tópicos que representan la evolución o cronología del

Derecho, y su relación con la naturaleza de la realidad, en la tradición literaria de los griegos (Jaeger, 1953).

En Roma, por otro lado, particularmente en el periodo republicano, el Derecho se presenta en forma de jurisprudencia, esto es, como arte y ciencia de la prudencia que contrarresta el despotismo y la arbitrariedad, y refuerza el ideal político del gobierno de las leyes en contra del gobierno de los hombres –entendiendo a las leyes como productos de la recta razón práctica, acordes con el principio del bien común y bajo el presupuesto de que a cada quien se le debe garantizar lo suyo–, tan destacado en la obra teórica y práctica del filósofo político y moral, jurisconsulto y retórico Marco Tulio Cicerón (Pabón–Arrieta, 2018). Asimismo, se resalta el clásico aforismo latino *Ubi societas, ibi jus*, esto es, *Donde hay sociedad, hay derecho*, con lo cual se concluye que el Derecho es un elemento inherente en las asociaciones humanas que materializa y concretiza la vida social en condiciones pacíficas, civilizadas y democráticas.

En las sociedades contemporáneas, tales afirmaciones históricas antedichas de la tradición greco–latina, se reiteran en la práctica jurídica al aplicarse y cumplirse cada vez más, por parte de los operadores jurídicos, los cuerpos de normas, reglas y principios que guían u orientan la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses o al menos evitan, parcialmente, que éstos se susciten, p. ej. a nivel nacional o interno, la Jurisdicción Especial de Paz y su aplicación de los parámetros de protección de Derechos Humanos (Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC–EP, y demás normatividades del Bloque de Constitucionalidad) y de Derecho Internacional Humanitario (los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, que buscan proteger en los conflictos armados internacionales e internos a la población civil, los prisioneros de guerra, los náufragos, personas heridas, etc., y el llamado Derecho de la Haya o Derecho de la guerra contenido en la Convenios de la Haya de 1899 y

1907, que buscan regular las hostilidades, los métodos y medios del accionar bélico); y a nivel internacional o global, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos; los primeros, con su cumplimiento articulado a nivel regional de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y los pronunciamientos (sentencias, informes, opiniones, resoluciones, medidas cautelares y recomendaciones) de sus órganos competentes; los segundos, con su cumplimiento de la Carta de San Francisco de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y demás instrumentos supranacionales con carácter *ius cogens*.

Al ejercer el Derecho, desde la antigüedad clásica hasta nuestros días, un papel tan importante en las sociedades nacionales e internacionales, y dado el valor que la humana civilización le atribuye a la ciencia y a la filosofía, los basamentos científicos y filosóficos que el Derecho tenga, determinarán o condicionarán, en gran medida, su aceptabilidad, credibilidad, confiabilidad, validación y eficacia como instrumento de convivencia social y de paz nacional y mundial. Más aún, constituirán el horizonte de sentido, el aviso para navegantes, el faro iluminador, y la brújula en la expedición, que guiará y complementará la *praxis* jurídica. En términos analógicos, el reconocido iusfilósofo colombiano Ortiz–Rivas (2000), lo menciona de la siguiente manera:

[...] tanto la protección como la fundamentación de la justicia [entiéndase en este caso Derecho] son indispensables para su existencia social e individual. La una y la otra se complementan; no chocan entre sí; las dos son partes de un todo. La protección tiene naturaleza práctica, la fundamentación teórica; la primera sin la segunda es ciega, la segunda sin la primera es vacía. (p. 350)

Ahora bien, ¿es el Derecho un saber con carácter científico?, ¿tiene el saber jurídico fundamentos filosóficos?, ¿cuáles son ellos y de qué manera pesan o influyen en la aproximación a una justicia correcta?

En lo relativo a la calificación científica o no del Derecho, existen tres grandes tendencias:

La primera, que niega expresa y rotundamente que el Derecho tenga algún carácter científico. Esta posición se inició con Blaise Pascal en su texto *Pensamientos*, continuó con Julius von Kirchmann en su famosa conferencia sobre *El carácter acientífico de la jurisprudencia* y, aunque se ha morigerado, persiste en la actualidad en posiciones como la del destacado profesor de lógica Nelson Barros Cantillo en su ensayo *¿Es el derecho una ciencia?*

La segunda, que, si bien no niega expresamente el carácter científico del Derecho, sólo hace referencia a sus características como arte, técnica y retórica, guardando silencio sobre su consideración o no como ciencia. En este sentido, y con alguna que otra salvedad, el jurista español Alejandro Nieto con su *Crítica de la razón jurídica*.

La tercera, que enuncia y afirma expresamente el carácter científico del Derecho. En una primera aproximación, por un lado, su fundamentación era débil, tal es el caso en el siglo XIX de Friedrich Karl von Savigny en su escrito *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, y Rudolf von Ihering en los artículos recopilados bajo el rótulo *¿Es el Derecho una Ciencia?*, entre otros. En una segunda aproximación, por otro, la fundamentación es fuerte, como la expuesta en grandes obras de prestigiosos juristas del siglo XX, p. ej. en la primera mitad de la centuria, Hans Kelsen con su *Teoría Pura del Derecho*, Karl Larenz con su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Luis Recaséns Siches con su *Tratado General de la*

Filosofía del Derecho y Francesco Carnelutti con su *Metodología del Derecho*. De igual manera, a finales de la centuria, la cuestión se revitaliza en los planteamientos de iusfilósofos más contemporáneos como Manuel Atienza Rodríguez en su abundante y meticulosa obra, especialmente en su *Introducción al Derecho*, y en Arthur Kaufmann en su magnífico e influyente tratado *Filosofía del Derecho*.

No obstante los grandes avances en la fundamentación teórica del Derecho como ciencia, ha faltado mayor integralidad en el tratamiento del tema, lo cual ha impedido que se llegue a conclusiones más acabadas sobre el asunto, como quiera que, durante mucho tiempo, y de manera constante, algunos académicos han considerado que el Derecho es un saber que sólo alcanza la categoría de arte, retórica o técnica, y a lo sumo de dogmática jurídica, pero que carece de características científicas, en esta investigación se propone establecer si efectivamente tiene o no esas características. De tener estas últimas, ¿cuáles serían ellas? Si comparten las generales que le son atribuibles a la ciencia o ciencias y/o si el Derecho ostenta, además, características peculiares. En caso afirmativo, ¿cuáles serían?

En cuanto a los fundamentos filosóficos del Derecho, desde el siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI, iusfilósofos como Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Herbert Lionel Adolphus Hart, Alf Ross, Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza Rodríguez y Arthur Kaufmann, entre otros, cada uno de ellos relievra unos u otros aspectos filosóficos del Derecho, tales como lo ontológico, epistémico, axiológico, ético, lo argumentativo y hermenéutico.

Sin embargo, en la fundamentación teórica del Derecho en su dimensión filosófica, el énfasis que se ha hecho en uno u otros aspectos no ha contribuido a un acuerdo o consenso acerca de cuál o cuáles son los elementos filosóficos relevantes en el Derecho. Por tanto, en este trabajo

de investigación se intentará examinar cuáles son los elementos filosóficos más relevantes para el Derecho, concretamente en lo ontológico, epistemológico y estético, y cómo éstos contribuyen a adoptar decisiones con mayor grado de corrección.

CAPÍTULO 1. EL CARÁCTER CIENTÍFICO DEL DERECHO

En este capítulo se pretende sustentar que no es exótico ni extraño afirmar que el saber jurídico, en su nivel más integral y contemporáneo, pese a sus particularidades en el ámbito de lo social, tiene carácter y vocación científica.

Para abordar el desarrollo de este primer objetivo, es pertinente, en primera medida, partir de las siguientes nociones de algunas perspectivas no necesariamente científicas del Derecho: el mito, la retórica, la técnica y la dogmática, a fin de diferenciar este tipo de saberes o disciplinas con gran influencia en el ámbito jurídico del conocimiento científico. Posteriormente, es ineludible, en segunda medida, presentar la compatibilidad del saber jurídico con las características de la ciencia planteadas por la filosofía de la ciencia, en especial, desde la perspectiva sistémica y materialista de Mario Bunge.

1.1. El Derecho como mito

Una de las primeras expresiones o formas en que el Derecho se presentó en los orígenes de la cultura humana fue a través del mito, tanto en las sociedades occidentales como en las orientales, inclusive, las indoamericanas o amerindias. La mitología, esto es, la naturaleza *deificada* recogida y sistematizada por el canto de poetas y rapsodas, considerados emisarios divinos, satisfizo parcialmente el deseo del hombre por hallar explicaciones (causas) y comprensiones (razones y justificaciones) a los distintos fenómenos (naturales y sociales) que lo rodeaban. En otros términos, el mito fue la primera aproximación dada para conocer una realidad resistente a ser conocida, una respuesta a la necesidad humana de entender y *domesticar* el azar, el caos, el destino, la fatalidad, la contingencia y la incertidumbre que lo circundaba.

Evidentemente, el mito constituye un periodo previo a la ciencia y a la filosofía que pretendió –y aún pretende– ofrecer una solución sagrada, metafórica, dogmática, irrefutable y no racional a los interrogantes del mundo natural y humano. Siendo una narración mágica o relato simbólico que contiene elementos reales y ficticios de un pasado impreciso y remoto, recogido por nuestros ancestros o antepasados como herencia contra el olvido para las generaciones venideras, su función, entre tantas otras, consiste en representar –por medio de personajes heroicos y legendarios– modelos de vida a imitar o, en su defecto, servirse como ejemplo de advertencias y avisos sobre determinados peligros.

En lo que al origen mítico del Derecho en Occidente se refiere, la obra *Teogonía* de Hesíodo, sin desconocer la relevancia de su otra obra *Los trabajos y los días* y los aportes cronológicamente anteriores del poeta épico Homero en la *Ilíada* y la *Odisea*, da cuenta en la Grecia arcaica o de la antigüedad griega remota, y para nuestra memoria colectiva, de representaciones fantásticas y simbólicas sobre la existencia y genealogía de deidades, entre otras, sobre el Derecho y la justicia.

La deidad de mayor jerarquía era Zeus, dios supremo, entre otros, del Derecho y la justicia. Al lado de esa superioridad, existían deidades especializadas en esos asuntos, como Themis y Diké, diosas del Derecho y la justicia respectivamente. En igual plano, estaban Eunomía, divinidad de la ley, y Eirene, divinidad de la paz. No obstante, esos dioses acusaban debilidades en la capacidad de administrar justicia, pues mostraban desproporción, arrogancia, preferencias y caprichos, circunstancias éstas que sirvieron de justificación al titán Prometeo para robarles el fuego de Hefesto y la sabiduría de Atenea, con el cual debían tener claridad y sabiduría para impartir justicia, acusándolos de ser incapaces y falibles. Para demostrar esa incapacidad de los dioses, los hizo caer en error. Para ello descuartizó un buey, escondiendo la

carne en el cuero del animal muerto, y los huesos los cubrió de grasa, de manera que tuvieran la apariencia de carne atractiva y apetitosa. Los dioses cayeron en la trampa y escogieron los huesos, lo que le permitió a Prometeo decir que no tenían capacidad para escoger y decidir con acierto. Siendo así, los dioses mucho menos tendrían capacidad para administrar justicia. Ello justificó que Prometeo entregara el fuego a los humanos y con ello la facultad de administrar justicia, con menos falibilidad que los dioses.

De igual manera, la pluma poética de Platón de Atenas rescató para la posteridad en el *Protágoras*, un bello relato, examinado y explicado por el sofista de Abdera que figura en el nombre del diálogo filosófico, con el fin de argumentar que el Derecho, como participación de la *areté*, hace buenos y mejores los hábitos del ser humano, de ahí que, el pueblo cuide de él –y luche por él– como los muros de su ciudad. Igualmente, sostiene Ortiz–Rivas (2000), que Protágoras formuló:

[...] una hipótesis acerca del origen de las especies, la cultura, la sociedad, la justicia, la ley y la posibilidad de enseñar el *areté* relativa al derecho y la política. Así mismo, el célebre mito es un ensayo para justificar la ideología democrática opuesta a las tendencias aristocráticas de Platón. (p. 367)

Narra que, en la génesis del mundo, cuando Zeus, rey de los dioses y máxima deidad del Olimpo, creó a los mortales de una mezcla de fuego y tierra; le encomendó al titán Epimeteo, hermano de Prometeo, descender a la tierra para entregar discriminadamente a los hombres determinadas cualidades, atributos o propiedades de los dioses, como las artes y las construcciones, siendo los únicos animales favorecidos con la decisión. El objetivo perseguido por Zeus con la distribución, fue que los mortales pudiesen conformar ciudades pacíficas y organizar comunidades políticas civilizadas alejadas del traumatismo y los estragos del estado de

naturaleza. En efecto, con el transcurso de los años, los humanos lograron agruparse socialmente, construyendo majestuosos monumentos y excelsos templos.

Sin embargo, la sombra de la guerra se repetía entre ellos como comportamiento o conducta normalizada y aceptada, pues seguían los constantes conflictos bélicos, las continuas barbaries y las frecuentes atrocidades. Era el *bellum omnium contra omnes* (la guerra de todos contra todos). Preocupado por esta situación, Zeus decidió enviar a Hermes, interprete de los mensajes divinos ante los seres terrenales, para que repartiese a los humanos el bien de la justicia. El dioscello Hermes asaltado por la duda, debido a la discriminación en la repartición hecha por Epimeteo, le preguntó a Zeus quiénes debían ser dotados con tales beneficios, ante lo cual, este último respondió contundentemente:

A todos, [...] y que todos sean partícipes. Pues no habría ciudades, si sólo algunos de ellos participaran, como de los otros conocimientos. Además, impón una ley de mi parte: que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad. (Platón, 1985, p. 527)

1.2. El Derecho como retórica

Entendido el arte como la creación de un producto material o inmaterial que destaca lo sensitivo, imaginativo y artístico, y aunque en el Derecho este aspecto no es determinante ni dominante, sí existe en él un componente de arte: la retórica, el cual se presenta en una constante histórica, unas veces más intensa que en otras. «Entendamos por retórica la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer» (Aristóteles, 1999, p. 173). La retórica, como pragmática del lenguaje, luego de la sintáctica y la semántica, se presenta como instrumento de persuasión, movimiento, movilización y convencimiento, dirigida al *pathos* o sentimiento

(pasión, afectos, emociones, compasión, ira, etc.) de las personas individual o colectivamente consideradas, ya que busca con destreza influir en los demás y lograr su adhesión. Siendo lógica intersubjetiva, y no formal–silogística o demostrativa lógico–matemática, su carácter funcional es la verosimilitud, la razonabilidad y la plausibilidad.

La retórica clásica se consideraba un arte (y una ciencia) de la *persuasión*. La persuasión no estaba considerada como un artificio culpable y estaba orientada socialmente: constituía una forma de razonamiento que no partía de *primeros principios* incontrovertibles (como los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluso) y no operaba mediante *silogismos apodícticos*. La retórica, como, por otra parte, la dialéctica, se ocupaba de premisas probables abiertas a la discusión y a la refutación: sólo que, mientras la dialéctica debía sacar a partir de dichas premisas conclusiones aceptables racionalmente, la retórica articulaba sus propios silogismos, o entimemas, para mover pragmática, emocionalmente, al destinatario. (Eco, 1985, citado en Silva, 2008, p. 304)

Los tres componentes básicos, dentro de una comunicación discursiva, son fundamentalmente: (i) el sujeto que habla, bien sea un orador o enunciador; (ii) aquello de lo que habla, es decir, el discurso como unidad lingüística; y (iii) aquel a quien habla, sea un auditorio o interlocutor. Por su parte, las etapas de producción del discurso, que se armonizan con las cualidades de las que un orador no debe carecer según la retórica clásica, son: (i) la capacidad de invención o descubrimiento (*inventio*); (ii) la capacidad de disposición u organización (*dispositio*); (iii) la capacidad de elocuencia (*elocutio*); (iv) la capacidad de memoria (*memoria*); y (v) la capacidad de dicción (*actio*) (Silva, 2008).

Vale recordar que fue Aristóteles de Estagira quien rescató a la retórica, pues, según afirma el profesor Atienza (2013), aquél pensaba que:

[...] era necesaria, porque había asuntos simplemente opinables y en relación con los cuales no era posible una argumentación puramente científica, apodíctica. Y posible porque lo verdadero y lo bueno tiene, en principio, más fuerza que sus contrarios; el fundamento de la retórica presupone, en efecto, cierto optimismo en el género humano, la esperanza fundada en que, si se presentan adecuadamente, las argumentaciones basadas en la verdad y en la justicia son más persuasivas que sus contrarias. (pp. 369–370)

Además de Aristóteles de Estagira, y sin menoscabar a Zenón de Citio, Hermágoras de Temnos, Cecilio de Cálate, Dionisio de Halicarnaso, y Cornificio, los máximos exponentes o cultivadores del estudio de la retórica en la antigüedad grecorromana, debido a la existencia de instituciones políticas y judiciales como el Ágora y las cortes populares, fueron: (i) Los Sofistas en el mundo helénico, especialmente Hippias de Elis, Gorgias de Leontini, Trasímaco de Calcedonia, Antifón y Alcidas (cuyos orígenes biográficos se desconocen). Estos filósofos itinerantes y errantes eran, además, maestros en dialéctica y grandes enciclopedistas. Infortunadamente sus textos se extraviaron y los pocos fragmentos que permanecen de ellos se conocen gracias a sus críticos más acérrimos: Aristófanes, Jenofonte, Platón y Aristóteles (Ortiz–Rivas, 2000). Asimismo, es crucial el aporte de (ii) Marco Tulio Cicerón en la Roma de la época republicana con sus *De Inventione*, *Topica*, *De Oratore*, quien, no está de más recordarlo, fue *Pretor*, político republicano y filósofo práctico; y finalmente (iii) Marco Fabio Quintiliano en España y Roma con los doce libros de la *Institutio Oratoria*.

Posteriormente, estas contribuciones fueron rigurosamente estudiadas en la Edad Media por maestros escolásticos en universidades y escuelas hacia los siglos XII y XIV y durante los siglos XV-XVII en el periodo postmedieval (Wenger, 2015).

Por otro lado, el renacimiento contemporáneo de esa retórica clásica fue elaborado, casi dos mil años después, en la segunda mitad del siglo XX por Chaïm Perelman, junto con su colaboradora Lucie *Olbrechts-Tyteca*, y Stephen Toulmin con sus respectivas teorías de la argumentación. En el primero, por medio de su *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*; en el segundo, con sus *Tratado de la argumentación* y *Los usos de la argumentación*. Sus construcciones intelectuales, denominadas *Nueva retórica* o *neoretóricas*, arraigadas en gran medida por el pensamiento de posguerra que intentaba huir del racionalismo y absolutismo radicales producto de la concepción cartesiana, implicaron el desarrollo, reinención, actualización y renovación de una de las etapas de la producción del discurso: la capacidad de invención o descubrimiento, también llamada *inventio*.

Esta fase concreta de la subdivisión de la retórica, constituye el momento en el que el orador busca, descubre, halla, selecciona y manipula los argumentos, los tópicos y las premisas probables que, como recursos o justificaciones empleadas, ofrecidas o planteadas, permiten pragmáticamente persuadir o mover a un auditorio (en la mayoría de los casos), convencer a una persona (en la minoría de los casos) o probar algo a un determinado oyente (en casos muy específicos). En otros términos, los argumentos o premisas probables son los materiales necesarios e indispensables de trabajo al servicio del orador y del oyente para entablar un dialogo racional. Para bien o para mal, y debido a que el florecimiento de la retórica se dio, en gran medida, gracias a la existencia de instituciones políticas y judiciales como las asambleas y los tribunales populares en la antigüedad, no resulta extraño que toda esta tradición argumentativa

haya influido como aliada en afamados juristas como Manuel Atienza Rodríguez, Juan Antonio García Amado, Luis Recaséns Siches, Theodor Viehweg, Neil MacCormick, Robert Alexy, y demás, a fin de encontrar aplicaciones prácticas en el universo del Derecho.

1.3. El Derecho como técnica

El Derecho no es sólo un conjunto de principios epistemológicos, hermenéuticos, lógicos, políticos, axiológicos y éticos que parten de una concepción un tanto consensuada de la justicia y de lo debido, sino que –también– es técnica, entendida ésta como la destreza y habilidad para hacer una actividad o ejercer un oficio, bien sea en el rol de jurista (jueces y jurisconsultos) o de abogados litigantes. En este sentido, el Derecho como servicio es equiparable a la práctica o profesión médica y el asesoramiento en ingeniería. Corresponde a los profesionales del Derecho, trabajar en el cómo se ejecutan los procedimientos y se realizan las practicas encaminadas a la concreción de la justicia, la igualdad, el progreso, el control y orden sociales, la paz, la convivencia social y el bienestar común.

Evidentemente, la herramienta jurídica no es neutra, está impregnada de ideologías y filosofías que implican que su neutralidad sea prácticamente nula, p.ej. el choque formalismo legalista o positivismo jurídico de Europa continental versus el realismo sociológico o pragmatista angloamericano y escandinavo (Bunge, 1999). Como dijo Nieto (2007), metafóricamente, «El Derecho no es una ciencia neutral y el jurista (si vale la expresión) no puede nadar y guardar la ropa, y si se mete en el río saldrá inevitablemente mojado» (p. 60).

El Derecho, al que Bunge (2000) concreta en la legislación (estudio de la ley jurídica) y la jurisprudencia (aplicación judicial de la norma jurídica), constituye una técnica social –o sociotécnica– de control y reforma, fundada sobre la ciencia y acopiada con «[...] los estudios

sociales, en particular la psicología social, la sociología, la economía, las ciencias políticas y la historia» (Bunge, 1999, p. 383), que pretende alcanzar la justicia y la resolución de controversias intersubjetivas de intereses. Es una rama emergente de la tecnología o sociotecnología, en plano de igualdad que la administración de empresas, la ingeniería, la educación, y el trabajo social. Su perspectiva filosófica de carácter sistémica (entendida como síntesis entre individualismo y holismo) y materialista (posición contraria al idealismo), lo lleva a pensar que, en la resolución del caso concreto, el operador jurídico debe posibilitar una relación entre (i) normas jurídicas aplicables a la controversia, (ii) datos empíricamente corroborados y valorados legalmente, (iii) jurisprudencia (precedentes y doctrinas legales), y (iv) teoría jurídica que guíe y complemente en el proceso de interpretación.

Por su parte, la visión iusfilosófica de Nieto (2007) presenta conclusiones analógicas con la bungeana. Si bien la concepción es similar o semejante, no es idéntica u homogénea, ya que el realismo jurídico aparejado de relativismo y escepticismo que pretende defender el jurista español es categóricamente rechazado por el materialismo sistémico del filósofo argentino.

Así pues, sostiene el autor de *Crítica de la razón jurídica* que el Derecho es un instrumento o medio históricamente al servicio, sea de un valor ético o del poder político (o religioso). Asimismo, establece que la diferencia de la técnica jurídica de otras no necesariamente jurídicas, como la sociológica y la lógica, consiste en dos factores: (i) su carácter operativo y (ii) su carácter finalista. El primero predica que el operador jurídico emplea determinados materiales de trabajo como las leyes (o normas jurídicas), las sentencias, las opiniones o doctrinas legales que profesionales de otras áreas o disciplinas no manejan con soltura y desenvolvimiento. El segundo manifiesta que el jurista aspira a juntar en el concepto metafísico de *Ordenamiento Jurídico* un conjunto de referentes externos estrictamente normativos (leyes, Constitución

política, reglamentos administrativos, jurisprudencia o precedentes, costumbres, etc.) que el lego no puede ejecutar y aplicar debido a su desconocimiento e inexperiencia, ya que no tiene experticia ni adiestramiento en el manejo de tal habilidad técnico-jurídica.

La técnica jurídica permite, en el caso concreto, establecer el cómo o la manera de determinar la verdad en lo fáctico (corroborar datos empíricos sobre los hechos motivo de examen legal), valorar las relaciones jurídicas intersubjetivas y encontrar razones que permitan la declaratoria del Derecho en el asunto específico. De allí que, siendo un instrumento o medio de cambio social, esté fundada en el saber filosófico, en particular, la lógica, la teoría del conocimiento, la filosofía moral, la filosofía política, entre otras. Lo cual, a su vez, ayuda en mayor medida a desplegar un conjunto de razonamientos fuertes encaminados a fundamentar a quién le asiste el Derecho. En ese sentido habrá una carga de teoría y practicidad, tales como recursos, alegatos, medios de prueba, etc. (Mora-Restrepo, 2005). También consistirá en el saber hacer, saber obrar, saber decir, saber sustentar, saber realizar.

1.4. El Derecho como dogmática

Los dogmas son los principios, reglas, normas y valores que se admiten apriorísticamente como verdades indiscutibles e inmutables. Son axiomas que no están sujetos a experimentación ni validación contrastable. En efecto, razón le asiste a Nieto (2007) cuando apunta que «*El dogmatismo es la negación deliberada de la historicidad habida cuenta de que los dogmas están por encima del tiempo (y de la realidad) como el teorema de Pitágoras es válido en cualquier galaxia e incluso independiente de la aparición del mundo y de los seres inteligentes*» (p. 31). Estos enunciados, considerados evidentes e indemostrables, son los puntos de partida de una

actividad, las reglas de juego de una técnica, o los datos básicos con los que opera un profesional; en el Derecho, en apariencia, los dogmas son –generalmente– las normas jurídicas.

La dogmática jurídica, saber polémico y sin mayor capacidad de crítica, acepta como válido y correcto, y por consiguiente aplicable, el Derecho vigente, presumiendo que está conforme con el sistema jurídico políticamente adoptado, incluidos en éste los valores, principios, normas y reglas, ya que se asume que está en armonía con el ordenamiento jurídico superior, p. ej. un juez o tribunal cuando aplica una norma de orden legal sin establecer previamente si es o no constitucional. A manera de sub–ejemplos: (i) la decisión judicial de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad, sin establecer previamente la responsabilidad del procesado, con la única condición de que se reúnan los requisitos formales y sustanciales establecidos en el Código de Procedimiento Penal, y (ii) la decisión del juez de declarar el desistimiento tácito o presunto de la demanda porque el demandante no ha acreditado las expensas para los gastos del proceso judicial.

Sobre la dogmática jurídica, Kaufmann (1999), expresa:

Dogmática es, según Kant, “el procedimiento dogmático de la razón pura, *sin previa crítica de su propia capacidad*”. El dogmático parte de presupuestos que toma sin examen como verdaderos, él piensa *ex datis*. El dogmático del derecho no pregunta qué es “en general” derecho y si, bajo cuáles circunstancias, en qué proporción y de qué manera hay “en substancia” conocimiento jurídico. (p. 48)

Usualmente en la dogmática jurídica la reflexión es inalterable, no trasciende el Derecho vigente, y si tiene en cuenta normas derogadas es para resaltar la vigencia y validez de aquellas que las sustituyen o, a lo sumo, para enfatizar la mejor técnica que debe emplearse. En todo caso,

en aquélla esa reflexión jurídica es intrasistémica, esto es, al interior del sistema jurídico. El contorno de éste es su frontera. Cualquier intento de ser transistémica, es decir por fuera del Derecho políticamente adoptado es considerado ilegítimo, peligroso y subversivo del orden jurídico.

Este modelo tradicional de dogmática jurídica, prevaleciente en el mundo latino, parece contener, según manifiesta Atienza (2015), las siguientes características:

[...] está profundamente anclado en el formalismo jurídico como concepción del Derecho; tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etcétera; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y la moral; se centra en el derecho formalmente válido y no en el derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende por el uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. (p. 184)

Sin embargo, como él desarrolla sintéticamente, esta visión formalista que justifica el carácter irreflexivo y acrítico de la dogmática del Derecho resulta en la actualidad insatisfactoria, en la medida que la dogmática jurídica –expresión introducida en el siglo XVIII y consolidada por la escuela histórica en el siglo XIX, cuyo término entre los juristas fue acuñado por el positivismo jurídico– no es dogmática (no es tan cerrada como se pretende que sea), más aún, sitúa aquella disciplina en un plano que denomina tecno–praxis o praxis tecnificada, esto es, la dogmática jurídica como híbrido entre técnica social y filosofía práctica (moral y política),

intersección o solapamiento entre razón instrumental (o de medios) y razón práctica (o de fines). Sostiene que, si bien las normas jurídicas son consideradas por los dogmáticos del Derecho como dogmas, éstas no son inmodificables como podrían serlo en el ámbito teológico (cuyas verdades sagradas preservan –y a su vez evitan el quebrantamiento de– la unidad de la fe religiosa), sino que, como productos convencionales pertenecientes a un contexto histórico determinado, están sujetas a la modificación y transformación, lo que implica que, si existen buenas razones para el cambio, no resulta arbitrario introducir o aplicar las mismas.

Así pues, considera el eminente profesor de la Universidad de Alicante que la dogmática jurídica es un saber intermedio entre la ciencia y la teología. Entiende que, si las normas jurídicas son proposiciones mudables, la dogmática jurídica comparte aproximadamente con la ciencia la característica de la provisionalidad y la naturaleza hipotética de las leyes, teorías y conjeturas científicas. Por su parte, si los cambios en el Derecho operan en función de buenas razones que permiten realizar excepciones a las normas jurídicas generales (Aristóteles denominó esta circunstancia *equidad*), tales innovaciones deben realizarse en el marco de competencias previas que faculten efectuar las mismas, lo que hace pensar que la dogmática jurídica comparte con la teología la noción de autoridad (formal e institucional).

Vale recordar también, que el carácter permisivo, prohibitivo y sancionatorio propio de las normas jurídicas (categorías analizadas y empleadas por la dogmática jurídica), tienen un origen remoto en la religión. Al menos en la doctrina abrahámica y mosaica, este tipo de proposiciones se presenta en el Génesis (capítulo 2, versículos 16–17) cuando Dios, fijándole a Adán y Eva, dijo lo siguiente: «[...] puedes comer todo lo que quieras [...]» (normas permisivas); «[...] pero no comerás del árbol de la Ciencia del bien y del mal. [...]» (normas prohibitivas);

«[...] El día que comas de él, ten la seguridad que morirás» (normas sancionatorias) (La Biblia, 2004, p. 10).

Si bien en esa advertencia hubo anuncio de las consecuencias de una conducta contraria a lo preestablecido por Dios respecto del árbol del conocimiento, esto es, de la Ciencia del bien y del mal, no sucedió lo mismo con el árbol de la vida, sobre el cual no hubo advertencia previa de la consecuencia que tendría el comer de este último. Examinado ese pasaje con perspectiva jurídica de hoy, se echan de menos los principios garantistas de Gaetano Filangieri y Cesare Beccaria, en el sentido de que: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (no hay delito y no hay pena sin previa ley que los estipule). En ese episodio bíblico (Génesis, capítulo 3, versículo 22), Dios manifiesta: «Ahora el hombre es como uno de nosotros en el conocimiento del bien y del mal. Que no vaya también a echar mano al Árbol de la Vida, porque al comer de él viviría para siempre» (La Biblia, 2004, p. 11). No está claro que él hubiese sido advertido por Dios de que le estaba vedado tomar del árbol de la vida, ni mucho menos la consecuencia que le acarrearía el hacerlo, vale decir, la pena del destierro y también de la mortalidad.

1.5. El Derecho como ciencia

1.5.1. El Derecho ¿parte de la ciencia o de las ciencias?

Históricamente, los conocimientos que primero se desarrollaron con rigor fueron los pertenecientes a las matemáticas y la física, los cuales, por reportar datos con algún grado de exactitud, precisión, universalidad y predecibilidad, hicieron que estas características se constituyeran más confiables en los mencionados saberes. Ello contribuyó a que se asumiera que un saber tenía el carácter de científico si ostentaba dichos elementos. De esta manera la física, especialmente, se convirtió en el referente para validar ese carácter. Con ello esa disciplina del

conocimiento se apropió del criterio de ciencia, el cual quiso aplicársele a otros saberes para determinar si merecían o no caracterizarlos como científicos.

Desde los antiguos griegos, se puso en evidencia el concepto de ciencia como conocimiento con característica de exactitud. Basta como recordatorio el diálogo filosófico entre Teetetes y Sócrates, registrado por Platón (2007), donde se advierte que sólo se le atribuyó el carácter de científico a un conocimiento si este era exacto. Así, en dicho coloquio, y a manera de conclusión, dice el segundo al primero:

[...] Y si se pregunta al autor de la definición qué es la ciencia, responderá al parecer que es un juicio exacto sobre un objeto con el conocimiento de su diferencia, puesto que, según él, añadir la definición al juicio no es más que esto. (p. 492)

El profesor Sepúlveda (2019), al referirse al fundamento del empirismo lógico que siglos más tarde se fundaría, expresa:

El empirismo lógico basó sus ideas en una concepción filosófica y ontológica realista del mundo natural. Carnap argumenta que la ciencia es un sistema teórico que representa el mundo natural en estructuras lógico–matemáticas, las cuales articulan los elementos que hacen parte de ella y con los cuales se explican los hechos naturales. Las estructuras se representan con las teorías las cuales representan y describen las propiedades formales de los objetos (conceptos) y las relaciones que existen entre las proposiciones y el mundo. Llegar a elaborar una estructura teórica es resultado de un nivel muy elevado de formalización lógico–matemático y de abstracción en el trabajo científico. (p. 12)

Thomas Hobbes, influenciado por el empirismo de Francis Bacon, tuvo la pretensión de darle al conocimiento sobre la sociedad un carácter científico, tratando de explicar los fenómenos

sociales y políticos con los criterios de la física. Por su parte Adams Smith, afirmó que la física – junto con las matemáticas–, era aplicable a todos los campos del conocimiento, entre ellos el social y el económico. Entendió el método como combinación de análisis teórico y prueba empírica, necesario para la formulación de leyes. Un ejemplo en el que Smith equiparó los fenómenos físico–naturales con los fenómenos sociales–emocionales se encuentra al manifestar que la atracción gravitacional es equivalente a la simpatía.

Con el empirismo de Francis Bacon, Augusto Comte y John Stuart Mill, se exploró una metodología para las ciencias sociales fundada en la observación sistemática, los registros de datos, las clasificación y comparación de los fenómenos, así como los procesos inductivos. Se dice que la metáfora del reloj fue reemplazada por la metáfora de la máquina de vapor, lo que reflejó el paso de la física mecánica a la termodinámica.

Sin embargo, gracias al desarrollo de la biología se pudo establecer la interrelación entre el organismo vivo y el medio, que implica cambios, y que, si bien no permite predecir con exactitud, sí hace posible establecer la tendencia y la probabilística. Inclusive, el azar (perturbación aleatoria) el cual juega un papel no desdeñable.

Los desarrollos de las ciencias biológicas y también de las físicas (aparición en óptica de teorías alternativas al corpuscularismo, la teoría cinética de gases y la termodinámica) dieron paso a una nueva ontología que rompió los estrechos límites del mecanicismo y el determinismo de la física clásica. La creencia en que el mundo es un mecanismo que desconoce la flecha del tiempo y que se reduce a átomos y fuerzas se mostró incompatible con los nuevos avances científicos. En consecuencia, se modificó la visión de un universo cerrado con leyes inmutables que ordenan los fenómenos, incluidos los del mundo social,

donde los elementos del sistema deben pertenecer todos al mismo nivel ontológico. (Gómez-Rodríguez, 2003, pp. 28–29)

Estos nuevos descubrimientos permitieron advertir que, si bien para ser científico el conocimiento debe ser riguroso, no necesariamente debe llevar a conclusiones mecanicistas, exactas y precisas. Como se dijo en líneas precedentes, apareció la probabilística como instrumento de predicción y cálculo admisible, porque la interrelación entre medio y organismo implica cambio, por lo que se puede establecer un nuevo fenómeno: la tendencia. Inclusive, el azar adquiere una función o papel que no resulta indiferente al advertirse que es una perturbación aleatoria. Siendo todo ello elemento metodológico que hace replantear el mecanicismo y la exactitud como criterios epistémicos, se empezaron a explorar metodologías propias del objeto de estudio, aunque sin cortar totalmente el cordón umbilical con los saberes empíricos. Es el caso de la sociología organicista, la cual, partiendo de la analogía entre organismo biológico y sociedad, sentó las bases de la sociología como disciplina autónoma con Emil Durkehim y Augusto Comte al hacer de la sociología una ciencia autónoma que fundaba el concepto de conciencia colectiva.

En la construcción de la sociología vale destacar el valioso aporte de Max Weber quien consideró que la probabilística es una herramienta de predicción. Lo probabilístico que había sido empleado como criterio de verosimilitud en las ciencias naturales, también comenzó a ser utilizado en lo social. Al respecto, manifiesta Gómez-Rodríguez (2003), lo siguiente:

Las uniformidades que se dan en el proceder humano sólo pueden expresarse en términos de la probabilidad con que una circunstancia concreta producirá una determinada respuesta por un agente o pluralidad de agentes. Toda relación social se sustenta en la probabilidad. (p. 48)

No obstante que en el proceso de construcción de la sociología se evidencia una morigeración del empirismo, no hay una ruptura total con él, pues la tesis de Rudolf Carnap y de Otto Neurath en la primera mitad del siglo XX en el Círculo de Viena acerca de la *unidad de la ciencia*, sobre la base de la existencia de estructuras isomórficas, justificaría la aplicación de ese método, indistintamente de tratarse de una ciencia natural o una ciencia social. Que a la investigación empírica le corresponde determinar qué causa está conectada con los efectos. Sin embargo, admiten que los objetos culturales no necesariamente tienen una relación causa–efecto. Que su existencia queda documentada (imágenes, documentos, videos, grabaciones de audio, etc.).

Para usar una analogía propuesta por Carnap, una ciencia se considera fundada si es capaz de constituir sus objetos en el sentido de proveer las coordenadas geográficas para determinar su lugar en la superficie de la tierra. Si somos capaces de indicar de qué manera los objetos pertenecientes a un campo científico son constituidos desde el nivel básico que escogemos como punto de partida de nuestro sistema de conocimiento, si somos capaces de mostrar su “camino como lógico” desde los niveles básicos, entonces habremos mostrado que esos objetos son genuinos objetos de conocimiento, y nuestra ciencia una ciencia genuina. (Peláez, 2012, p. 39)

Ese neopositivismo promovió la radicalización de la tesis de la unidad del método en las ciencias en general. «La ciencia unificada supone que las leyes científicas se conectan unas con otras a fin de llegar a nuevas formulaciones» (Gómez–Rodríguez, 2003, p. 53).

Sobre los diferentes niveles del conocimiento que harían parte de la ciencia única, el profesor Sepúlveda (2019), dice:

Carnap (1988), diferencia tres nociones de estructura: natural, lógico–matemática y subjetiva. Afirma que el mundo natural tiene una estructura que se expresa en regularidades, y son representadas por sistemas teóricos científicos. “Hay un conocimiento de ciertas regularidades observables, que puede ser expresado en forma de ley universal o estadística.”

La segunda noción de estructura –lógico–matemática–, hace referencia a un esqueleto lógico y lingüístico que articula proposiciones y expresiones lingüísticas, principios, leyes y conceptos de la estructura del mundo natural. “La estructura lógica es independiente de la estructura de la naturaleza” (Carnap, 1988, 41) pero se relacionan. En este sentido en la propuesta de Carnap aparece una concepción ontológica realista sobre la cual apoya su discusión epistémica.

La estructura subjetiva, por su parte, permite organizar en el sujeto las experiencias, sensaciones, representaciones, emociones y voliciones. Para Carnap las estructuras subjetivas son estructuras psíquicas que posibilitan y expresan la percepción que los sujetos elaboran del mundo natural y de los objetos (conceptos) del mundo de la cultura.

Las estructuras culturales son diferentes a las estructuras del mundo físico y psíquico. Esto quiere decir que ningún objeto (concepto) cultural puede ser colocado en el mismo nivel de una proposición acerca de objetos físicos o de objetos psíquicos que tengan sentido. Las ciencias de la cultura se ocupan del estudio de las estructuras del arte, la religión, la economía, la moral, el lenguaje, las instituciones y el estado.

Carnap (1988, pp. 41–45, 101), clasifica los objetos (conceptos) en físicos, psíquicos, culturales y éticos, los cuales tienen diferentes niveles de constitución. Los objetos

culturales (históricos y sociales) pertenecen al dominio de las ciencias de la cultura (o del espíritu) y precisamente debido al nombre de esas ciencias es útil llamarlos objetos culturales. Los objetos culturales pertenecen a eventos particulares y procesos asociados a las estructuras sociales que explican las relaciones que se dan entre sujetos, los grupos sociales, las instituciones y las tendencias de todos los dominios de la cultura. (pp. 12–13)

No obstante que Carnap reconoce la existencia de diferentes niveles de lo óptico, y consecuentemente del conocimiento, no reconoce suficientemente las diferentes modalidades, especialmente metodológicas, hermenéuticas y epistémicas, en que aquéllos deben abordarse. De esa manera, el planteamiento de la ciencia única propende por el mantenimiento generalizado e indebido de unas exigencias y estándares para los diferentes saberes, con lo cual no se garantizan los fines del conocimiento científico, pues ellos deben corresponder a las distintas expresiones de la realidad objeto de conocimiento.

Pese a los avances en la formación de criterios sólidos que empezaban a ver la sociedad como objeto de la ciencia y pese al descubrimiento de leyes sociales, seguían existiendo áreas especiales y abstractas con características específicas relacionadas con la conciencia y el espíritu subjetivo de la colectividad social. Sobre ellas, gracias a los aportes del filósofo alemán Wilhelm Dilthey, se abrió un aporte al estudio científico del espíritu humano. Precisamente fue ello lo que también contribuyó grandemente a abordar el estudio del Derecho, entre otros productos sociales, desde la perspectiva científica. Ello hizo que el Derecho se constituyera en un nuevo objeto de estudio de las ciencias, además, significó extender las fronteras de lo que hasta entonces se entendía como objeto de la ciencia; fue una ampliación considerable en el horizonte de la ciencia.

Hans Kelsen, iusfilósofo que se atrevió a formular una *Teoría Pura del Derecho* sobre la base de separar el Derecho de la ideología y la política, en 1934 en el prólogo a la primera edición de su obra, expresó:

[...] mi objetivo fue desde el comienzo elevar la ciencia del derecho, que se hallaba reducida casi por completo a la argumentación jurídico-política –abierta y solapada– a la altura de una verdadera ciencia del espíritu. Se trataba de desplegar aquellas de sus tendencias que no estaban orientadas a la elaboración, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, y de acercar sus resultados tanto como fuera posible al ideal de toda ciencia, la objetividad y la exactitud. (Kelsen, 1934, p. 49)

No obstante que Kelsen estaba bien encaminado a examinar el Derecho como un ser social institucional con cierto grado de autonomía óptica en el universo de las ciencias del espíritu, así como estudiarlo con objetividad, rigurosidad e imparcialidad, su pretensión de exactitud en el Derecho para calificarlo como saber científico era innecesario y no se acompañaba con su creencia de que el Derecho hacía parte de las ciencias humanas del espíritu, ámbito del conocimiento en el cual la exactitud no es precisamente uno de sus atributos y fortalezas, y por tanto una cualidad imprescindible para que alcance el carácter científico.

En efecto, la naturaleza se expresa a través de hechos brutos, entendidos como las manifestaciones fácticas de ella, para cuya producción no se requiere la voluntad humana. Searle (1997), dice: «Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana; [...] Los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos *enunciarlos*, pero los hechos brutos *mismos* existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución» (p. 45).

Por otra parte, existen hechos sociales para cuya producción es necesaria la voluntad humana, ya sea no intencional, por ejemplo, un tropezón no deliberado entre dos personas que intentan tomar un taxi, o el intencional, como la celebración de un contrato (negocio jurídico). En cuanto a los hechos institucionales, Searle (1997) agrega que: «Por otra parte, los hechos institucionales necesitan de instituciones humanas especiales para su misma existencia. El lenguaje es una de esas instituciones; en realidad, es el conjunto entero de esas instituciones» (p. 45). Destaca que en los hechos institucionales existen *reglas constitutivas* y *reglas regulativas*.

En las circunstancias anotadas los hechos institucionales son parte de la realidad social. Unos con algunos componentes naturales y sociales a la vez, como la familia integrada históricamente por lazos de sangre y por convención o disposición. Otros con creación por voluntad colectiva o bilateral, como el Estado o el matrimonio. En todo caso, hechos institucionales en un nivel de producción y de abstracción más complejos y elevados de la realidad social; p. ej. la expresión del constituyente, la expedición de la Constitución política, la institucionalización de los poderes políticos y de los derechos y deberes humanos.

Lo que John Searle denomina reglas constitutivas y reglas regulativas en el ámbito general de lo social, ha sido desarrollado por iusfilósofos en la esfera de lo social-jurídico, planteando la existencia de un precepto originario del sistema jurídico, como Hans Kelsen, para quien dicha disposición es la Constitución, la cual parte de una hipótesis de validez, y otros como Herbert L. A. Hart, para quien aquél precepto es la regla de reconocimiento que le transmite validez al sistema. El último de los mencionados distingue la existencia de reglas primarias y secundarias.

Primarias: deberes-acciones. Reglas secundarias: potestades para modificar las primarias.

Dentro de estas se encuentran las reglas de cambio las cuales son reglas secundarias que

dan facultades a los particulares y a los legisladores para crear las primeras. Por otra parte, también existen las reglas de adjudicación, son otro tipo de reglas secundarias que dan facultades a los jueces para modificar o crear las reglas primarias. Finalmente, la regla de reconocimiento de Hart es una regla secundaria. (Dávila, 2017, p. 114)

La existencia de esas reglas da cuenta de cómo en el ámbito del Derecho se reproducen las reglas sociales a las que se refiere J. Searle.

1.5.2. ¿Tiene el Derecho vocación científica?

Según da cuenta el profesor Kaufmann (1997), en 1670 Blaise Pascal se habría referido a que el Derecho «carece de un objeto apropiado para una ciencia a causa del carácter variable y arbitrario de las leyes positivas» (p. 129). En efecto, descartaba la científicidad del Derecho, ridiculizándolo de la siguiente manera:

No es posible encontrar ningún derecho ni ningún entuerto que no cambien su naturaleza con el clima. Tres grados de latitud más cerca del polo ponen de cabeza toda la ciencia del derecho, un grado de longitud decide sobre la verdad, el derecho tiene sus épocas, la entrada de Saturno en Leo caracteriza el surgimiento de éste o aquel delito. Es cómica la justicia que un río limita. Vérité au decá Pyrénées, erreurau delá. (Pascal, 1978, citado en Kaufmann, 1997, p. 129)

En la opinión de Pascal acerca de la naturaleza del Derecho echa de menos en éste la invariabilidad y constancia. Lo presenta como un saber arbitrario, inconstante, caprichoso, esotérico y hasta astrológico.

Sin embargo, fue el jurista alemán Julius Hermann Von Kirchmann, en su famosa conferencia *El carácter acientífico de la jurisprudencia*, dictada ante la Sociedad Berlinesa de

Juristas en 1847, quien, en términos más o menos claros y serios, inició el debate acerca de si el Derecho era o no ciencia. En ella expresó su aspiración de que el Derecho pudiera abordar su objeto en la forma como lo hacían las ciencias naturales, advirtiendo que estas últimas explican comportamientos constantes e incluso inmutables de la naturaleza, en tanto que el Derecho es cambiante. Consideró que la ley positiva tiene una alta dosis de arbitrariedad. Que dicha ley es:

[...] el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota. ¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? [...]. Nueve décimas partes y aún más tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas [...] por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho. (Kirchmann, 1990, citado en Kaufmann, 1999, p. 129)

Del aparte transcrito se desprende que Kirchmann, a partir de la premisa implícita en su discurso de que lo científico es lo constante, preciso y exacto en la naturaleza a través de los tiempos, consideró que el Derecho carecía de esa cualidad, y, consecuentemente, de la propiedad de concretar o materializar conceptos definitivos. Achaca al legislador y a la ley positiva lo que habría de acientífico en el Derecho.

En el Manifiesto Comunista publicado en 1848, Marx y Engels afirmaron que el Derecho es un instrumento de la superestructura (ideología) utilizado por la clase dominante para ejercer control social sobre las clases explotadas. Esa afirmación fue reproducida por la Unión Soviética

en sus famosos manuales de la Academia de Ciencias de la URSS hasta la disolución de ésta en 1991.

A su vez, Barros–Cantillo (2014), argumenta negativamente sobre la naturaleza científica del Derecho, manifestando, entre otras cosas, que en el saber jurídico i) intervienen sesgadamente a diestra y siniestra la influencia de doctrinas, valores e ideologías de corte filosóficos, políticos, históricos y sociológicos que incrementan su subjetividad, caso contrario a los conocimientos científicos que son el resultado de la objetividad y neutralidad; ii) el incumplimiento en el conocimiento jurídico del presupuesto científico de la universalidad, debido a que existe una variedad de ordenamientos jurídicos con regulaciones distintas en los diferentes Estados. Esta posición del reconocido profesor de lógica, es extrema en la medida que ni siquiera considera a las ciencias sociales como ciencias, ya que –sostiene él– por esta puerta se ha dado entrada en la rigurosa taxonomía científica a las falsas ciencias, la superstición teológica y la especulación metafísica, peculiaridades abiertamente contrarias al método experimental (contrastación o verificación empíricas) y los cálculos matemáticos y lógico deductivos propios de la ciencia.

Así las cosas, es casi absurdo preguntar si un determinado cuerpo de teoría y praxis, cuya dimensión propedéutica alienta a un sector de sus operadores a desconocer la verdad debería ser el objetivo supremo de su actividad cognoscitiva, merezca ser incluido en la exigente taxonomía de la ciencia. (Barros–Cantillo, 2014, p. 16)

Al final de su obra, también arguye que:

Los mecanismos lógicos y epistemológicos del derecho no funcionan como los de la ciencia por la escueta y perogrullesca razón de que el derecho no es una ciencia. Ni siquiera alcanza a ser una disciplina en el sentido laxo del concepto porque hay demasiada

ideología, demasiados intereses particulares, demasiada manipulación de los resultados probatorios, como para esperar que las decisiones jurisdiccionales resulten, en términos promediales, todo lo transparentes, objetivas y justas que debieran ser. (Barros–Cantillos, 2014, p. 102)

En síntesis, ninguna de esas posiciones de pensamiento admitió que en el Derecho existieran elementos que permitieran calificarlo siquiera de saber con vocación científica; por tanto, mucho menos como ciencia. Del pensamiento de estos pensadores, se extraen, entre otras, las siguientes características sobre el Derecho: i) la variabilidad e inconstancia; ii) el énfasis de su particularidad y localidad frente a lo general; iii) la particularidad, y no universalidad, de la verdad; iv) la diferencia y casi oposición entre las leyes naturales y las leyes jurídicas.

Para Agazzi (1996), el conocimiento necesariamente se debe obtener mediante un método que tenga rigor y lleve a la objetividad. El rigor entendido como «[...] el requisito por el cual, al interior de cada ciencia, las afirmaciones singulares deben resultar *justificadas* y lógicamente *correlacionadas*» (p.36). Para el mencionado autor, el objetivo de la ciencia es la verdad pura, motivo por el cual no deberían existir objeciones morales. Sobre este aspecto expresa: «Una vez admitido que el objetivo específico de la ciencia pura es la búsqueda de la verdad, es claro que tal cosa resulta inmune a cualquier objeción moral» (p. 21).

Bajo esas premisas, la discusión central es ¿dónde está ubicado el Derecho?, ¿tiene un objetivo y un método propio?, sobre esto último, ¿es riguroso?

El Derecho, entendido como conjunto de instituciones jurídicas, se ubica predominantemente en el ámbito de lo social–humano, porque en varias especies no humanas, esto es, especies de animales no humanos, se encuentran elementos primigenios e incipientes de

relaciones y expresiones tales como la solidaridad, la distribución, la recompensa, el castigo, el deber, entre otros, especialmente en mamíferos. Al respecto son ilustrativos los resultados de las investigaciones registradas por Bekoff y Pierce (2010) y De Waal (2017).

Bien, siendo el Derecho una institución de carácter social, es de asumir y entender que el saber o conocimiento sobre el mismo se ubica de manera general en las ciencias sociales, si bien con características peculiares.

Existe más o menos consenso en el sentido de que el objeto del Derecho es creación de la cultura, en tanto es la regulación de la vida social a partir de potestades, prohibiciones, permisiones y autorizaciones, p. ej. las facultades de los poderes constituyentes (Referendo constitucional popular, Asamblea constituyente y Congreso constituyente) y las disposiciones de mayor jerarquía (normas constitucionales), así como los poderes constituidos: ejecutivo, legislativo, judicial e instituciones de control, y las normas regulatorias de esas instituciones, así como de la interrelación socio-jurídica, tal es el caso del estado civil de las personas, el comportamiento de éstas en la comunidad y en sus relaciones con las instituciones de poder.

Gran parte de quienes en el siglo XIX se negaron a reconocer que el Derecho tuviera carácter científico lo hicieron porque, ciertamente, para entonces ese saber no había alcanzado el grado de madurez y avance que pudiera lograr para que se le catalogara como ciencia, y también porque se insistía en denominar como ciencia sólo el conocimiento que ofrecía una explicación causal de los fenómenos de la naturaleza a partir de los cuales se erigían leyes; concluyéndose que son características que sólo se presentan en ella, entre otras: la constancia, la exactitud, la universalidad, la verificación, la repetición y la predicción.

Ese criterio de ciencia, que servía para calificar si un determinado saber o conocimiento tenía o no el carácter de científico obedeció al predominio del saber en las ciencias naturales, especialmente en la física mecánica, prioritariamente causal y explicativa, el cual arrancó en la antigüedad de manera coherente con la física de Aristóteles que, en un ejercicio retrospectivo de las causas, llegó inclusive a referirse a la génesis de éstas, pasando a una metafísica con la tesis de la causa incausada de todas las causas. La máxima expresión de esa mecánica se condensó en los principios de la física de Newton, y en el método, con Francis Bacon, que había resaltado la observación, la experimentación y la formulación de leyes naturales a partir de la repetición. Ese empirismo o positivismo empezó a gobernar no solo al conocimiento de la naturaleza, sino que pasó a emplearse para el análisis de fenómenos propios de la sociedad y determinar el carácter científico o no de ellos.

En la obra de Gómez-Rodríguez (2003), se da cuenta que Thomas Hobbes pretendió explicar la sociedad y las instituciones políticas con las leyes de la física y que Adam Smith, a su vez, asumió que las matemáticas y la física mostraban el conocimiento en todos los campos del saber, entendiendo el método como combinación de análisis teórico y prueba empírica, concluyendo que era necesario formular leyes a partir de esos dos componentes. Aplicó el binomio lógica y empirismo al estudio de la causalidad de los fenómenos económicos. Fue tal la influencia que en Smith tuvo la física newtoniana que llegó a equiparar la simpatía a la atracción gravitacional, lo cual muestra cómo extrapolaba las leyes de la física al escenario de las emociones humanas.

Quizás un buen ejemplo de conocimiento jurídico a partir de lo empírico se encuentra en el realismo jurídico versión norteamericana iniciado por el juez Oliver Wendell Holmes a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Aún si asumimos el reto de confrontar los rasgos que la

metodología tradicional o clásica le asigna a la ciencia, con los del conocimiento del Derecho, encontraremos, inclusive un alto grado de validación de este último como saber científico.

Para corroborar lo anterior, se adopta la caracterización de las ciencias elaborada por el recién fallecido científico contemporáneo y filósofo de la ciencia, el profesor Mario Bunge, para quien, siguiendo la tesis de la ciencia única de Rudolf Carnap, ellas se dividen en fácticas naturales, formales y sociales. Las primeras, como la astronomía y la física, son un conjunto de enunciados experimentables, verificables y con leyes universales. En ellas el conocimiento sobre lo fáctico no es resultado de lo convencional sino de lo objetivo óntico y a través de las mismas se llega a conclusiones de alta probabilidad, de certeza y exactitud, pero no de certeza absoluta y definitiva, pues el conocimiento posterior y el desarrollo tecnológico futuro pueden llevar al replanteamiento o revaluación de las mismas; de modo que, aunque las conclusiones tienen un cierto grado de permanencia y estabilidad, finalmente son provisionales.

Por su parte, las ciencias formales, como las matemáticas y la lógica, formulan enunciados de lo convencional, los cuales son examinados a partir de premisas axiomáticas, bajo el método deductivo. Consecuencialmente, la conclusión, desde el punto de vista lógico, se presenta como coherente, completa, definitiva, perfecta y exacta.

Considera el profesor Bunge (1996), que para definir como ciencia un conocimiento, es necesario que en él se reúna el siguiente inventario de características:

1) Que el conocimiento sea expresión de lo fáctico, es decir que parta de los hechos, los respete, hasta cierto punto, y siempre vuelva a ellos, describiéndolos sin valoraciones comerciales y emocionales.

2) *Que el conocimiento científico trasciende los hechos, en tanto tiene capacidad de descartar, produce nuevos y los explica.*

3) *Que sea analítico, en el sentido de que es capaz de descomponer el objeto de estudio y examinarlo en sus elementos constitutivos.*

4) *Que la investigación sobre el objeto sea especializada.*

5) *Que conduzca a resultados claros y precisos.*

6) *Que sea expresable, comunicable y público. Es decir que en un lenguaje sea susceptible de ser conocido.*

7) *Que sea verificable a través de la experimentación (en principio en el laboratorio).*

8) *Que se obtenga a través de un método de investigación.*

9) *Que sea sistemático, o sea que comprenda un conjunto de conocimientos conexos lógicamente.*

10) *Que sea una enunciación general de los fenómenos y no particular o singular de ellos.*

11) *Que formule leyes generales a partir de las singularidades de los hechos. Es decir que planee lo esencial de los fenómenos, a partir de las variables relevantes y en las relaciones invariantes entre ellos.*

12) *Que sea explicativa del por qué y el cómo de los hechos; así como de la razón por la cual no pueden ser de otra manera.*

13) *Que reconstruya el pasado y prediga el futuro, no necesariamente con certeza, pero sí con carácter perfectible.*

14) *Que sea abierto a considerar otras opciones y posibilidades, así como de superar sus propios horizontes. Por ello no admite axiomas evidentes y necesariamente infalibles.*

15) *Que sea útil y eficaz para solucionar problemas y resolver necesidades.*

Acto seguido, se procede a examinar de manera analógica tales características científicas con el conocimiento jurídico, a fin de determinar si el Derecho reúne todas, la mayoría o algunas de ellas.

En primer lugar, el conocimiento jurídico es *analítico* (3), en tanto es capaz de examinar los elementos del Derecho, descomponiéndolos en cada una de sus partes. Entre otras, en sus fuentes, estructura, funciones y fines.

Concretamente, el elemento analítico del Derecho ha sido una de las funciones principales de la teoría jurídica. Rüthers (2018), quien rompe con la concepción reduccionista del Derecho a lo simplemente normativo, dijo: «La teoría del derecho tiene tres funciones que pueden catalogarse, respectivamente, como empírica, analítica y normativa» (p.12). La primera es observacional, tanto del comportamiento humano como de las instituciones de la eficacia de éstas en la sociedad. La segunda función analiza las formas jurídicas. La tercera básicamente estudia la validez del Derecho. En semejante sentido, Bunge (1999) «Una *teoría legal* es un sistema hipotético-deductivo de dos tipos de enunciados: fácticos y de valoración» (p. 395).

Vale precisar, que se entiende por teoría un conjunto de enunciados sobre los fenómenos que ocurren en la naturaleza, la sociedad y/o en el individuo, intentando explicarlos o justificarlos, así como planteando fórmulas de solución a los problemas que su existencia

conlleva y suscita. Al respecto, el filósofo austríaco Karl Popper (2007, citado en Sepúlveda, 2019) manifiesta: «Una teoría es una estructura o esquema racional de ideas que describen, explican e interpretan el comportamiento regular [e irregular] de los fenómenos. Una teoría es una hipótesis (proposiciones cuya verdad es una conjetura) o suposición» (p. 31).

Se ha entendido como el conjunto de enunciados, conceptos y categorías fundamentales que constituyen el sistema central del Derecho. Su existencia es abstracta, como el caso de las fuentes del Derecho, la validez del mismo, las categorías de normas permisivas, autoritativas, prohibitivas, regulativas, así como las presunciones y ficciones jurídicas. Ejemplos de ellas: el silencio administrativo positivo y negativo, las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado, la ficción de la presunción legal de nacimiento del *nasciturus* (el que está por nacer), la muerte presunta por desaparecimiento, entre otras.

Según el iusfilósofo Kaufmann (1999):

La doctrina de los conceptos del derecho, sobre todo de los conceptos jurídicos fundamentales, pertenece tradicionalmente a la teoría general del derecho. Esta tendencia de la ciencia del derecho se generó en el siglo XIX como reacción, en especial, a la crítica del conocimiento de Kant. La pregunta que Kant planteó en la Crítica de la razón pura dice así: “¿Cómo son posibles los juicios sintéticos a priori?” Esto, formulado en forma algo más sencilla de comprender, significa: ¿existen conocimientos a partir de la razón, seguros, libres de error, con validez universal (a priori y no solamente a posteriori) que amplíen nuestro conocimiento (en forma “sintética” y no sólo “analítica”)? (p. 199)

Esos juicios sintéticos *a priori*, con capacidad para contener y comprender elementos constructores de una realidad social organizada dentro de la cual pueda fluir el desenvolvimiento

de la vida humana son posibles de estructurarse, y en su formación concurren el pensamiento, las intuiciones, las emociones, las pasiones, los sentires y hasta la imaginación. Sin perjuicio de que la utilidad y pertinencia como instrumentos de solución a los problemas sociales le vaya imprimiendo un mayor arraigo y validación en la práctica.

El Derecho tiene la capacidad de *especializarse en determinadas temáticas o fenómenos* (4), como cuando se dedica a observar y formular teorías sobre los comportamientos institucionales en los cambios constitucionales, en la formación de las leyes y en el sentido de las decisiones judiciales. Su validez, corrección y eficacia, entre otros.

Por su parte, *es comunicable y público* (6), a través de un lenguaje técnico y autónomo que nomina las diversas categorías del Derecho, expresando sus rasgos más distintivos, como la imputabilidad, la sanción, el daño, la reparación, la cosa juzgada, la igualdad, la equidad, los principios y los valores jurídicos.

El conocimiento jurídico, al igual que en las ciencias naturales, a lo largo de su desarrollo ha ensayado varios *métodos de investigación* (8), obteniendo con cada uno de ellos, unas veces avances, resultados y aciertos, y otras veces fracasos. En este sentido, como bien lo señala Karl Popper, se ha desarrollado ensayando acierto y error.

Aunque parezca irónico, la propia escuela de la exégesis fue un primer intento por dotar al Derecho de un método hermenéutico y, por consiguiente, de entender el conocimiento del mundo jurídico como una ciencia comprensiva. La Escuela Histórica del Derecho, con Savigny, concibió el Derecho como una evolución y rompió en gran medida con la escuela anterior al introducir los métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico. A ellos siguieron los métodos ensayados por la escuela de conceptos y el de la ponderación de intereses entre lo general y lo particular con

Geny y Rudolf von Ihering. Dada la insuficiencia de todos los métodos mencionados, también se han utilizado los métodos deductivo, inductivo y abductivo. Sobre éstos el profesor Kaufmann (1999), afirmó: «[...] la creación de derecho procede de manera deductiva–inductiva: en forma analógica (y como el lector lo recordará, también de modo abductivo). Se necesitan de elementos del deber ser y del ser» (p. 171).

Además, se utiliza el método analógico y de ponderación de derechos, entre otros. De modo que el conocimiento jurídico ha tenido y tiene métodos. Algunos de ellos coincidentes con los de las ciencias fácticas naturales. Por supuesto, lo anterior no quiere decir que hayan sido métodos infalibles para establecer cuál es el Derecho correcto, protegible y pertinente. Al igual que ha sucedido en las ciencias fácticas naturales, en el ámbito del conocimiento jurídico, los métodos no han sido definitivos; por ello, unas veces han estado sometidos a ajustes y mejoras, y otras veces a sustituciones radicales. Es decir, los métodos utilizados en ambos ámbitos del conocimiento no siempre han sido conclusivos, certeros ni infalibles.

El Derecho, como las ciencias fácticas naturales, también *es sistemático* (9), entendida esta característica como conjunto organizado de enunciados jurídicos con una base de orden lógica, conexa, comprensible y más o menos armónica.

Quizá Hans Kelsen fue el jurista que primero aisló y destacó la sistematicidad del Derecho de entre otras propiedades del mismo, caracterizándolo primordialmente por ella, convirtiéndolo en un saber meramente estructuralista. Lo pretendió aislar tanto del componente político, con la aspiración de que no estuviera contaminado con éste, que llegó a plantear una *Teoría Pura del Derecho*. Con posterioridad, los profesores Alchourrón y Bulygin (2013) destacaron la estructura de los sistemas jurídicos como conjunto de enunciados de diversas índoles. Hoy los estudios desarrollados sobre el tema de la sistematicidad del Derecho, con los

aportes de los profesores Ronald Dworkin y Manuel Atienza, llevan a entender, en primer lugar, que existen sistemas jurídicos y que cada uno de ellos están constituidos por enunciados de niveles tales como los valores, los principios, las reglas y las nociones y/o definiciones jurídicas (Atienza, 2009).

El iusfilósofo Arthur Kaufmann (1999), a su vez, al referirse a la construcción escalonada del Derecho muestra la formación de éste como sistema. Al respecto dice:

Nosotros distinguimos tres escalones. El primer escalón lo conforman los *principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos*; en el segundo escalón se encuentran las *reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas-generales, formal-positivas, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor periodo (“periodo legal”)*; el tercer escalón es el *derecho concreto, material-positivo e histórico*. (p. 170)

También el profesor alemán Rüdigers (2018), acerca de la teoría del Derecho, dice: «El concepto de “teoría del derecho” designa el intento de observar sistemáticamente el derecho como un fenómeno total (en todas sus manifestaciones, incluida la “dogmática jurídica”) reflexionando sobre ello y obteniendo así conocimientos probables (=confutables)» (p. 12). Así pues, si algo tiene desarrollado el conocimiento del Derecho en la actualidad es su concepción de sistematicidad a través de los diferentes sistemas jurídicos.

El conocimiento jurídico formula los fenómenos en el mundo del Derecho tanto en lo *general (10)*, como lo particular o singular. Precisamente, los sistemas jurídicos hacen parte de los intentos del Derecho por generalizar los enunciados en una comunidad determinada, p. ej. el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos, El

Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Sistema Penal Internacional (Tratado de Roma), entre otros. Igualmente, hace formulaciones sobre las realidades singulares o particulares, como cuando examina y enuncia reglas en relación con la costumbre comercial en una específica comunidad local o cuando analiza los sistemas jurídicos de comunidades indígenas.

Precisamente Savigny, en su obra publicada en 1814 *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, en respuesta a Thibaut, que expuso *Sobre la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, además de plantear el primero la necesidad de defender el carácter científico del Derecho, resaltaba la importancia de este último en su carácter singular, no generalizado, concretamente el que existe y se manifiesta en determinadas provincias. El punto de quiebre en el debate de Savigny–Thibaut sobre la codificación fue exactamente el concerniente a que el primer jurista, a diferencia del segundo, consideraba que el Derecho no necesariamente debía ser general, pues existían otras manifestaciones jurídicas igualmente válidas y eficaces, que tienen un carácter particular o singular (Thibaut y Savigny, 1970)

Como en las ciencias fácticas naturales, el conocimiento jurídico otorga relevancia a lo general, sin descuidar la relevancia que tiene lo particular o singular. Así, p. ej. instituciones tales como las obligaciones, los derechos, el contrato, la responsabilidad, la cosa juzgada, pueden ser generalizables en sus rasgos esenciales. Eso es lo que explica el entendimiento jurídico de las naciones en el mundo global en el campo del Derecho, p. ej. las instituciones del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado (civil, comercial, financiero y de la propiedad intelectual). Igualmente, el Derecho se ocupa de fenómenos singulares, como las costumbres, las normas de conducta social particular y las instituciones consolidadas a través de

los tiempos en un determinado lugar. Tal es el caso de las instituciones jurídicas indígenas al interior de un país o la costumbre comercial en una determinada nación. Sobre este aspecto, el profesor Atienza (1998), maestro y director de la escuela iusfilosófica de Alicante, afirma: «La ciencia del Derecho ha sido y es una ciencia acusadamente nacional. [...] La ciencia del Derecho no puede dejar de reflejar el carácter plural y diverso de su objeto» (p. 164).

El conocimiento jurídico, al igual que en las ciencias fácticas naturales, tiene la propiedad de reconstruir tanto el pasado como de hacer posible *la predicción de las futuras decisiones* (13). En efecto, para comprenderse a sí mismo en una dimensión histórica, el conocimiento jurídico reconstruye lo que el Derecho ha sido a través de los tiempos y con ello destaca la tradición jurídica como valor. Precisamente, Thomas Hobbes (1992), de quien no debe tenerse sospecha de parcialidad, pues, como ya se expresó, intentó explicar las instituciones políticas bajo la óptica metodológica del empirismo, no oculta la necesidad y aporte del racionalismo al Derecho. Por tanto, refiriéndose a la *recta ratio*, a través de uno de los personajes de su obra *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, expresa lo siguiente:

[...] la *recta ratio* que admito que es ley, es, como sir Edward Coke dice una perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, meditación, observación y experiencia, y no la razón natural de cualquiera; pues *nemo nascitur artifex*. Esta razón jurídica es *summa ratio*; y por consiguiente, aunque toda la razón que se encuentra dispersa en tantas cabezas diferentes se reuniera en una sola, no podría ella, sin embargo, hacer un Derecho como el inglés, porque éste, a través de múltiples sucesiones de edades, ha sido afinado y refinado por un número infinito de hombres graves y doctos. Y esto es a lo que él denomina Derecho común. (p. 14)

En esa sumatoria de razones, que mejor sería decir deliberación histórica de argumentaciones, en búsqueda de la *recta ratio*, se produce una reconstrucción de los razonamientos del pasado tomando como referentes las decisiones judiciales que resolvieron problemáticas jurídicas y se convirtieron en precedentes.

Precisamente el iusfilósofo Dworkin (2012), con la metáfora literaria de la *novela en cadena* destaca esa característica del Derecho en la adopción de decisiones judiciales. Señala que éstas suelen tomarse a la manera como se elaboran los capítulos de una novela por diferentes autores, continuándose en cada uno de dichos capítulos con la narración que, aunque pudiera cambiar en cada nuevo capítulo, el autor de turno no deja de considerar lo escrito por sus antecesores.

En efecto, mientras eso se presenta en la literatura, en el Derecho también se van considerando las posiciones del pasado, convirtiéndose en una poderosa fuerza argumentativa de la tradición jurídica que, por supuesto, no es irrevaluable ni inderrotable, así como no lo fueron las nociones de tiempo y espacio de Newton en la física mecánica por cuenta de la revaluación que de ella hizo la teoría de la relatividad de Einstein.

La mecánica cuántica, que hoy se presenta como uno de los más grandes avances de la ciencia contemporánea y que permitiría amplias aplicaciones y utilidades técnicas y tecnológicas para la humanidad, tampoco es tan precisa ni exacta como aparenta ser. Empezando por la falta de precisión y certeza de la posición, dimensiones y trayectorias de las partículas subatómicas, sólo sustituidas por la incertidumbre y la probabilística. Sobre el particular, desde 1927 el físico Werner Heisenberg enunció el principio de incertidumbre e indeterminación en la mecánica cuántica, consistente en la imposibilidad de establecer con exactitud algunos elementos básicos de ella. Casi un siglo después de enunciado ese principio aún está vigente.

Teniendo en cuenta lo expresado, resulta curioso que J.H. von Kirchmann haya reprochado las zonas de incertidumbre e indeterminación en el Derecho, exigiendo la exactitud y certeza en éste, cualidades que ni siquiera la física cuántica tuvo en su nacimiento a principios del siglo XX y que trascurrido más de un siglo después aún no tiene.

Volviendo a la reconstrucción histórica de la realidad, en el ámbito particular de una decisión judicial relevante, el juez reconstruye lo que ha sido la línea o líneas jurisprudenciales que se han desarrollado hasta antes de proferir una providencia en un caso específico que lo ocupa. Por otro lado, con el método analógico y la salvaguarda del principio y el Derecho a la igualdad, la jurisprudencia y la aplicación de los precedentes pertinentes, se garantizan unos mínimos de predecibilidad del Derecho y de la seguridad jurídica.

El famoso juez norteamericano Holmes (2012), representante del realismo jurídico, destacaba que lo relevante y funcional en el Derecho es la capacidad de predecir lo que los jueces decidirán. Al respecto decía: «Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretensioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho» (p. 60).

Claro está, esa predecibilidad del Derecho a partir de la jurisprudencia y de los precedentes, si bien garantiza una cierta seguridad jurídica, en especial la formal en aras de la igualdad, bien podría suceder que no garantizara la justicia material cuando exista alguna variable en el nuevo caso que amerite dar un tratamiento diferente. Ella puede ser en lo fáctico, es decir, diferencia en los hechos, la cual puede ser sutil. Igual cuando existiendo identidad en los hechos no lo logre en el Derecho aplicable. O, cuando habiendo identidad en los hechos y en el Derecho objetivo, surja una distinta y mejor interpretación del juzgador, resultado de un estudio y formación más avanzada. Inclusive, cuando el nuevo precedente o providencia hito con la cual se decidió el asunto emblemático originario, haya sido fallado con déficit de justicia. Situación en la

cual la condición de precedente que revista el pronunciamiento no hace aconsejable replicarlo en otros casos.

Bien, de manera semejante que en las ciencias fácticas naturales el conocimiento jurídico no es prisionero de *axiomas evidentes* (14). Éste como aquéllas está abierto a extender los horizontes del saber. La historia del Derecho es la sucesión de criterios cada vez más perfectibles y afinados de las relaciones necesarias entre las personas y de éstas con otros bienes jurídicos. Así, mucho va de la concepción de los derechos y deberes en la edad media con la de ellos en la modernidad y en la época contemporánea. Así mismo, p. ej. la evolución que ha tenido la responsabilidad estatal desde la revolución francesa hasta nuestros días se concreta en un conjunto de conquistas, pues se ha pasado de la irresponsabilidad del Estado por sus acciones u omisiones que hayan ocasionado daños antijurídicos e injustos a la responsabilidad del Estado por irrogar éstos últimos.

La utilidad del conocimiento jurídico (15), común a las ciencias fácticas naturales, es una realidad. Como se sostuvo en la mayoría de los apartados de este trabajo de investigación, el Derecho posibilita las relaciones sociales, evita la barbarie, el derramamiento de sangre en la resolución de los conflictos de interés, y puede llegar a consolidar la justicia en una comunidad política. Sobre este aspecto, las consideraciones son obvias, asunto que Bunge (1999, 2000) reconoció con suficiente claridad.

Como puede apreciarse, la gran mayoría de las características que el profesor Mario Bunge y la comunidad científica en general le atribuyen a las ciencias fácticas naturales, también son predicables, con algunos matices, al ámbito del conocimiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto a las otras características, estas son: 1) *Que el conocimiento parta de los hechos, de lo fáctico*; 2) *Que produzca nuevos hechos*; 5) *Que conduzca a la explicación clara y precisa de los mismos*; 7) *Que sea verificable a través de la experimentación*, en las que sólo se presentan algunas coincidencias, antes de examinar cada una de ellas, sea lo primero decir lo siguiente:

Desde los siglos IV y V a. de J. C., Sócrates había distinguido dos niveles básicos del conocimiento de los fenómenos: (i) *Doxa*, esto es, la opinión superficial y precaria que nos formamos de las cosas, a partir de un conocimiento fragmentario de las mismas, y (ii) la *Episteme*, es decir, el saber o conocimiento profundo de los fenómenos. Una u otra modalidad de conocimiento depende básicamente de dos aspectos: el objeto a estudiar y el método empleado para desentrañar sus cualidades y propiedades. Precisamente una de las particularidades del conocimiento jurídico es el objeto sobre el cual recae. A diferencia del objeto propio de las ciencias fáctico naturales, el del Derecho tiene mayor complejidad.

En efecto, mientras en las ciencias naturales el objeto de estudio es fáctico y por ende con mayor grado de evidencia, concreción u objetividad, en el Derecho, además de ser parcialmente fáctico, también tiene un componente subjetivo y otro intersubjetivo.

El Derecho también parte de los hechos. Sólo que en el mundo de lo jurídico lo fáctico es el *caso*, la controversia o conflicto. Esa realidad tiene esos componentes que inciden en la comprensión del asunto; de manera que, dada la pluralidad de ámbitos de esa realidad jurídica, el objeto de las ciencias fácticas naturales no es equiparable al del Derecho. El objeto de este último es más amplio y complejo; de manera que no es igualable al objeto de aquéllas.

La noción de ciencia, prolijada por el profesor Bunge y originada en la concepción de ciencia única de Carnap, y una gran cantidad de científicos, parte de la base de que sólo es posible concebir ciencia en lo fáctico, es decir, en lo concerniente al hecho, el cual es susceptible de aprehensión empírica y experimental, así como en la verificación contrastable.

En esa concepción se desdeña la posibilidad de construir ciencia a partir de otros ámbitos de la realidad, así ésta no sea necesariamente pura en lo fáctico, sino que esté constituida, además de elementos fácticos, de otros componentes, como los subjetivos, y a la vez los colectivos o intersubjetivos.

Estas características peculiares y complejas del Derecho exigen para su comprensión el empleo de la hermenéutica como método de interpretación. Todos los sujetos de la relación jurídica tienen la necesidad de interpretar las disposiciones jurídicas. Ahora, si llegare a producirse un escenario de controversia, habría la necesidad de recurrir a los diferentes métodos de interpretación, tales como el gramatical, el sistemático, el teleológico, el del espíritu del creador de la norma y el del espíritu de la norma misma, el analógico, y el de ponderación de derechos y deberes.

Sobre la necesidad de la hermenéutica en el Derecho, el profesor Leyva (2012), del Departamento de Filosofía de la Universidad Metropolitana–Iztapalapa en su artículo *La hermenéutica clásica y su impacto en la epistemología y teoría social hoy*, dice:

En efecto, uno de los problemas centrales de Derecho es el de que las normas jurídicas son siempre abstractas y requieren de una concretización y aplicación a situaciones y casos particulares. Así, la interpretación de dichas normas es siempre parte de una aplicación que no puede ser entendida en forma sólo deductiva. El papel del juez es en

este sentido central al lado del legislador. En este ámbito surgiría con particular insistencia el problema hermenéutico tan pronto se intentara resolver aquellas cuestiones jurídicas de carácter eminentemente práctico que resultaban de la interpretación de los textos legales y de su aplicación a los casos concretos en litigio. Uno de los problemas básicos que serían planteados por ello a la naciente hermenéutica sería el de la vinculación entre la generalidad de la ley y la materia concreta del caso sometido ante los tribunales de justicia, vinculación que, como se sabe, constituye un momento integral en el arte del derecho y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. (p. 143)

Ciertamente, si intentamos ubicar el Derecho en la categoría de *la ciencia*, tal como la define el profesor Bunge y un respetable número de científicos, encontraremos que, pese a reunir la mayoría de ellas, no colmaría o satisfaría algunas otras de sus características. Sin embargo, tal insatisfacción no compromete ni debilita el carácter científico del Derecho, pues éste es una realidad que se construye y manifiesta de distinta manera a otras realidades. Como se indicó, las ciencias fácticas naturales se han apropiado y han restringido el objeto y método de las ciencias al de aquéllas.

La definición de *ciencia*, a partir de esas características, como toda definición, tiene una dosis de arbitrariedad, bien disimulada por la aceptación, e inclusive por la convención a la que han llegado sectores importantes de la comunidad científica, por lo que resulta imperioso replantear el concepto de ciencia con el carácter de objetos y métodos diversos, o, en su defecto, empezar por admitir la existencia de ciencias que responden cada una de ellas a un ámbito diferente de la realidad.

Gracias al invaluable aporte de Gadamer (2003), hoy es posible entender con claridad que, dadas las características del Derecho, éste requiere de la hermenéutica. Al referirse a la

necesidad de ésta dice: «El jurista toma el sentido de la ley a partir de y en virtud de un determinado caso» (p. 397). Más adelante expresa que:

Frente a la ley vigente uno vive en la idea natural de que su sentido jurídico es unívoco y que la praxis jurídica del presente se limita a seguir simplemente su sentido original. Y si esto fuese siempre así no habría razón para distinguir entre el sentido jurídico y sentido histórico de una ley. El mismo jurista no tendría como tarea hermenéutica sino la de comprobar el sentido originario de la ley y aplicarlo como correcto. El propio Savigny en 1840 entiende la tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica (en el *System des römischen Rechts*). Igual que Schleiermacher no veía problema alguno en que el intérprete se equipare con el lector originario, también Savigny ignora la tensión entre sentido jurídico originario y actual. El tiempo se ha encargado de demostrar con suficiente claridad hasta qué punto esto es jurídicamente una ficción insostenible. (p. 397)

Más adelante continúa diciendo que:

La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando. Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. (p. 401)

Hans Georg Gadamer califica la hermenéutica del Derecho como una ciencia comprensiva a través de la interpretación de su ontología que da lugar a una episteme correctiva. Sobre el carácter de ciencia comprensiva que tiene el Derecho a partir de la hermenéutica, el profesor Arthur Kaufmann (2007), expresa:

La hermenéutica se enfrenta al *concepto objetivista del conocimiento*, suprime el esquema objeto-sujeto (aquel que reconoce al objeto en su pura objetividad sin adición de elementos subjetivos-conocimiento como “reproducción” del objeto en la conciencia.) para los fenómenos de la comprensión (se aplica hoy sin discusión en las ciencias naturales). Más bien, la comprensión es siempre a la vez *objetiva y subjetiva*; que lo comprendido se introduce a sí mismo en el “horizonte del comprender” y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a *crearlo*. En otras palabras: no “subsume” sencillamente el caso bajo la ley y se sitúa completamente fuera de este proceso, sino que cumple un *papel creador-activo* en la denominada “aplicación del derecho”. Y como es inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho, al margen del proceso de comprensión hermenéutica, por la misma razón está llamado al fracaso cualquier intento de separar, en las ciencias comprensivas, racionalidad de la personalidad del comprendedor. (p.93)

Más adelante, en la homónima obra, concluye que:

El pensamiento hermenéutico no se deja arrastrar por el azar del momento, sino que vive de la “herencia” de la *tradición* que es ese “suelo común del mundo sobre el que nosotros vivimos. La hermenéutica tiene que partir de “que el que quiere comprender está vinculado al asunto que se expresa en la tradición, y que tiene o logra una determinada conexión con la tradición desde la que habla lo transmitido”. Y contra todos los racionalistas formalistas hemos de decir una vez más que no existe contradicción entre tradición y razón.

Que la determinación del derecho no es un mero acto pasivo de subsunción, sino un acto creativo, en que el creador del derecho interviene como parte, significa que el derecho *no*

es nada substancial; no está en las cosas, sino más bien que todo derecho tiene *carácter relacional*. El derecho es algo *relacional*, porque consiste en relaciones de unos hombres con otros y con las cosas. Y en esto se comprende por sí mismo que para semejante pensamiento jurídico, sólo existe un “*sistema abierto*”, y, dentro de éste, sólo se puede dar “*intersubjetividad*”.

La captación del sentido no es un proceso puramente receptivo, sino que consiste siempre y ante todo en un *autocomprenderse* del sujeto del comprender. Sólo cuando el intérprete se acerca al texto con una “*pre-comprensión*” (Josef Esser), un “prejuicio” (Hans-Georg Gadamer), puede hacer que el texto hable (“esto podría ser un caso de culpa in contrahendo”). Solamente cuando el intérprete –portando toda la tradición consigo– entra a formar parte del horizonte del comprender podrá fundamentar argumentalmente lo que había anticipado ya como resultado “provisional” (“círculo” o “espiral hermenéutico”). La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero la exige. (pp. 93–94)

En síntesis, referente al interrogante planteado en la introducción de este trabajo de investigación, y en concordancia con la hipótesis planteada al inicio de este primer capítulo, en el sentido de considerar la vocación científica del Derecho, la argumentación precedente ha dado una respuesta en sentido afirmativo.

CAPÍTULO 2. EL CARÁCTER FILOSÓFICO DEL DERECHO

En este capítulo se pretende fundamentar que, con los elementos ontológicos, epistémicos y estéticos que ostenta el Derecho, y que permiten examinarlo desde la perspectiva de la Filosofía de la Ciencia del Derecho, se garantiza una mayor aproximación a un paradigma de corrección en la justicia.

Para abordar el desarrollo de este segundo objetivo, se examinará sintéticamente el Derecho desde la perspectiva filosófica, concretamente, desde el ámbito estético, ontológico y epistemológico.

2.1. La estética del Derecho

¿Ha existido y existe una estética en el Derecho?, ¿Qué función ha cumplido y cumple?, ¿Tiene la dimensión estética del Derecho alguna importancia?, En caso afirmativo, ¿cuál? Ante estas inquietudes, la respuesta es afirmativa. Desde la remota antigüedad ha existido una estética del Derecho, como se expondrá en varios ejemplos en el cuerpo de este trabajo. La función que ha cumplido es diversa, porque unas veces ha intentado embellecer el carácter de las instituciones de la justicia. En darle un barniz de pulcritud o decoro. En otras la estética ha servido como instrumento de denuncia a la desigualdad y a la injusticia. La dimensión estética del Derecho tiene importancia, ya sea para darle a las instituciones de justicia un carácter de legítimas, respetables y justas, o para cuestionar cada uno de esos rasgos.

¿Por qué es relevante este aspecto en el Derecho? Es importante porque un estudio de la filosofía del Derecho no solo comprende la fundamentación filosófica de las distintas teorías

jurídicas en sentido estricto sino también los aspectos colaterales y adyacentes a ese tópico, como lo estético.

Muchos autores, entre ellos Martha Nussbaum, han llamado la atención acerca de la necesidad de que los juristas estén en contacto con el arte como incentivo para mantener activados sentimientos de compasión, solidaridad, empatía y comprensión, a partir de las emociones, acerca de las relaciones que se suscitan en las relaciones jurídicas.

El Derecho como expresión normativa y regulativa de la actividad social generalmente se expresa con gran severidad, rigor y sobriedad de expresiones estéticas. No obstante, la frialdad de la cual generalmente se le acusa al Derecho, desde la antigüedad hasta el presente ha tenido diversas expresiones y manifestaciones estéticas, las cuales son coadyuvantes de su contenido político.

En la remota antigüedad, la Teogonía de Hesíodo, representa la justicia en Grecia antigua a través de la escultura de una deidad femenina, como expresión de suavidad y finas formas, pero dotada de espada, como instrumento de rigor y severidad. Todo ello sin ocultar su belleza.

En los pasajes literarios de Antígona de Sófocles se pone de manifiesto, por un lado, el Derecho natural con fundamento en las leyes de los dioses y del universo, con características intemporales y perpetuas, frente al Derecho positivo emanado de la autoridad terrenal con carácter temporal y transitorio.

Así sea imitando a Grecia, en la Roma antigua la justicia estuvo representada por la diosa Iustitia, muy parecida a la diosa Temis, con el aditamento de una balanza en la mano en señal de equilibrio y corrección. Aulio Gelio en el siglo II d. C. evoca una alegoría del filósofo Crisipo sobre Temis, la diosa Justicia en Grecia, que dice: «[...] de belleza y talle virginal, mirada severa

e imponente, los ojos muy abiertos, revestida de la dignidad de una tristeza ni recatada ni retadora, sino que inspira, simplemente, respeto» (citado por Radbruch, 1951, p. 139). Aulio Gelio comenta que lectores de Crisipo resaltaban en esa imagen de justicia la severidad de la misma.

Se ha interpretado que la balanza y la espada representan tanto el fallo (decisión) como la ejecución del mismo. El grabado en madera de Alberto Dürero sobre la Reforma protestante en Nuremberg en el cual se encuentran sobre las armas de la ciudad dos figuras sostenidas por ángeles y la inscripción: *Sancta Justitia*: Una figura tiene corona, espada y balanza, la otra figura ostenta sobre su cabeza una corona de hojas y sostiene una bolsa con dinero derramado. En su conjunto parece representar la corrupción ante la justicia.

En un antiguo Código de Sajonia se dispuso que sobre la silla que debieran sentarse los jueces se representaría el juicio final como advertencia a éstos de que a la postre ellos tampoco escaparían de ser juzgados.

Dentro del arte de la caricatura también se han representado satíricamente episodios de la justicia y del Derecho. Uno de los caricaturistas más connotados fue el francés Honoré Daumier.

La literatura religiosa tiene muchos pasajes de justicia. Quizá uno de los más famosos es aquel en el cual el rey Salomón, ante la disputa de dos mujeres por la maternidad de un niño, decide entregárselo a la mujer que prefiere que lo tenga la otra mujer antes que permitir que el menor fuera partido entre las dos. Aún hoy se debate en las facultades de Derecho si efectivamente fue esa una decisión en justicia.

En uno de los cuentos del libro *Tesoro de pensamientos* de Hebel, un acaudalado señor demandó a un pobre para que lo indemnizara por haber inhalado los olores que se desprendían de

la cocina del primero. El juez sentenció en favor del rico. Como consecuencia condenó al pobre a indemnizarlo con una moneda de oro. El juez hizo sonar la moneda sobre la mesa, pero cuando el rico se disponía a tomarla resolvió que la escucha del sonido por parte de éste era suficiente indemnización; de modo que ya no era necesario que el pobre entregara como indemnización la moneda de oro. Ello refleja cierta dosimetría en la justicia reparatoria y resarcitoria ante los beneficios obtenidos por una persona por el beneficio que otra le prodiga.

En el cuento *Ante la Ley* de Frank Kafka se da cuenta de un personaje que golpea la puerta de la ley sin poder ingresar. Finalmente muere viejo y vencido ante ella.

El quijote de Cervantes personifica la lucha de un caballero andante y soñador que repudia las injusticias y pretende realizar la justicia.

La novela *El coronel no tiene quien le escriba*, que con el relato mágico de Gabriel García Márquez narra la desfalleciente espera del coronel Aureliano Buendía por una pensión del Estado que nunca llega. Relato que refleja el drama injusto de miles de personas que luego de servir al Estado no logran obtener su beneficio pensional.

En todas esas manifestaciones de la vida, producto de la interrelación cotidiana entre las personas, hay o puede haber afectaciones de las cuales se hace necesario determinar un responsable y establecer medidas reparatorias y/o sancionatorias. Todo ello a fin de mantener la convivencia dentro de la sociedad. Obviamente inscrito dentro de un modelo institucional (cualquiera que él sea), caracterizado por valores y principios. Independiente de la proporcionalidad o no que haya en el sistema hay una política relacionada con la vida, los bienes materiales y los bienes inmateriales, entre otros. Ahora, la forma como artísticamente se expresa

esa realidad del sistema puede tener varias connotaciones: la denuncia, la defensa, la ridiculización, etc.

Ronald Dworkin, filósofo del Derecho norteamericano consideraba que el Derecho y las concepciones de la justicia históricamente se han generado como una novela en cadena en la que cada época construye a partir de su realidad, valores y principios una parte, de modo que las sucesivas generaciones toman el legado de las anteriores y construyen un nuevo capítulo.

Es importante expresar que el Derecho, como lo han hecho otras expresiones políticas, ha requerido la escultura, la pintura, los dibujos, los grabados, la música, el canto, la literatura, el cine, los murales, los memes, las pancartas, teatro, entre otras manifestaciones. Sólo a título de ejemplos se encuentra a la orden del día en la literatura obras como *Apología de Sócrates* de Platón; *Crimen y Castigo* y *Los hermanos Karamázov* de Dostoieski; *El Mercader de Venecia*, *Hamlet* y *Otelo* de William Shakespeare. Así mismo, *Los miserables* de Víctor Hugo. Por otro lado, el cine es la manifestación artística que más registra dramas relacionados con la justicia y el Derecho, como *Los doce del patíbulo*, *Las reglas de la casa de la sidra*, *Raíces*, *Amistad*, y *Sacco y Vanzetti*, entre otras.

A través de ellas se da a conocer una visión de la vida. De cómo son las relaciones sociales y estatales que se califican de buenas, malas, correctas e incorrectas, etc. Esas manifestaciones están caracterizadas por expresiones de sensibilidad en las cuales se pondera lo que se cree bello, feo, bueno, malo, correcto, incorrecto, justo, injusto. Ello significa que lo estético no es solitario y aislado, pues ineludiblemente está ligado con lo ético, esto es, a la concepción del deber ser y de lo justo.

Rancière (2015) dice que el conocimiento requiere historias porque siempre es, doble: Una vez más dos formas de lidiar con esta necesidad: una ética y una estética. Vale decir que si bien en lo que ha transcurrido en la historia de la humanidad la estética ha estado presente y ha cumplido diversas funciones: unas veces de legitimación y otras de cuestionamiento a las instituciones, hoy las expresiones estéticas en el Derecho y la justicia son una necesidad, especialmente como instrumento de entendimiento de la realidad de injusticia a partir de lo contemplativo, sensible, afectivo y artístico.

Jimena Sierra–Camargo en su profundo ensayo *¿Qué son las estéticas legales?* expresa:

La relación entre el arte y el derecho puede manifestarse de múltiples maneras. Algunas de ellas son: (i) la comprensión del arte como una herramienta para sensibilizar a los operadores jurídicos y a los ciudadanos en valores que resultan indispensables para el ejercicio de la democracia, como la solidaridad o la comprensión, y que además, podrían incidir en el ejercicio del derecho; (ii) el entendimiento de los discursos y las prácticas jurídicas como narrativas o representaciones, que tienen un valor estético por sí mismo o que son susceptibles de ser interpretados por métodos de interpretación de tipo estético; (iii) la utilización del arte como un instrumento de reparación simbólica que contribuya a la reparación integral de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y a la reconstrucción de la memoria individual y colectiva. (Sierra–Camargo, 2014, p. 74)

Finalmente es de concluir que el arte, de la mano de la ética, se presenta como instrumento poderoso que complementa la razón, y en ocasiones hasta clarifica a ésta, en la búsqueda de una institucionalidad del Derecho justo.

2.2. La ontología del Derecho

Se entiende por óntico: «Conocimiento que se refiere a los entes. Este, al menos, es el sentido que le da Heidegger al ser, cuando distingue óntico de ontológico, en razón de que el primer término plantea la pregunta previa sobre el sentido del ser» (Martínez–Echeverri, L., & Martínez–Echeverri, H., 1997, p. 414). A su vez, en la homónima referencia, se entiende por ontología «[...] el estudio de la ciencia del ser en cuanto ser, por oposición a la gnoseología que es el estudio de la ciencia del conocimiento» (p.414).

Al menos desde la antigüedad riega, el objeto de estudio, así como los interrogantes y reflexiones de los primeros pensadores se centraron en la fenomenología de la naturaleza, p. ej. Tales de Mileto indagó por la constitución del mundo natural, concluyendo, luego de sus observaciones, que lo integraban cuatro elementos: tierra, aire, agua y fuego, sin que se refiriera expresamente al Ser. Éste, para ese pensador, no era otro que el conjunto de esos elementos verificables empíricamente.

Anaximandro, en su tratado *Sobre la naturaleza* considera que el agua es un principio de todas las cosas. Que un elemento fundamental inmerso en éstas es el *apeirón*, compuesto en lo fundamental por dos características: una cuantitativa y otra cualitativa, consistentes en que son, respectivamente, infinita e indeterminada, no tiene principio ni fin.

Anaximandro no solo atribuye aquí a su principio las prerrogativas que Homero y la tradición antigua atribuían a los dioses, esto es, la inmortalidad y el regir y gobernarlo todo, sino que va más allá, especificando que la inmortalidad del principio debe ser tal que no admita un fin, pero tampoco un inicio. Las antiguas deidades no morían, pero

nacían. En cambio, lo divino de Anaximandro no nace, al igual que no muere. (Reale y Antiseri, 1988, p. 39)

Heráclito, por su parte, advirtió que los elementos de la naturaleza no son estáticos, que están caracterizados por una constante dinámica expresada en el movimiento, el cual, por cierto, presenta comportamientos disímiles.

En todos esos casos el objeto de esas reflexiones lo constituyó lo que posteriormente se denominaría *El Ser*. Este término «[...] tiene varias significaciones y, por tanto, es de muy difícil definición. En algunos casos se entiende como esencia; en otros como existencia; algunas veces como ente y, otras, como sustancia» (Martínez–Echeverri, L., & Martínez–Echeverri, H., 1997, p. 510). Por otra parte, la homónima obra define *Nada* como «No ser o carencia absoluta de todo ser» (p. 393).

Esa definición podría ser simple e ingenua, pues si la *Nada* es el no Ser, ambos fenómenos tendrían como común denominador que, aun siendo contrarios entre sí, o al menos distintos, compartirían el Ser, pues uno *es* algo y el otro *es* nada, es decir, no *es* algo. En cualquiera de las dos posibilidades tendría una existencia (aún en la nada), puesto que para Ser algo es necesario no Ser nada y para no ser algo es necesario Ser nada.

Ahora, en tanto reflexiones de El Ser y La Nada, el nacimiento de la ontología se remonta a Parménides, al referirse éste acerca de Lo que Es y Lo que No Es. Plantea la problemática dicotómica de El Ser y El No Ser. Así, en su poemario, del cual han sobrevivido algunos fragmentos, afirmó: «[...] el ser es. Pues es el ser y la nada no es» (Heráclito, Parménides & Empédocles, 2016, p. 53).

Según Reale y Antiseri (2007), Meliso de Elea se refirió al Ser en los tres siguientes aspectos:

1. El ser y su eternidad

Siempre era lo que era y siempre será. Sí, en efecto, se hubiese generado, habría sido necesario que antes de generarse fuese nada, pero si era nada, de ningún modo podría haberse generado nada a partir de nada.

2. El ser y su infinitud

Puesto que no se ha generado, es, <<o sea>> no solo era, sino también siempre será, y no tiene [por tanto] tampoco principio ni fin, sino que es infinito.

Si se hubiese generado, tendría principio (pues en cierto momento habría terminado de generarse) pero, puesto que no comenzó ni terminó, [pues] siempre era y siempre será, no tiene [por tanto] principio ni fin.

No es factible, en efecto, que siempre sea lo que no es un todo.

3. Atributos esenciales del ser como uno-todo

1. Es, pues, entonces, eterno, infinito, uno y todo homogéneo.

2. Y no puede perder algo, ni hacerse más grande, ni cambiar su forma, ni tener dolor, ni sufrir pena. En efecto, si padeciese alguna de estas cosas, entonces no sería uno.

Si se alterase, necesariamente no sería homogéneo lo que es, sino tendría que perecer lo que era antes y tendría que generarse lo que no es. Si en diez mil años llegara a alterarse en un pelo, se destruiría todo en la duración toda del tiempo.

3- Pero no es factible que sea cambiada su forma: en efecto, la forma que estaba antes no parece ni se genera la que no es. Y puesto que nada se agrega, ni parece, ni se altera ¿cómo podría suceder que algo encuentre su forma cambiada? Si, en efecto, en algo se hiciese diferente, su forma ya habría cambiado. (pp. 100–101)

Meliso en la primera acepción, considera que El Ser no pudo generarse a partir de La Nada. Que afirmar lo contrario conllevaría a asumir que La Nada tiene capacidad de producción de El Ser. Que La Nada ni siquiera puede generar Nada, pues El Ser denota una condición imperecedera, eterna e inagotable por sí sola. En la segunda acepción, plantea que El Ser no tiene comienzo ni final. Que no tiene pretérito ni futuro, pues simplemente Es. De modo que tiene una existencia presente y permanente. Finalmente, en la tercera acepción, manifiesta la condición inalterada e inalterable del Ser, así como la característica imperturbable del mismo, el cual permanece estático e inmodificable tanto en su forma como en el tiempo.

En *El Sofista o Del Ser*, uno de los diálogos filosóficos de Platón que se realiza entre El Extranjero y Teetetes, el primero, a través de un interrogatorio con el segundo, hace, entre otros, los siguientes razonamientos:

«[...] nos vemos en la necesidad de someter a un examen severo el sistema de nuestro maestro Parménides y probar, estrechándole, que el no-ser existe bajo ciertos conceptos, y que bajo ciertos conceptos también el ser no existe» (2007, p. 422).

[...]

«No encuentro bastante profundidad en Parménides, ni en ninguno de cuantos han intentado definir los seres y contar y caracterizar sus especies» (2007, p. 423).

[...]

El no-ser, por consiguiente, se encuentra por necesidad en el movimiento y en todos los géneros. Porque la naturaleza de lo otro, presente en todos los géneros, hace que cada uno de ellos sea otro que el ser y le haga no-ser; así como por la participación en el ser, se puede decir igualmente que todo es ser.

[...]

Lo que llamamos no-ser, no es, a mi parecer, lo contrario del ser, sino solo una cosa que es lo otro (2007, p. 442)

[...]

Extranjero.– Parménides nos ha dicho: No; nunca comprenderás que lo que no existe, existe. Que tu pensamiento, en sus indagaciones, se separa de este rumbo.

[...]

Extranjero.– Nosotros no solo hemos probado que el no-ser existe, sino que hemos puesto en evidencia la idea misma del no-ser. En efecto; hemos demostrado que la naturaleza de otro existe verdaderamente, y que está como dividida entre todos los seres comparados entre sí; no hemos tenido temor en declarar, que precisamente cada una de sus partes, en tanto que se opone al ser, es lo que constituye el no-ser (2007, p. 444).

Extranjero.– El no-ser nos ha aparecido como un género entre todos los demás y esparcido entre todos los seres.

[...]

Extranjero.– Ahora bien; habíamos dicho que el sofista se había refugiado en este recinto, pero negando absolutamente que hubiese nada falso. Pretendía, en efecto, que el no-ser no

puede concebirse, ni expresarse, porque el no-ser no puede en manera alguna participar de la existencia.

[...]

Extranjero.– Pero nos ha parecido que el no-ser participa del ser; de suerte que el sofista no combatiría ya en este terreno. Pero podría decir que unas especies participan, y que ser y otras no participan, y que el discurso y el juicio son de las que no participan (2007, p. 446).

Luego de una larga disertación, el extranjero invitado por Sócrates, demostró argumentativamente que el no-ser tiene tanta existencia como el ser.

Posteriormente, también en la antigüedad, en el Libro IX de su *Metafísica*, Aristóteles se refirió a esa temática al afirmar que el Ser es materia, forma y potencia. En el Estagirita, sostienen Reale y Antiseri (2007), se presenta El Ser en diversas manifestaciones:

- a) El Ser por sí mismo (según la sustancia y las categorías). Las categorías serían 10: sustancia, cualidad, cantidad, relación, acción, pasión, donde, cuando, tener y yacer.
- b) El Ser como acto y potencia. Es la capacidad de hacer algo, pero que no necesariamente ejerce o realiza, p. ej. la capacidad de ver, pero tiene los ojos cerrados.
- c) El Ser como accidente. Que se presenta de manera casual, ocasional o fortuita: de manera que no necesariamente se presenta o realiza. Este fenómeno no propicia la ciencia, dado que ésta es el conocimiento de los fenómenos necesarios y no de lo fortuito.
- d) El Ser como verdadero (y el no-ser como falso) que menciona Aristóteles como atributo de El Ser, parece no serlo exactamente, pues, este aspecto no es exactamente

óptico sino gnoseológico, en tanto supone la capacidad de pensar y abstraer El Ser, atributo que no está en el Ser sino en el Sujeto cognoscente, y sobre todo con lo epistémico, porque guarda relación con la verdad, entendida por el Estagirita como fidelidad del pensamiento con la realidad. Reflejo fiel de El Ser en el pensamiento. (pp. 297–298)

En síntesis, óptico es el Ser y el No-ser, como existencia, independiente de que lo concibamos o no. Así, verbigracia, antes de que el ser humano descubriera y comprobara la existencia de los átomos, éstos existían, de modo que su existencia no dependía de que ellos fueran descubiertos. Cuando Epicuro y Demócrito se refirieron a los átomos lo hicieron no porque su existencia estuviera verificada o para entonces fuera verificable, sino simplemente intuyeron su existencia, pero, independiente de ello, los átomos existían. Antes de que Antonie Van Leeuwenhoek y Robert Hook, a través del microscopio, descubrieran los microorganismos, éstos existían, es decir, ya eran.

Los dos ejemplos anotados demuestran que en esos casos la Existencia (El Ser) no dependía de que fueran conocidos, lo cual reitera que El Ser no depende de que sea cognoscible o conocido. Podríamos decir que el Ser es *per se*. He ahí su atributo óptico que le otorga autonomía para su existencia. Ser es lo que existe, lo que es, independiente de que no lo concibamos o no lo hayamos descubierto. Básicamente, el Ser tiene una existencia autónoma e independiente del sujeto; por consiguiente, existe independiente del pensamiento e inclusive del ser humano. Efectivamente, lo existente es SER, independiente de que esa existencia tenga presencia, connotación o sentido para con el sujeto humano.

A diferencia de lo óptico, que es El Ser y el No-ser, la ontología es el estudio de éstos. Cuando esa existencia tiene sentido para alguien y se concibe, el SER, es un ENTE. Las

características generales de existencia que tiene el SER, caracteriza a éste como fenómeno indefinible, y como fenómeno de existencia autónoma, aunque lo invoquemos o mencionemos con no poca frecuencia. La existencia de las cosas o fenómenos es EL SER. Es más factible señalarlo que definirlo. SER es un verbo en infinitivo. SIENDO es la expresión en gerundio. En participio pretérito FUE. Y, en participio presente es ENTE, esto es: LO QUE ES. Vale decir, es un predicado sin sujeto. Podríamos decir que ENTE es SER en estado presente.

Parménides también distinguió entre lo ontológico y lo gnoseológico. Esa distinción está implícita en la expresión contenida en su Poemario que expresa: «Y no te dejaré que digas o pienses por lo que no es: pues no es decible ni pensable que no es» (Heráclito, Parménides & Empédocles, 2016).

Su inicial posición óptica y ontológica sobre el Ser sufrió una traición del pensamiento al expresar que la Nada no es pensable ni expresable a través del lenguaje, con lo cual tácita e inequívocamente considera que el Ser Es en tanto pueda ser pensado y abstraído, con lo cual sin quererlo muestra su posición gnoseológica, esto es, para él, en tanto el Ser sea pensado adquiere relevancia frente a la Nada, puesto que ésta sería incognoscible e impensable, no obstante reconoce que la Nada tiene unas características. En otras palabras, admite que la Nada tiene existencia, pero no admite que sea cognoscible.

Recaséns–Siches (2013), explica con particular concreción la realidad que hay en el universo, así:

En el universo hallo: montañas, lluvias, árboles, colores, formas geométricas, igualdades, desigualdades, dolores de muelas, recuerdos, quimeras, deseos, números, ideas morales, automóviles, cuadros, poemas, oraciones, libros de ciencia, códigos, jueces, policías, usos

sociales, precios, perspectivas inmediatas, lontananzas casi imperceptibles (más bien latentes), amigos, enemigos, compañeros, etc., etc. Y, además, en el Universo me encuentro a mí mismo, coestando, con todo lo demás, y conviviendo con mis semejantes.

Todas las cosas mencionadas, sus respectivas congéneres, y muchas otras más que no he mencionado, constituyen *algos* que están el Universo; son elementos o seres, en una palabra, *son*. De otro modo sería imposible que nos estuviéramos ocupando de ellas, que hablásemos de ella, puesto que no cabe referirnos a algo que no *sea* en ninguna parte, a algo que no *sea* en algún modo, a la *nada*. (Cuando trato de pensar la nada, ésta se transforma en un algo, por lo menos en pensamiento mío.). (pp. 47–48)

Destaca Recasens–Siches que en el mundo no sólo hay *cosas reales objetivas* al sujeto (p. ej. montañas); igualmente hay hechos reales subjetivos (p. ej. ensueños, deseos no cumplidos, alucinaciones). También hay algos o entes ideales que no están en las cosas objetivas externas ni exclusivamente en la interioridad del sujeto, como son las figuras geométricas o una ecuación matemática. Así mismo, la idea de la justicia. Todos éstos últimos «[...]son objetos que *son* algos, pero que no son ni ahí afuera en el espacio ni tampoco en mí como procesos de mi inteligencia, sino que tienen una manera espectral de ser, a saber: un ser ideal» (Recaséns–Siches, 2013, p. 48).

Así pues, partiendo de que el mundo no se agota con lo corpóreo y lo psíquico, pues también existen los *seres ideales*, pero equivocadamente se les ha designado como seres irreales. Sin embargo,

[...] se trata de algo que es, pero que es de una manera diferente a como es el Ser real.

Mientras que lo real es aquello que se ha encuadrado en el espacio y en el tiempo –

materia-, o bien en el tiempo –psiquismo–, lo ideal no ocupa lugar ni se produce en la serie cronológica, pero mi mente tropieza con ella como un ser objetivo. (Recaséns–Siches, 2013, p. 57)

Lo expuesto lleva a una primera conclusión: la realidad tiene variadas formas, maneras y expresiones de manifestarse, lo cual obedece a que hay modalidades del Ser. En el ensayo *¿Qué es eso de filosofía?*, Martín Heidegger expresaba que Aristóteles sostuvo que El Ser-ente (Seiend–Sein) viene de múltiples maneras al brillo del aparecer. Es de suponer que las variadas maneras de brillar el Ser-ente, y que dan lugar a que aparezca, y se manifieste, no puede ser para alguien distinto de quien tiene capacidad para conocerlo, esto es, el ser humano.

Ahora bien, la ontología jurídica no da cuenta de cómo es el Derecho sino de lo que el Derecho es en tanto Ente. El profesor Agustín Squella Narducci en su obra *Filosofía del derecho*, establece que la filosofía trata del ser unitario y universal, del ser del que participan todos los entes. Que la filosofía del Derecho se ocupa del Derecho como clase particular de ente.

Por eso es que se dice que la filosofía tiene un carácter de totalidad. Ella se las ve con el *ser* (unitario y universal), es decir, con aquello que todos los entes (derecho, árboles, etc.) tienen en común. Por su parte, la filosofía del derecho, que es una filosofía regional, en cuanto sólo mira a esa clase determinada de entes que llamamos “derecho”, es, asimismo, universal, puesto que lo que dice sobre el derecho (el ser derecho) no vale sólo para este u otro derecho determinado [...], sino para *todo* derecho. En síntesis, lo que dice la filosofía (el ser) tiene una pretensión de validez respecto de todos los entes; lo que dice en su caso la filosofía del derecho tiene una pretensión de validez respecto de todos los derechos, de todos los entes llamados derecho. A la filosofía le interesa el ser de todos los entes,

mientras que a la filosofía del derecho le interesa el ser de los entes “derecho”. (Squella, 2001, pp. 103–104)

Uno de los pocos iusfilósofos que mejor y primero caracterizó en qué consiste lo óntico jurídico fue Recasens–Siches en su obra *Tratado General de Filosofía del Derecho*, quien parte de las cosas contentivas de *Ser real objetivo* como *las cosas reales, externas a mí*, como las montañas, ríos, arboles, etc. Por otra parte, *los algos ideales*, los cuales no estarían en las cosas externas ni en las que están dentro del sujeto, p. ej. la justicia perfecta, la libertad plena, la democracia real; expresiones de un *ser ideal*.

Destaca que a *El Ser ideal* se le llama irreal, en distinción al *Ser real*, el cual está en el espacio y el tiempo. Por otra parte, advierte que debe distinguirse el *Ser ideal* del acto psíquico. Este último producto del pensamiento, como sería pensar en un número o en una figura geométrica. Considera que sería un error equiparar el ser con la realidad y reducirla a ésta. Afirma:

Hay seres reales; pero hay, además, seres irreales e ideales que ofrecen a todo arbitrio del sujeto análoga resistencia que los objetos reales. Nos encontramos ante ellos como nos encontramos ante un árbol. A diferencia del árbol, no tienen realidad, pero sí tienen un ser objetivo, que impone determinadas exigencias a nuestra mente. A ese ser objetivo de los objetos ideales se le llama *validez*. (Recaséns–Siches, 2013, p. 58)

El iusfilósofo Benigno Mantilla Pineda en su obra *Filosofía del Derecho*, siguiendo a Recaséns–Siches, afirma que la

[...] nueva ontología agrupa los objetos en esferas o regiones y subesferas o subregiones. La totalidad de los objetos pueden distribuirse en dos grandes esferas: la de los objetos

reales y la de los objetos ideales; o en cuatro esferas susceptibles de reducción a las dos anteriores: la de los objetos reales inmanentes, la de los objetos metafísicos –reales trascendentes–, la de los objetos ideales y la de los valores–irreales. Cada esfera o región incluye varias subesferas o subregiones. La esfera de los objetos reales –inmanentes–, por ejemplo, incluye tres subesferas: la de los objetos físicos, la de los biológicos y la de los psíquicos. (Mantilla–Pineda, 1961, p. 60)

Es de anotar que los iusfilósofos Recaséns–Siches y Mantilla–Pineda elaboraron esa agrupación óntica por regiones, siguiendo al filósofo alemán Martín Heidegger. El profesor Mantilla–Pineda (1961) reprocha que la filosofía jurídica neokantiana, por estar orientada hacia los asuntos del conocimiento, haya eludido sistemáticamente estudiar lo óntico, lo cual prejuzgaba incognoscible. Sin embargo, considera que ello ha servido de advertencia para no continuar ese derrotero unilateral y, por el contrario, girar hacia la filosofía integral, esto es, «[...] hacia el ser de las cosas y sus categorías constitutivas» (p.74). Sin perjuicio de las diferentes escuelas, él consideró necesario «[...] explorar a fondo en su realidad objetiva, en su constitución entitativa, y de aprehender su ser y modo de ser en su claridad prístina, en su diafanidad estructural [...]» (p. 74).

Por otro lado, el iusfilósofo Recaséns–Siches plantea en su obra ya citada que el Derecho es una forma de vida humana objetivada. Al referirse a esa afirmación, el profesor Abel Naranjo Villegas en su obra *Filosofía del Derecho* complementó que ello supone del Derecho que «[...] está subsumido en el tiempo y en el espacio, sujeto a las fluctuaciones de la variable vida social» (Naranjo–Villegas, 2008, p. 15).

Aludiendo al contenido óntico del Derecho, Naranjo–Villegas (2008) manifiesta que «[...] El ser del derecho, que es el que nos interesa ahora, es nada menos que el de

reconocimiento de una especie de realidad, que se llama la jurídica, realidad, u objetividad como se explicará más adelante, que se acepta aun cuando se la niegue» (p. 15).

Sobre lo que compone la realidad óptica del Derecho, Recasens afirma que la integran tres (3) elementos: *norma, valor y justicia*

En este estado de la reflexión ontológica, cabe preguntar: ¿Hay en el Derecho aspectos que resulten problemáticos desde la perspectiva ontológica?

La tendencia del sistema jurídico es a hacer explícito e inequívoco el Derecho, de manera que no haya duda de lo que él es. Para ello, se estila que el Derecho, especialmente en sus fuentes, sea real. Así, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia (1991) se refiere a uno de los aspectos más relevantes del sistema jurídico, como lo son las fuentes del Derecho, en tanto éstas tienen la función de justificar y legitimar al primero. Sobre las mencionadas fuentes dice en el artículo 230 lo siguiente:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Ciertamente, tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina son elementos reales. Sin embargo, en relación con los principios generales del Derecho, no siempre existen todos los que se dice existir.

La Constitución ni ninguna disposición jurídica asignan las características que deban tener los principios generales del Derecho; de modo que no hay manera de calificar con claridad su existencia y validez.

De lo anterior se derivaría un segundo interrogante que surgiría al respecto, el cual sería el siguiente: ¿Cuáles son las características de los principios generales del Derecho? ¿Quién estaría llamado o llamada a fijarlas? ¿Es necesario que haya una autoridad o cualquier fuente de autoridad que las señale o las reconozca? De ser así: ¿cuáles serían?

Algunos de los principios generales del Derecho que más se aceptan con casi ninguna refutación, en tanto constituyen disposiciones validada históricamente por la razonabilidad a través de los tiempos, son los siguientes: i) el Derecho nace del hecho; ii) dar a cada cual lo suyo.; iii) lo que es nulo no produce efecto alguno; iv) nadie puede alegar en su beneficio la propia culpa; v) nadie debe enriquecerse con daño de otro; vi) donde no hay ambigüedad no cabe interpretación; vii) nadie debe ser juzgado dos veces por la misma causa.

¿Ahora, acaso para que dichos principios generales del Derecho existan deben ser una decisión del constituyente, del legislador, de los jueces o de otras autoridades, fundada en un acto de voluntad, en la costumbre o en la tradición jurídico-histórica?

Muchas veces los particulares y los servidores públicos hacen referencia a algunas reglas como *principios generales del Derecho*, sin que haya ningún criterio, al menos razonable, que lo valide. Es más, en algunos casos los abogados litigantes y los propios jueces han asumido, sin rigor alguno, que una expresión en latín con alguna connotación jurídica es un principio general del Derecho. En otras palabras, se asume como existente lo inexistente. Al respecto, el profesor Carlos Medellín en el Estudio Preliminar de su obra *La interpretatio juris y los principios generales del derecho*, hizo alusión a esta falencia, así:

[...] advertimos un uso indiscriminado de ciertos principios que en realidad no lo son. En ocasiones un aforismo latino, una frase seductora o una idea que goza de popularidad se

eleva a la categoría de principio sin serlo. Y eso no está bien. Y si bien no creemos que la ciencia jurídica sea una ciencia exacta, la seguridad que debe irradiar en la sociedad puede verse seriamente afectada si se utiliza el recurso de la principalística para resolver cualquier duda, o para suplir lagunas o vacíos normativos, si se utilizan principios jurídicos que en realidad no son, ni principios ni jurídicos.” (Medellín, 2017, p. 30)

Se trataría, en este caso específico, de que algunos institutos que se invocan como principios generales del Derecho en realidad no lo son o no existen. Infiérase de lo anterior que el presupuesto óntico exigible de los principios generales del Derecho en el sistema jurídico colombiano estaría cuestionado para algunos de ellos, pues no se cumpliría la condición *sine qua non* de su existencia, y consecuentemente validez, eficacia y aplicación. Por otra parte, el Derecho es *per se* un ente que tiene existencia no solo en la realidad social sino en la institucional. Es por sí solo óntico y objeto de conocimiento y estudio por la ontología.

Para el Searle (1997) existen realidades naturales y sociales. A las primeras facticidades las denomina Hechos Brutos y a las segundas Hechos Institucionales. En efecto, la naturaleza se expresa a través de hechos brutos, entendidos como las manifestaciones fácticas de ella, para cuya producción no se requiere la voluntad humana. Searle (1997), dice: «Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana; [...] Los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos *enunciarlos*, pero los hechos brutos *mismos* existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución» (p. 45). Por otra parte, existen hechos sociales para cuya producción es necesaria la voluntad humana, ya sea no intencional, por ejemplo, un tropezón no deliberado entre dos personas que intentan tomar un taxi, o el intencional, como la celebración de un contrato (negocio jurídico). En cuanto a los hechos institucionales, Searle (1997) agrega: «Por otra parte, los hechos institucionales necesitan de

instituciones humanas especiales para su misma existencia. El lenguaje es una de esas instituciones; en realidad, es el conjunto entero de esas instituciones» (p. 45).

Dentro del Derecho se presentan realidades entitativas, que adquieren una realidad jurídica y social, como es el caso de las personas jurídicas de Derecho público, p. ej. las instituciones estatales tales como la Presidencia, los Ministerios, el Congreso de la República y la Rama Judicial, entre otras. Surgen a la vida jurídica y social con fundamento en la Constitución y la ley. Así mismo, las entidades de Derecho privado, p. ej. las Entidades civiles y Sociedades comerciales, entre otras. Todas ellas con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y estar en el giro de la actividad social, y son toda una realidad institucional jurídica.

Por otra parte, pueden configurarse decisiones o situaciones jurídicas presuntas o fictas, con efectos específicos, p. ej. la aceptación o la negación de una petición o solicitud que, por el silencio de la administración, no se resolvió efectivamente.

La denominada presunción de legalidad del acto administrativo se convierte en un Ser jurídico, esto es, en una entidad ideal y válida que produce efectos en el mundo del Derecho.

Otro ejemplo es el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015 Estatutaria del Derecho Fundamental de Petición el cual establece que cuando una peticionario solicite a la administración pública la expedición de un documento y ella no le responda en el término de 10 días «[...] se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes».

En los cuatro ejemplos anotados, por decisión legal, aunque la administración pública haya guardado silencio respecto de la petición, ésta no se entiende negada sino aceptada, lo cual

deriva en unas consecuencias favorables al solicitante. Es decir, aunque no haya pronunciamiento, legalmente se dispone no sólo que sí lo hubo, sino que éste fue positivo o favorable al peticionario.

Los ejemplos anotados son prueba de que incluso frente al silencio de la administración pública, es decir, aunque ésta no se haya pronunciado, se puede generar el surgimiento de una aceptación ficta o presunta que produce efectos legales por ministerio de la ley, como si efectivamente se hubiera admitido lo solicitado. O sea, se da por existente lo que no es ni ha sido, pero por una ficción legal adquiere existencia, es válida y produce efectos.

Los mencionados son ejemplos de la existencia óptica de entes ideales que tienen plena realidad y existencia jurídica.

El matrimonio celebrado ante un Notario crea para los contrayentes una nueva realidad fáctica y jurídica: en adelante su actuar tendrá unos efectos. No solo tendrá existencia y realidad un nuevo ente: sociedad conyugal de bienes y deudas. Además, los cónyuges serán mutuamente herederos de los bienes y de las deudas, el uno del otro. Sus hijos, como tales, tendrán un determinado estado civil y vocación hereditaria de bienes y deudas.

En el ámbito de las normas constitucionales, legales y judiciales, hay decisiones que tienen la potencialidad de crear, modificar o suprimir una realidad entitiva.

Una norma legal o una decisión judicial pueden lograr lo que antes no era posible: que dos personas de un mismo sexo se casaran y criaran menores. Así, p. ej. la Ley 13 de 2005 expedida en España estableció el matrimonio igualitario, permitiendo que personas del mismo sexo puedan contraerlo. Con ello ha creado una nueva realidad social e institucional jurídica. En Colombia, las sentencias C-577 de 2011 (Corte Constitucional, 2011) y la SU—214 de 2016

(Corte Constitucional, 2016), avalaron la creación de una nueva realidad jurídica, consistente en que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

Esas disposiciones judiciales institucionalizan el matrimonio igualitario como nueva realidad jurídica entitiva.

Veamos ejemplos de otros hechos ónticos institucionales: i) Después que un hombre ha venido negando ser el padre biológico de un menor, por una decisión judicial se declara que sí lo es. Ese pronunciamiento creará una nueva realidad entitiva, consistente en que, en adelante, jurídicamente el mencionado hombre será el padre y el menor el hijo. ii) La declaratoria judicial de divorcio de una pareja que estuvo casada entre sí, y la decisión de disolución de la sociedad conyugal y de bienes. En ese caso estamos en presencia de una nueva realidad jurídica entitiva: Ahora ambos son solteros y no están unidos por una sociedad de bienes.

Así como se crea una nueva realidad jurídica mediante un acto jurídico, tales como, acto jurídico dispositivo privado (testamento o contrato); o un acto jurídico público (acto constituyente expeditorio de una Constitución o reformatorio de ésta, de un acto administrativo o contrato del Estado, invalidarse o nulificarse mediante decisión judicial). Inclusive, podría declararse su nulidad o su inexistencia por simulación de un contrato o de un acto declarándose la existencia de una nueva realidad en los casos en que judicialmente se declara la existencia que materialmente existe una realidad (cuando el juez declara que en un contrato administrativo formal entre una persona natural contratista y una entidad pública se enmascara una relación laboral material, es decir, de una relación jurídica existente, que era resultado de la simulación se concluye la existencia de una realidad jurídica diferente, decisión que no sólo es declarativa sino constitutiva.

En todos estos ejemplos hay una nueva realidad, no sólo jurídica sino fáctica, lo cual no sólo implica otros efectos, sino que habilita para la toma de otras decisiones. Esto es, estamos en presencia tanto de la transformación de una realidad entitativa que existía, a una nueva realidad que se crea, y ahora existe. Se disuelve una realidad y se constituye otra realidad.

Todo lo anterior es prueba de que en el mundo jurídico se producen situaciones constitutivas de estado de cosas entitativas.

Aristóteles decía que Dios puede hacer todo, menos que lo que ha sido no sea, esto es, que se pueda retrotraer el tiempo y con ello el estado de cosas. Sin embargo, las disposiciones del constituyente, el legislador y especialmente las del juez pueden tener la potestad de retrotraer las cosas a un estado que antes era o a un estado que no se había tenido o no había sido. En este tipo de disposiciones constitucionales, legales o judiciales, puede haber transformación o modificación del Ser Jurídico o del Ser real.

Una decisión legal o judicial puede cambiar o afectar tanto al Ser jurídico como al Ser real. En este sentido, la decisión tiene la virtualidad de afectar o transformar lo óntico real o entitativo.

En relación con el Ser Jurídico, una decisión judicial puede, p. ej. decretar que, pese a que no se ha comprobado la muerte real de una persona, ésta, por la circunstancia de hallarse desaparecida durante un determinado tiempo y circunstancias, se declare judicialmente muerta.

Pero pueden producirse decisiones judiciales que no sólo transformen el Ser Jurídico sino también el Ser real. Es el caso de una decisión que ordene que una persona que nació de sexo masculino o de sexo femenino sea intervenida quirúrgicamente para cambiarle el sexo y así complementar la condición o calidad que en ella predomina. Igualmente, para que sea tratada y

reconocida social y jurídicamente conforme su condición sexual o género predominante y por la cual ha optado. Este fue el caso decidido en la sentencia de tutela T-918 de 2012 (Corte Constitucional, 2012), en el cual se ordenó a una E.P.S. que interviniera quirúrgicamente a una persona que de nacimiento tenía sexo masculino, pero que, por sus tendencias femeninas, se le reasignó jurídica y anatómicamente el sexo femenino. Igualmente, la feminización tanto de su voz como de su rostro. Así mismo, la depilación láser y la liposucción, y se ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil le emitiera un nuevo registro civil en el que le cambiara el nombre, conservando el mismo número de identificación y se dejara constancia de su nuevo sexo (femenino).

En ese caso, no solo se produjo un cambio jurídico entitativo consistente en la feminización del nombre, sino también un cambio real y material en el organismo de esa persona. No obstante que esa persona había nacido de sexo masculino, dadas las tendencias femeninas que predominaban en ella, la sentencia judicial ordenó se consolidara jurídica y ópticamente en este último sexo.

Similar impacto óptico ha producido y está produciendo la sentencia C-355 de 2006 que estableció tres (3) eventos en los cuales está permitido el aborto. Ellos son: 1.- Cuando el embarazo sea producto de una violación. 2.- Cuando el embarazo ponga en riesgo la vida de la madre. 3.- Cuando el feto tenga malformaciones congénitas. En todos ellos, además de impedirse que se produzca una nueva situación óptica jurídica, esto es, el surgimiento de un Ser jurídico, también hay un efecto en lo óptico material, en tanto se interrumpe y se frustra de manera deliberada el surgimiento de un Ser real, esto es un ser biológico que de desarrollarse plenamente habría constituido una persona; por supuesto, en los tres casos existen justificantes que permiten proceder en ese sentido.

La sentencia C-239 de 1997 (Corte Constitucional, 1997), sobre la eutanasia, también se constituyó en una decisión que no sólo produce una afectación óptica al Ser jurídico, en tanto permite la terminación de la existencia jurídica de la persona sino también la afectación óptica de la existencia vital de ella, lo cual es una afectación óptica material, esto es, del Ser real, en tanto conlleva la terminación de la vida misma.

El impacto óptico del Derecho, tanto en el Ser jurídico como en el Ser real, también se refleja en las conductas que afectan a personas, pero las cuales el Derecho justifica declarándolas con ausencia de responsabilidad respecto de quien las cometió. Ellas se encuentran contempladas en el artículo 32 del Código Penal colombiano y son las siguientes:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

También pueden presentarse afectaciones ónticas tanto en el Ser Jurídico como en el Ser Real por parte de decisiones administrativas.

Es el caso en que, por ejemplo, luego de un procedimiento administrativo se sanciona a una persona natural o jurídica a que le sea demolida la edificación que levantó con violación de normas reglamentarias sobre construcción.

Aparte de la multa que implica el pago de una suma de dinero que afecta el patrimonio del infractor, que es una afectación óntica al Ser institucional (patrimonio), también habría otra afectación al Ser real que es la construcción o edificación misma.

Hasta aquí se ha examinado El Ser, entendido como lo existente y, en el caso de las decisiones jurídicas las implicaciones que ellas tienen sobre él, incluyendo en el El Ser al Ser humano.

Squella (2001) afirma sobre el particular:

Ahora bien, la experiencia más directa e inmediata del ser es la que tenemos merced a nuestra propia existencia. El hombre también *es*. También participa del ser. Pero el hombre es también quien se interesa por el ser. Entonces el hombre, junto con ser, se interesa por el ser. Es, así, un *Dasein*, una entidad que no sólo tiene ser, sino también la

que se hace cargo del problema del ser. Se trata, por lo mismo, de una “entidad autoconsciente”, de alguien que es capaz de una “autocaptación consciente”, como dicen, respectivamente, Roger Scruton y Bryan Magee. (p. 101)

Visto los ejemplos anotados respecto de la creación o desaparición entitiva, vale volver sobre La Nada. En la tesis de Heidegger no se le atribuye a La Nada algún papel relevante en relación con la realidad, examinemos sucintamente ese aspecto.

Es probable que en el ámbito de la naturaleza La Nada no tenga una función relevante, en tanto aquella, en principio, es el mundo de las cosas que, en expresión de Aristóteles, expuesta en su obra *Ética a Nicómaco*, no pueden ser de otra manera. Pero, en tratándose del mundo social, cultural y jurídico, vale decir, de las cosas que pueden ser de otra manera, en opinión del estagirita, La Nada puede jugar un papel importante y protagónico, ya sea trascendental o incidental, pero no irrelevante ni despreciable.

Por ello, como ya lo dijimos, La Nada no debe ser considerada inexistente ni debe ser ignorada en la ontología, pues, al menos en lo social, también es parte de la existencia, reclama su lugar y su función, por lo que debe considerarse.

Si hemos de atender lo afirmado por Heidegger en su escrito *¿Qué es eso de filosofía?*, en el cual afirma que la filosofía ha perdido o se ha apartado de su objeto más importante, como lo es El Ser, ello justifica y exige que la filosofía del Derecho, como área de la filosofía en general, retome la ontología del Derecho, pero no sólo del estudio de El Ser y El Ente jurídicos, sino también de La Nada jurídica-institucional, en tanto ausencia, o mejor, de omisión de la existencia de varias instituciones o el funcionamiento intrascendente de otras, ameritan cuando menos un interrogante y una explicación justificativa, si es que la hay.

Un ejemplo de La Nada institucional se encuentra en la ausencia y/o el déficit de una auténtica justicia material, así como del goce efectivo y pleno de los derechos humanos en Colombia.

¿Cuál es la realidad óptica del Derecho? Retomando a Recasens Siches, el Derecho tiene una realidad propia, la cual está constituida de *norma*, *valor* y *justicia*. Corolario de todo lo anteriormente expuesto es que el Derecho como producto cultural es un fenómeno óptico que por sí mismo es una realidad entitaria que puede transformar tanto el Ser entitario como al Ser real, lo cual da cuenta de la capacidad transformadora del Derecho en la sociedad, así como de su fundamental función social para lograr justicia, condición necesaria para la convivencia y la paz social.

2.3. La epistemología del Derecho

A manera de prolegómeno, y con el fin de diferenciar lo epistemológico de la teoría del conocimiento o gnoseología, es pertinente reflexionar sucintamente, en términos histórico–filosóficos, sobre esta última. Según Platón, Anaxágoras hizo mención a una idea universal de Ser. Sin embargo, no habría sido consecuente con su planteamiento. Aunque en la Alegoría de la Caverna Platón se centra en el aspecto gnoseológico de la realidad, su planteamiento de la existencia de un mundo sensible e inteligible, parte del supuesto de la realidad (Ser) aprehensible a través de esas dos modalidades.

Platón heredó de su maestro Sócrates la idea de la existencia del conocimiento objetivo y universalmente válido para todos los hombres. Consideraba que existen dos requisitos para describir el conocimiento como verdadero conocimiento, el primer requisito es que debe ser infalible y el segundo requisito es tener por objeto algo que es, dicho de otro modo, que es estable

y constante a través del tiempo. Dado que Platón se ve influido parcialmente por las ideas heraclitianas del devenir de los objetos de la percepción sensible, se puede concluir que el conocimiento verdadero debe versar sobre lo universal y permanente, mas no de los cambiantes objetos de la percepción sensible (Copleston, 1994a).

Aristóteles, en contraposición a la teoría platónica de la imposibilidad de obtención del conocimiento verdadero a partir de los objetos de la percepción sensible. Explica el conocimiento verdadero como un híbrido entre la materia (aquel componente fundamental de todos los objetos del plano físico) y la forma (el conjunto de caracteres descriptores de un objeto que le confieren una identidad específica) (Copleston, 1994a).

San Agustín de Hipona, por su parte, sostuvo que el conocimiento de la verdad debe ser buscado no solo con fines académicos, sino también porque el conocimiento en sí mismo trae la verdadera felicidad, puesto que ésta pertenece a la sabiduría y esta última a su vez al conocimiento de la verdad. Validaba la existencia de verdades eternas y necesarias, ya que éstas representan la prueba de existencia y acción de Dios. La reflexión de estas verdades conduciría el alma al conocimiento de Dios y su obra. Resalta y proclama la certeza de todo conocimiento derivado de la autoconciencia, puesto que este conocimiento no viene dado por los sentidos, así que su validez no puede ponerse en duda. Dicha duda pertenecería más bien al conocimiento derivado de los sentidos, denominado conocimiento sensible (Copleston, 1994b).

A grandes rasgos, San Agustín clasifica el conocimiento, colocando en el nivel más bajo aquel que deriva de la sensación, que es tan común al hombre, y coloca en el nivel más alto la contemplación de las verdades eternas por la sola mente, sin intervención alguna por parte de los sentidos. Entre estos dos niveles existe un nivel intermedio, en el cual la mente juzga objetos sensibles en función de verdades eternas, este nivel tiene un enfoque hacia a la acción, de modo

que, contrario a la sabiduría que es meramente contemplativa, este nivel se acerca más a la práctica, haciéndolo inferior al nivel de autoconciencia de las verdades eternas (Copleston, 1994b).

Santo Tomas, al igual que San Agustín, también veía en los sentidos el origen del conocimiento, solo que, mientras San Agustín argumentaba que el alma tenía como instrumentos a los sentidos, para Santo Tomas era el conjunto alma y sentidos el origen de la información sensible de los objetos corpóreos, esto se interpreta como el entendimiento sensible o entendimiento pasivo. En ese aspecto, Tomas de Aquino explicaba que no es posible extraer conocimiento verdadero directamente de los objetos corpóreos, puesto que, de estos solo se obtienen imágenes o fantasmas que son tan particulares como los objetos corpóreos mismos, por lo cual, dichas imágenes carecen del carácter universal que debe tener el conocimiento verdadero. Entonces, describe Santo Tomas, que el verdadero conocimiento se obtiene luego de extraer de las imágenes o fantasmas, conceptos de carácter universal, este proceso estaría a cargo del entendimiento activo (Copleston, 1994b).

Ahora bien, Santo Tomas no niega nuestra capacidad de conocer los objetos corpóreos, luego de extraer dichos conceptos o ideas universales, estos pueden aplicarse sobre las imágenes o fantasmas, proporcionando de esta manera una vía para conocer, de forma indirecta, los objetos corpóreos estudiados, todo esto puede hallarse resumido a grandes rasgos en el axioma filosófico *nada hay en el entendimiento que no haya estado antes en los sentidos*. Por otra parte, la aceptación del axioma mencionado anteriormente puede interpretarse como una invalidación para nuestra capacidad de conocer en absoluto a Dios, puesto que, Dios no pertenece al mundo de los objetos corpóreos, entonces, no es posible que el conocimiento de Dios pueda aprehenderse a través de los sentidos, Santo Tomas explica que, como los objetos corpóreos existen como efecto

de Dios, se hace posible que mediante el conocimiento indirecto de los objetos corpóreos se pueda adquirir un conocimiento limitado e imperfecto de la naturaleza de Dios. (Copleston, 1994b).

Por otro lado, la teoría del conocimiento en René Descartes está basada en el sujeto pensante. Ve la razón como la principal fuente de conocimiento, asegurando que con los métodos adecuados y el tiempo suficiente es posible obtener conocimiento. Acepta, por un lado, la existencia de ideas innatas cuyo origen se encuentra fuera de la percepción sensible; por el otro, también afirma que existen ideas adventicias, que son aquellas provenientes de la percepción sensible. Descartes usa la capacidad de reconocer estos tipos de ideas como prueba de la razón, como principio de todo conocimiento, puesto que, dicha capacidad solo puede provenir de sí mismo.

Baruch Spinoza, pensador que junto con Descartes eran racionalistas, planteaba una clara distinción entre las ideas y los objetos materiales a los que estas pertenecen, principalmente porque las ideas existen como una extensión del pensamiento, mientras que los objetos materiales existen como una extensión de la materia, dado que ambas realidades (pensamiento y materia) existen de forma independiente una de la otra. Toda idea obtenida de un objeto material tiene que ser en sí distinta al objeto material en sí. De este modo, Spinoza argumentaba que todo el conocimiento tiene como único origen el ámbito del pensamiento y que es a través de las ideas que nos hacemos del mundo material que podemos formar conocimiento de la realidad material.

También defiende la capacidad innata de la razón para producir ideas verdaderas; así como el hombre con trabajo puede generar transformación en la materia, la razón debe ser capaz de generar ideas verdaderas por sí misma, sin intervención del conocimiento sensible o de Dios, además, nos lleva a aceptar esas ideas siempre como verdaderas, dado que dichas ideas fueron

generadas por la razón, hacer un juicio sobre la veracidad o falsedad de esas ideas con la misma razón que las elaboró hace cuanto menos contradictorio dicho juicio. Para Spinoza no existen las ideas falsas, sino más bien, existen las ideas mezcladas con otras ideas. Serían ideas que se manifestarían como inadecuadas para el objeto al que hacen referencia; por tanto, Spinoza solo acepta como válidas aquellas ideas relativamente sencillas que no presentan ninguna mezcla con otras ideas, dicho en otro sentido, son válidas aquellas ideas cuya veracidad solo se demuestra con el uso de la razón que las deduce. Spinoza entonces proponía una clasificación para los modos en los que percibimos la realidad.

El conocimiento de oídas que es aquel se obtiene por medio de otra persona, dicho conocimiento nos proporciona ideas que no son ni claras ni distintas a otras, por lo tanto, no se puede comprobar su validez.

En el conocimiento por experiencia vaga, aquel que se obtiene netamente por medio de los sentidos, al igual que el anterior, su validez no puede ser comprobada, puesto que los sentidos pueden ser engañados o pueden mostrar de forma parcial las condiciones en las que se encuentra el objeto.

El conocimiento por deducción inadecuada, es el que se obtiene por medio de la deducción de una verdad general a partir de una experiencia particular, dado que en este tipo de conocimiento se desconocen las relaciones causa–efecto implicadas en el fenómeno estudiado, su validez no puede ser asegurada.

El conocimiento racional, es el único modo de conocimiento que proporciona ideas verdaderas, puesto que en este tipo de conocimiento se conciben las ideas sin intervención de otras, dicho de otro modo, es la concepción de ideas por medio de su causa más próxima.

David Hume, en contraposición a Descartes, ve la experiencia como la única fuente de conocimiento. Define dos conceptos, las impresiones y las ideas. Las impresiones que son producto de la interacción entre los sentidos y los objetos solo se dan mientras dicha interacción esté ocurriendo, o sea, solo se dan en el tiempo presente, mientras que, las ideas, son los recuerdos que se obtienen de una impresión ocurrida en el tiempo pasado. Además del tiempo en el que ocurren, las impresiones y las ideas se diferencian por su intensidad; las impresiones siempre serán más intensas que las ideas. Hume solo acepta como verdad aquellas ideas a las que les corresponde una impresión y puesto que las impresiones solo provienen del presente, el conocimiento que se puede obtener sobre el futuro es inexistente. Esto último le permite a Hume hacer una crítica a la causalidad necesaria, toda vez que como no se puede obtener impresiones del futuro, es imposible conocer con certeza los efectos que tendrá una causa. Además, Hume rechaza la metafísica como fuente de conocimiento, puesto que, no existe forma de obtener impresiones a partir de los objetos de estudio de la metafísica.

Finalmente, Emmanuel Kant piensa que las propiedades que le otorgamos a los objetos, como textura o color, no son propios del objeto en sí, sino de la imagen que construimos en nuestra mente del objeto (el fenómeno). Kant concibe los objetos en sí mismos (noumenos) como incognoscibles; de modo que, la realidad es una construcción propia del sujeto pensante, haciendo uso de su sensibilidad o impresiones sensibles y su entendimiento o conceptos puros. Es de este modo que Kant logra una síntesis entre las ideas racionalistas y empiristas ya que, si bien parte del conocimiento tiene como origen las experiencias, existen conceptos innatos en sujeto pensante que no provienen de la experiencia.

Se puede entonces ordenar la teoría del conocimiento de Kant en unos pocos pasos sucesivos, el objeto en sí, el noumenon, le propicia al sujeto un caos de sensaciones, este caos es

ordenado en un tiempo y un espacio por medio de las impresiones sensibles, luego el sujeto, haciendo uso de su entendimiento o conceptos puros, elabora un concepto empírico para el fenómeno estudiado, es por esto que para Kant, el sujeto pensante nunca obtiene acceso al noumeno, más bien construye su realidad a partir de los fenómenos contruidos por la razón del sujeto.

En efecto, sobre el Derecho desde la perspectiva gnoseológica, vale decir, ¿cuál es la composición de esa realidad que es el Derecho? En este trabajo de investigación académica, se ha compartido la tesis de Recaséns Siches para quien la realidad del Derecho está integrada por Norma, Valores y Justicia. Ahora, ¿es esa realidad jurídica una facultad o un título? En la antigua Roma se asumió que el sustrato básico del Derecho como realidad es la *res*, esto es, la cosa. A su vez el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice sobre *cosa*: «(Del lat. causa, motivo). f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). En otras palabras, *res* o *cosa* es la denominación genérica de realidad, vale decir es lo óntico. En el caso del Derecho es la expresión de la realidad básica de éste, vale decir, lo óntico jurídico.

Para el profesor Gabriel Mora Restrepo de la Universidad de La Sabana, la concepción o respuesta más comprensiva o completa sobre la realidad jurídica es la que afirma que «[...] la realidad jurídica estaría compuesta, además de cosas justas o cosas debidas, de otro conjunto de realidades tales como normas/leyes/reglas jurídicas, facultades y potestades con relación a cosas o frente a personas, principios y valores jurídicos, etc.». (Mora–Restrepo, 2005, p. 201)

Por otra parte, los derechos (subjetivos) y los deberes (subjetivos) tienen títulos que pueden emanar de diferentes fuentes: i) la norma jurídica positiva (Derecho: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley. Deber: Obrar conforme al principio de solidaridad social); ii) la

costumbre; iii) el acuerdo de voluntades (convenios o contratos que establecen prerrogativas y deberes mutuos); iv) la voluntad unilateral (el testamento en el cual el testador asigna a una persona una herencia sobre el porcentaje de libre disposición de sus bienes); v) Derecho natural (el reconocimiento de la filiación natural, lo cual se constituye en deber del padre y correlativamente en Derecho del hijo).

De entrada, el objeto de conocimiento debe ser la realidad. En este caso de la realidad del Derecho. Este último, como parte de la sociedad es integrante de lo que, como ya dijimos, Aristóteles ubica como de las cosas, vale decir, realidades que pueden ser de otra manera.

Hemos de convenir con Aristóteles que hay una realidad que, en principio, no puede ser de distinta manera. Decimos en principio porque en la época aristotélica no era factible ni previsible que ciertas realidades pudieran ser transformadas, al menos no con facilidad y con la simple voluntad y querer humano, pues hoy, en algunos casos, ello sí es posible, eso sí, bajo ciertas condiciones. Es decir, hoy un gran ámbito de las realidades no puede ser convertidas o transformadas a otro estado. Sin embargo, a la postre, la naturaleza podría ser transformada, y de hecho lo está siendo, aunque en el mayor de los casos por la irracional e indiscriminada explotación de los recursos naturales por parte de ser humano, o por la utilización de armas de destrucción masiva (nucleares, biológicas y químicas). Por otro lado, otra parte de la realidad existente, p. ej. la realidad social e institucional, puede ser transformada y ser de otra manera, por la voluntad humana. Esta transformación se puede realizar con menor dificultad.

Ahora bien, la maleabilidad y flexibilidad de la segunda realidad no significa que no posea propiedades y leyes que son singulares, incluida la realidad del Derecho con el cual, al lado de las leyes sociales autónomas, existen leyes naturales y leyes institucionales. A la par que existen leyes sociales, p. ej. las relativas a la obtención de bienes y servicios, producción,

distribución y consumo; también existen y se generan leyes naturales, p. ej. derechos inherentes a la dignidad humana y deberes de solidaridad y ayuda mutua; y leyes institucionales, p. ej. sobre el matrimonio, la propiedad, el poder político, la familia, la herencia, los contratos, la condición de pensionado, entre otros.

El Derecho, integrado tanto por las leyes naturales como las institucionales o positivas, es un ente complejo de la realidad susceptible de conocimiento. El conocimiento del Derecho natural opera por vía del sentimiento, lo emocional y lo razonable; de manera que, si el ser humano no lo disfruta, lo reclama. Como se ha reclamado el Derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la expresión, a la independencia, a la autonomía de los pueblos para constituir su forma de gobierno, etc. El Derecho institucional, unas veces puede llegar a ser la formalización del Derecho natural, y otras reglas prohibitivas, autoritativas, facultativas, regulatorias, permisivas. Igualmente, las decisiones judiciales que administran justicia decretando a quién le asiste el Derecho y a quién le corresponde un deber (inclusive, sanción) que se decretan por el Estado o se establecen por sectores privados en ejercicio de porciones de poder que han conquistado, p. ej. la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos.

El conocimiento de todo ese Derecho mencionado (tanto el natural como el institucional), se logra por varios métodos o vías: en primera medida, la prudencia. Hasta aquí podríamos convenir, de la mano de Recaséns Siches, que esa realidad del Derecho está integrada por: la Norma, el Valor y la Justicia. Por consiguiente, el conjunto de todos estos elementos constituiría el objeto del conocimiento.

Cada uno de esos componentes de la realidad jurídica se manifiesta de diferente manera, precisamente porque su constitución óptica es diversa y de modo diverso se manifiesta y es aprehensible por el conocimiento.

La constitución diversa de la realidad del Derecho supone un abordaje gnoseológico diverso, esto es, a través de una combinación de métodos.

Ahora, un primer nivel de acercamiento metodológico al objeto de conocimiento podría ser a través del saber sofisticado, esto es, el conocimiento superficial y especulativo que se basa simplemente en la elaboración y exposición de argumentos, eso sí, deliberadamente expuestos y cuidadosamente organizados que dan la apariencia de conocimiento o saber profundo, y producen convencimiento, pues, con la ayuda de la retórica se caracterizan por un alto grado de persuasión que no deja de ser superficial y que no garantiza profundidad ni episteme.

Un segundo nivel de aproximación a la realidad del Derecho implica la utilización de metodologías de mayor calado con las cuales se pueda examinar con mayor profundidad, tales como razonabilidad, la ponderación y la proporcionalidad.

Un tercer nivel de acceso al objeto de conocimiento del Derecho es a través de una hermenéutica que tenga como norte y criterio la comprensión de los hechos bajo la óptica de un paradigma de equidad y de justicia.

Ahora bien, quienes niegan que el Derecho tenga carácter científico, además de exigir de él calidades ontológicas, metodológicas y gnoseológicas, también reclaman un estatuto epistemológico. Esto último resulta curioso, por decir lo menos, porque la palabra estatuto hace referencia, precisamente, a *reglamentación*. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española dice sobre la palabra estatuto, lo siguiente: «(Del lat. *statútum*.) m. Establecimiento, regla que tienen fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). Inequívocamente la semántica de esa palabra es relativa a las reglas. En el caso de lo

epistemológico, a las reglas que deben gobernar ese conocimiento, las cuales, pese a lo científico que éste pueda ser, es una regulación humana–convencional.

En otras palabras, precisamente las posiciones renuentes a aceptar el Derecho como conocimiento con vocación y carácter científico, por tratarse de una disciplina de normas, valores y de justicia, irónicamente exigen parámetros reglados para contemplar la posibilidad de admitirlo como tal.

Para una completa práctica gnoseológica del Derecho no es suficiente que conozcamos a éste en sus diversas manifestaciones y fuentes. Es necesario, como en toda teoría del conocimiento, que ésta se complemente con una epistemología de él en relación con la verdad. Esto es, si en tratándose del Derecho las instituciones jurídicas son el resultado de factores reales y si el conocimiento obtenido en el Derecho garantiza niveles de verdad.

Para ello hemos de diseccionar el Derecho en sus principales fuentes o escenarios de producción, tales como: el constituyente y el legislativo, la administración pública, la administración de justicia, e inclusive, la costumbre. Las decisiones adoptadas por esas instituciones son: normas constituyentes, normas legislativas, decisiones administrativas generales y particulares, y decisiones jurisdiccionales de carácter general y particular.

Generalmente el camino hacia la verdad pasa por varios estados: la ignorancia y el desconocimiento, la duda, la probabilidad, la hipótesis, la verosimilitud, la certeza y, finalmente, la verdad. Uno de los primeros estados que suelen presentarse en la tarea de establecer la verdad de cualquier fenómeno es la ignorancia total o parcial sobre los mismos. Ese estado se vuelve potencialmente más proclive a establecer la verdad cuando se admite la ignorancia, situación que se presenta en la famosa expresión de Sócrates: *Sólo sé que nada sé*. Esta actitud permite la

apertura del conocimiento y evita que éste quede anclado en los preconceptos, las terquedades y los prejuicios.

Si bien esa actitud permite, por una parte, tener apertura, por la otra conlleva a la aplicación de la duda, consistente en la oscilación entre la creencia y la incredulidad acerca de una proposición o enunciado. Agustín de Hipona utilizó explícitamente la duda como método con su famosa expresión: *Si fallor, sum* (si no me equivoco). Así mismo, la duda metódica de Descartes (1999) con su *Cogito ergo sum*, quien reflexionando en boca de Eudoxio dice: «[...] Comprendéis ciertamente que podéis, con razón, dudar de todas las cosas cuyo conocimiento sólo os llega por medio de los sentidos, pero ¿podéis acaso dudar de vuestra duda? ¿podéis tener alguna duda acerca de si dudáis o no?» (p. 119). Más adelante, añade:

Puesto que no podéis negar que dudáis, sino que, por el contrario, es cierto que dudáis, y tan cierto en verdad que no podéis dudar de ello; entonces también es verdad que vos, el que duda, existís; y tan verdadero es eso que no podéis dudar de ello. (p. 120)

La incredulidad y la duda constituyen métodos que permiten someter cada hipótesis a la verificación; de manera que despejadas o no las dudas provisionales sobre aspectos parciales del objeto de estudio, es posible contemplar una probabilidad. Este estado del conocimiento ha tenido mayor valor desde dos estudios de Laplace a principios del siglo XIX: *Teoría analítica de las probabilidades* y *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*.

La mayor o menor probabilidad de un enunciado o proposición contribuye a dar mayor o menor verosimilitud, esto es, mayor grado de aceptabilidad o credibilidad a una determinada o determinadas hipótesis. Esto significa que la verosimilitud no necesariamente es equiparable a la verdad, pues no supera la probabilidad ni la subjetividad.

En el ámbito del Derecho, la verosimilitud carece de rigor epistémico. Al respecto Santiago Sentís Melendo (s.f., citado por Suárez-Ramírez, 2017), dice: «Al igual que la sospecha, la verosimilitud no constituye un elemento probatorio; acaso menos que aquella [...]». Por eso creo que tiene toda la razón GORPHE, para calificar a la noción de verosimilitud de “superficial, insuficiente y peligrosa» (p. 52). Agrega que: «¿quién fijará su nivel y quién su criterio? La verosimilitud no es sino un camino –poco seguro- hacia la certeza: lo verdadero no siempre es verosímil, ni lo verosímil verdadero» (p. 53).

En el proceso penal, p. ej. la simple probabilidad, referida a elementos objetivos, como la verosimilitud, referida a elementos subjetivos, no son suficientes para condenar a un procesado, especialmente si se tiene en cuenta que en el proceso penal existe una garantía que debe desvirtuarse de manera contundente y fehaciente, esto es, el principio de presunción de inocencia.

Ahora bien, sobre la verdad, cabe mencionar que Thódor Pávlov, en sus Obras Filosóficas Escogidas, expone sobre la Teoría del reflejo que: «La verdad es la forma superior del reflejo subjetivo de la realidad objetiva en la conciencia humana» (Pávlov, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 278)

La afirmación en el sentido de que la verdad es la forma o expresión *superior del reflejo* en la conciencia humana, supone que ese nivel superior de esta última no sería otro que la fidelidad. Esa aseveración supondría que todo reflejo de la realidad en la conciencia que no alcance el nivel superior de la fidelidad del objeto de estudio en la conciencia, esto es, el efecto de espejo, no lograría la categoría de verdad. Así, p. ej. las sensaciones que se producen a través de los sentidos, tales como los olores olfativos, sabores gustativos, percepciones auditivas, percepciones táctiles y visiones oculares, son representaciones, que, por cierto, no son

exclusivamente humanas de la realidad, las cuales, a su vez, pueden producir representaciones imaginativas de la realidad.

No obstante que estas últimas expresiones e impresiones de la realidad en lo sensorial no alcanzan, necesariamente, el grado de fidelidad absoluta en la conciencia, no por ello puede afirmarse que no contribuyan a colmar el grado de verdad. Precisamente, con base en la afirmación inmediatamente anterior, el filósofo Vostrikov controvirtió la aseveración de Pávlov sobre la noción de verdad de éste. Sobre el particular increpó:

Todas las formas del reflejo o conocimiento nos pueden dar y nos dan nociones que corresponden a la naturaleza misma de las cosas y los fenómenos. O sea que pueden ser verdaderas no solo las formas de conocimiento racional o teórico, sino también las sensaciones. Esto debe ser necesariamente subrayado, puesto que en lo concerniente a la verdad todavía se encuentran en la literatura marxista afirmaciones equivocadas en el sentido de que sólo una forma de defender esta falsa tesis, declara que “la veracidad, en el sentido exacto de la palabra, pertenece exclusivamente a los juicios...”. En lo que atañe a las sensaciones, percepciones, representaciones, incluso conceptos, según dicho autor, nada tienen que ver con la noción de verdad. (Vostrikov, 1970, pp. 278–279).

Vostrikov resalta cómo la posición de Schaff subestima el papel que juegan las sensaciones en la construcción del conocimiento y con ello el de la verdad. Hasta aquí, tanto una como otra noción de verdad se enmarca dentro del criterio por correspondencia, la cual puede manifestarse como verdad: objetiva, absoluta, relativa y concreta.

Una verdad es objetiva si nuestras representaciones y conceptos corresponden al mundo objetivo, si lo reflejan de manera correcta con fidelidad. Este «correcto reflejo del mundo habrá

de constituir el contenido objetivo del conocimiento, es decir, la verdad objetiva» (Vostrikov, 1970, p. 281). Agrega que la verdad objetiva no es la realidad objetiva en sí misma, es decir la existente fuera de nuestra conciencia sino «el reflejo veraz de la realidad objetiva en nuestra conciencia» (Vostrikov, 1970, p. 284). Así pues, en este marco, se concibe la verdad objetiva como la correspondencia del conocimiento con la realidad objetiva.

Ahora, uno de los criterios de verdad es el pragmático o utilitarista, consistente en que un enunciado tiene la categoría de verdad en la medida en que sea útil, beneficioso o provechoso. Al respecto William James en su libro *Pragmatismo* dice: «Si resulta que las ideas religiosas tienen valor para la vida real, desde el punto de vista del pragmatismo serán verdaderas en la medida en que sean aptas para ello» (James, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 285)

Otro de los criterios de verdad que se presenta es el convencional, consistente en que el criterio acerca de si una proposición es verdadera está determinada por el grado de convención, acuerdo o aceptación generalmente imperante. Ello ocurre en algunas disciplinas, como la geometría, pero no exclusiva de ésta, pues bien pueden presentarse en representaciones pseudocientíficas, como el modelo astronómico del universo de Tolomeo, quien partía de la base de que el centro del universo era la tierra, y ésta era plana.

Por otra parte, la verdad objetiva presenta dos modalidades: la verdad absoluta y la verdad relativa. La primera, se configura cuando la verdad se presenta de manera total, absoluta e incondicional. La segunda, cuando la verdad depende de factores que la hacen condicional, parcial o relativa.

Por verdad absoluta entiende Vostrikov (1970):

[...] el conocimiento completo, exhaustivo, absolutamente veraz del mundo objetivo en su integridad. [...] La verdad absoluta en dicha comprensión se presenta como proceso y como objetivo del conocimiento al cual aspiran las gentes cuando se acercan constantemente a él. Pero sin lograrlo nunca plenamente. He aquí por qué la verdad absoluta en cada etapa histórica del desarrollo del conocimiento necesariamente se expresa en forma de verdades relativas. (p. 292)

Por su parte, señala sobre verdad relativa:

Se llaman verdades relativas todas aquellas (postulados científicos, conceptos, teorías) que reflejan la realidad de modo objetivo y veraz, pero no plena ni exhaustivamente, sino solo de manera aproximada y que con el trascurso del tiempo se van puntualizando, se tornan cada vez más completas, más verídicas. Por eso las verdades relativas siempre se hallan históricamente condicionadas; expresan el nivel de conocimiento de las gentes, la plenitud de éstos, logrados en una u otra fase del desarrollo histórico. La verdad relativa, al igual que la absoluta, es objetiva. (Vostrikov, 1970, p. 292)

Si hemos de hacer un breve recorrido, a través de los tiempos, acerca lo que ha significado la verdad en el Derecho, se encuentra lo siguiente:

Si bien en el capítulo 3 versículo 14 del Génesis existe una sentencia de Dios contra la serpiente, contra Adán, Eva y todas sus generaciones futuras, no encontramos que se haya adelantado un proceso encaminado a determinar cuál fue la verdad de lo que efectivamente aconteció y si realmente hubo responsabilidad de Adán y Eva en lo ocurrido, invocándose como única prueba la confesión ingenua de ellos de que efectivamente habían comido del fruto del árbol del bien y del mal y de que habían sido inducidos por la serpiente, sin que estas

circunstancias sirvieran al menos de atenuante de la imposición de una pena desmedida y desproporcionada como la mortalidad de ellos y de sus futuras generaciones. A pesar de que en el referenciado libro se hace mención a la Verdad, sólo es en cuanto a decir que hay un árbol que la contiene, pero sin decir, cuando menos, qué es y cuál es su valor.

En otra parte de la Biblia (Reyes capítulo 3 versículo 16) se observa que si bien en el famoso juicio del rey Salomón, en el que se buscaba establecer cuál de las dos mujeres que reclamaban ser la madre del niño sobreviviente, no se hizo mención explícita a la Verdad, es evidente que ésta fue la que el sabio juez persiguió como presupuesto mínimo para adoptar una decisión que fuera correcta y justa de entregar el menor a la auténtica madre.

En la misma Biblia mencionada, se admite que la semántica de Verdad está referida a diversas significaciones: sinceridad, fidelidad de Dios, fidelidad para con Dios y con el prójimo, fidelidad de Dios a sus promesas, plenitud de la revelación que Dios nos hizo en su hijo, identificando verdad con Cristo y con el espíritu. En otras palabras, la significación religiosa de la Verdad en la Biblia tiene como punto de partida las categorías ónticas: Padre, Hijo, Espíritu, siendo aquélla la fidelidad de estas últimas.

En el Derecho existen varios escenarios o criterios de verdad. Un primer escenario se presenta en la creación de las normas más generales de una sociedad determinada, especialmente las autoritativas, permisivas, prohibitivas y sancionatorias. Así, p. ej. tanto en los Estados nacionales modernos como en los Estados multinacionales, la adopción de esas normas a través de un estatuto normativo, llámese Constitución política o Tratado multinacional, generalmente se produce a través de un acuerdo, que ha debido trasegar los consensos, conciliaciones y transacciones correspondientes. En estos casos, el resultado normativo es la consecuencia no de lo que Se Es sino de lo que Se quiere Ser o Se Debe Ser. Como esas normas tienen la

potencialidad de transformar la realidad, para bien o para mal, se crean nuevas realidades ópticas, con una particularidad: son realidades institucionales. Esta nueva realidad, generalmente, es el resultado del querer, de los intereses, del poder, de la aspiración y de la voluntad. Es el resultado de la capacidad transformadora que tiene el ser humano para cambiar o modificar una realidad por otra. En síntesis, podríamos decir que esa nueva realidad, que antes no era, ahora sí lo es.

Así como hay una manifestación de ese poder constituyente, en las modalidades de constituyente primario y directo, constituyente derivado e indirecto, ya sea por vía del propio congreso o de una asamblea constituyente o de un referendo, la capacidad de transformar la realidad por vía coercitiva es inmensa. Ello se expresa, entre otros aspectos, en la ampliación o restricción de la libertad, de la igualdad, de la distribución de bienes, servicios y derechos, y en general en una mayor o menor cobertura de justicia social.

En ejercicio de ese poder de transformar una determinada sociedad, ampliando o restringiendo el bienestar social, no sólo crea un nuevo Ser Social, sino que éste se produce, se repite, por acuerdos, consensos y voluntades, casi siempre en medio de un forcejeo que es resultado de la correlación de fuerzas sociales.

En el escenario del proceso administrativo o judicial suelen tenerse como ciertos, salvo prueba en contrario, hechos que han sido afirmados por una parte y que han sido aceptados por la otra parte, o hechos que han sido afirmados por una de las partes, y que, pudiendo ser controvertidos por la otra, no lo son. Lo mismo puede llegar a acontecer cuando sobre un hecho una de las partes de un proceso presenta una prueba que no es controvertida por la otra parte del proceso.

En la violación masiva de derechos humanos se impone la necesidad de Verdad conforme lo ha establecido la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas desde el 10 de diciembre de 1945, así como la Resolución No.9 de 2011, expedida por la ONU.

Es importante resaltar que ese Derecho a la verdad se ha concretado en varios conflictos, tales como en el Informe de la Comisión Nacional de la Verdad en Chile (1991), y Memoria del silencio. Informe de la Comisión de esclarecimiento histórico. Guatemala 1999. Así mismo, en los conflictos armados de Sierra Leona, Perú, Salvador, Timor-Leste, Ghana y en Colombia.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en una directriz contenida en un documento del año 2005, ha recomendado que los países que pretendan superar un conflicto armado en el cual se hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos deben constituir una Comisión de la Verdad que reciba las versiones de las víctimas. Además, que dicha comisión no debe tener carácter judicial y las versiones que se reciban tendrán por finalidad la comprensión de las causas del conflicto.

En este contexto, si bien el objetivo de las comisiones de la verdad sería la comprensión y la interpretación de las causas del conflicto, esta clase de verdad parece ser unilateral, pues sólo cuenta con la versión de una de las partes del conflicto, de manera que ello no permitiría tener la posibilidad de conocer otras versiones extrajudiciales, como serían las de los colaboradores y financiadores privados, las de las autoridades estatales que cooperaron y las de los propios victimarios.

La forma en que se encuentran concebidas las comisiones de la verdad bajo los parámetros de las Naciones Unidas, solo garantiza la existencia de la versión de uno de los

sujetos inmersos en el conflicto. Parecería más adecuado que fueran las versiones de todas las partes del conflicto las que hicieran parte del acervo de versiones, pues además de que en el primer caso no serían plurales e integrales, no estarían siendo contrastadas. Por consiguiente, sólo harían parte de una memoria histórica de las víctimas, pero no de versiones que necesariamente puedan ser calificadas de verdad sobre el conflicto.

En síntesis, con esas versiones unilaterales, no habría un nivel medianamente razonable de que las mencionadas comisiones garanticen un nivel aceptable de verdad de lo acontecido en el conflicto.

Sobre el criterio de verdad como eficacia cabe resaltar previamente que, de conformidad con el citado Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, eficacia es la «Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar». Y Eficaz es «Activo, poderoso para obrar. Que logra hacer efectivo un intento o propósito». (Real Academia de la Lengua Española, 1992, p. 559).

En otras palabras, bajo ese criterio, se tiene como verdad o verdadero aquello que logra un resultado, especialmente si es esperado, deseado o que se necesita, p. ej. actualmente, por la pandemia desatada por la COVID-19, se espera y se quiere una vacuna que inmunice contra ese virus. Pese a que los experimentos no dan una cobertura de acierto del 100%, sino máximo de 95% de eficacia, ante la necesidad apremiante de detener el porcentaje de mortalidad producida por ese virus, los Estados, las instituciones de salud y las organizaciones científicas han depositado en ese último porcentaje de eficacia las esperanzas de control de la pandemia. En otras palabras, aunque no hay garantía total de que los vacunados no enfermen, la esperanza de que sea un porcentaje menor, hacen otorgar a esas vacunas las licencias oficiales (autorizaciones) para su aplicación, considerándolas como verdaderos remedios para restablecer la salud pública.

Sobre el criterio de verdad como eficiencia es pertinente sostener que se entiende por eficiencia la obtención de un logro o resultado con el menor costo posible. La masiva experiencia del trabajo en casa, forzada por pandemia ocasionada por la COVID-19, ha puesto en evidencia que en esa modalidad laboral las personas trabajan más, con mayor productividad y con menores costos para el empresario; de modo que en casi todos los países de sistema económico capitalista los órganos legisladores de los respectivos Estados se encuentran puliendo legislaciones que promueven esa modalidad de trabajo que, evidentemente, acentúa la explotación laboral porque el trabajador labora más tiempo, poniendo algunos elementos de trabajo (energía eléctrica, internet, locaciones, equipos y enseres, entre otros), costos que correlativamente ahorran los empleadores, llámense empresarios privados o entidades estatales. La legislación que al efecto se adopte estará estimulada por el argumento de la eficiencia, esto es, la corrección o veracidad de su adopción será la eficiencia.

Los tres criterios mencionados, más que criterios de verdad, se asemejan a criterios de utilidad y pragmatismo, lo cual, las más de las veces, lleva ínsito intereses particulares y gremiales. Ahora, esos criterios justificantes para crear Derecho por el constituyente (primario o delegado) o por el legislador ordinario o extraordinario, ciertamente no tienen como faro la verdad; sin embargo, en ámbitos más específicos, el Derecho no sólo se edifica en la verdad, sino que tiene como requisito *sine qua non* adoptar una decisión correcta basada en la verdad.

Sobre el criterio de verdad en los procesos administrativos y judiciales cabe destacar la importancia de la verdad en el Derecho, y específicamente en la justicia. Hans Kelsen, en su opúsculo *¿Qué es la Justicia?*, narra:

Cuando Jesús de Nazaret en el interrogatorio ante el Gobernador romano admitió que era un Rey, dijo: “Yo he nacido y venido al mundo para dar testimonio de la verdad”.

Entonces Pilato preguntó: “¿Qué es la verdad?”. Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco dio ninguna. (Kelsen, 1991, p. 1)

Ese episodio bíblico, mencionado por el iusfilósofo Hans Kelsen, denota lo problemática que es la pregunta acerca de la verdad, y, por supuesto, lo difícil de la respuesta. Agregándose que lo es aún más en el ámbito del Derecho en el cual, el objeto de conocimiento, las más de las veces, no es un hecho bruto (desprovisto de voluntad humana) sino un hecho social e institucional.

En su *Epistemología jurídica y Garantismo*, el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli distingue la verdad factual y la verdad jurídica. Sobre el particular dice:

De hecho, mientras la verdad de las proposiciones de la sociología del Derecho es una verdad factual, en sentido estricto, determinada como la de las proposiciones observacionales de cualquier otra ciencia empírica con aquello que de hecho sucede, es bien diferente la verdad empírica predicable de las proposiciones de la dogmática jurídica, que es determinada por su correspondencia con el discurso normativo dictado por el legislador. Para establecer este segundo tipo de verdad, que convenimos en denominar verdad jurídica, lo que en realidad debe contemplarse no son los acaecimientos sino sólo las normas, o si se quiere los enunciados y los documentos normativos que en la dogmática ocupan el lugar no sólo de la base observacional sino también el criterio exclusivo de verificación empírica. (Ferrajoli, 2004, p. 24)

Bajo ese planteamiento se puede afirmar que en el ámbito jurídico existen dos niveles de verdad: la factual, esto es, tanto de los hechos como de las proposiciones de las ciencias, y la

jurídica, relativa a las normas prohibitivas, autoritativas, facultativas, o sancionatorias, así como de criterios de verificación de la legitimidad, validez y corrección, entre otros. El que en el Derecho se pueda sostener la existencia verdades factuales y verdades jurídicas no significa que los sistemas jurídicos existentes estén libres de error y sean infalibles.

Vale indicar que la certeza, entendida como el máximo grado de convencimiento no hace verdadera una proposición jurídica. La persuasión que una persona tenga de una proposición consistente en que un hecho existe o existió o de que un hecho no existe o existió, no es suficiente, ni mucho menos es garantía de que sea verdadera. Como ha dicho el profesor italiano, recientemente fallecido, Michele Taruffo:

Cuando se afirma, por ejemplo, que la condena de un acusado se justifica cuando el juez tiene la certeza absoluta de su culpabilidad o se dice –como ocurre comúnmente- que el juez debe alcanzar la certeza moral sobre la existencia de los hechos de la causa, se incurre en un doble error: por un lado, se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado, se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir. La posibilidad de que tal persuasión sea errónea no es ni siquiera considerada, como si por definición un grado adecuado de certeza subjetiva equivalente a la verdad o pudiera tomar su lugar. Es evidente que el recurso a adjetivos como <<absoluta>> o <<moral>> no evita el error en cuestión: el uso de estos adjetivos sugiere, a lo sumo, que se espera que el juez consiga un grado elevado de certeza, o bien que él debe estar <<moralmente>> convencido de que aquello que piensa (subsistiendo, obviamente, la incertidumbre respecto de qué sea una certeza <<moral>>). (Taruffo, 2010, pp. 103–104)

Más adelante complementa el profesor Taruffo (2010):

Muchas personas están intensamente persuadidas de muchas cosas respecto de ellas mismas, de los otros, de la edad del mundo, de la existencia del diablo y de mundos ultraterrenos, pero es claro que la fuerza de su persuasión no vuelve verdadero aquello en lo que creen. La profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad. Las consideraciones valen de manera general y, en particular, valen para el juez y para su convencimiento sobre los hechos: él puede estar profundamente persuadido, in interiore homine, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sola a la verdad. Lo cierto es, en cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. (pp. 104–105)

Desde finales del siglo XIX el jurista italiano Nicola Framarino Dei Malatesta, había expresado que, si bien la verdad es la conformidad ideológica con la realidad, y que la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza, advirtió que siendo esta última un estado del espíritu puede no corresponder a la verdad objetiva. Que por consiguiente verdad y certeza no necesariamente coinciden, pues «[...] algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero» (Framarino, 1995, p. 15).

En la legislación procesal colombiana, a diferencia de legislaciones de otros países, respecto de los hechos, al juez no se le exige fallar con base en la verdad sino en su convencimiento de aquéllos. En efecto, el artículo 165 del Código General del Proceso, al

referirse a los medios de prueba de los hechos, no espera de ellos que reporten verdad, sino que sean «[...] *útiles para la formación del convencimiento del juez*».

A su vez el inciso final del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal estatuye: «[...] Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda».

Según esas normas, bastaría que el juez tuviera el convencimiento y certeza de la *existencia de unos hechos para que quedara habilitado para decidir de manera definitiva* sobre una controversia civil, laboral, comercial, contencioso-administrativa, con efectos de cosa juzgada. Así mismo, en materia penal, sería suficiente que el juez estuviera convencido (aún con medios de prueba precarios e insuficientes) para que condenara a un inocente.

Si una sociedad y un Estado se precian de tener dentro de sus objetivos y valores el de la justicia es necesario que las decisiones que tome se hagan con base en la Verdad, más tratándose del ámbito judicial que tiene como función dirimir las controversias con justicia y del cual se espera y se hacen necesarias providencias correctas.

Por ello, esa deficiencia del legislador ha sido corregida en sentencia SU-768 de 2014 (Corte Constitucional, 2014) expresando que el Juez tiene dos tareas imperiosas: (i) la obtención del Derecho sustancial, y (ii) *la búsqueda de la verdad*. Aspectos que constituyen los fundamentos de la justicia material. La Corte Constitucional de Colombia consideró que:

[...] una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre *la búsqueda del valor de la verdad* y la efectividad del derecho material. (Corte Constitucional, SU-768 de 2014, 2014)

En esa búsqueda de la verdad la Corte Constitucional no desconoce ni soslaya los problemas ontológicos del Derecho. Por ello dice en esa misma sentencia: «[...] de esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares» (Corte Constitucional, SU-768 de 2014, 2014)

Lo último impone a los servidores públicos y a los propios particulares deberes éticos y legales de tener la verdad de los hechos como presupuesto del debate procesal. De modo que, cuando quiera que se presente una controversia jurídica de carácter particular y subjetiva que deba ser resuelta, los conjuntos de medios de prueba son necesarios para establecer la verdad, especialmente sobre los hechos. Pero, cuando la controversia es general y objetiva, esto es, si lo que está en juego es la juridicidad de normas generales e impersonales del sistema jurídico, si bien se disminuye, y en ocasiones desaparece, la carga probatoria de las partes respecto de hechos, no sucede necesariamente lo mismo respecto de la prueba del Derecho objetivo, de la costumbre nacional e internacional y del Derecho exterior, p. ej. el *exequatur*.

En el caso del primero en que la controversia no sea sobre hechos sino de pura constitucionalidad o de pura legalidad (plano hipotético), p. ej. la de establecer si una ley es o no constitucional, o si un acto administrativo general e impersonal es legal o no, si bien pueden ser pocos o ninguno los hechos (lo fáctico) que haya que probar, habrá un mínimo de requerimiento epistémico en cuanto a:

- i) La verificación de la existencia de la norma demandada: acto administrativo, ley e inclusive la norma constitucional a la cual se le acuse de sustituir la Constitución preexistente.

- ii) La verificación de la existencia de la norma que se dice vulnerada e infringida: la ley o la norma constitucional.

En ambos casos el juez o tribunal verifica la existencia de las normas respectivas, pues, aunque las partes no tengan la carga de probarlas, el juez tiene la obligación de constatar la existencia del ente normativo, pues no debe presuponer su existencia, pues ello podría conducir a que se pronunciara sobre normas que no existen o que no existieron. No resulta sensato suponer que un juez o tribunal decida la validez constitucional o legal de una norma jurídica sin constatar previamente la existencia de las normas que se acusan de ser contrarias, por lo cual la constatación entitativa de las mismas es imprescindible.

Ciertamente, la tarea final es hacer pronunciamiento sobre la validez o invalidez de las normas demandadas; pero, se repite, esa clase de procesos no está exento de un mínimo requerimiento epistémico previo.

El Derecho contempla la necesidad de que toda decisión administrativa y judicial esté fundada en pruebas allegadas a los procesos de esas índoles. Así, el artículo 165 del Código General del Proceso establece como medios de prueba: la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles, como las presunciones.

Sobre la *Declaración de parte*, es pertinente resaltar que es aquella en que una de las partes declara bajo la gravedad del juramento sobre hechos u omisiones. Cuando reconoce hechos que le perjudican, se genera la figura de la confesión teniéndose como prueba en su contra. En esas circunstancias, sobre la base de las reglas de la experiencia, se tiene esa declaración como una confesión. Ello sobre la base de que el hombre «[...] no se siente impulsado a reconocer

como verdaderos aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material o moral. Si, pues, reconoce como ciertos, hechos que le perjudican, se le puede tomar la palabra y tenerlos por verdadero» (Rocha–Alvira, 2012, p. 189)

Referente a la *Declaración de tercero*, es adecuado sostener que se presenta cuando una persona que no es parte en el proceso declara bajo la gravedad del juramento, en la cual testimonia sobre hechos u omisiones que no le afectan, pues están relacionados con terceros. Se asume que el declarante no tiene interés en ello. *En La verdad y otras formas jurídicas*, Michel Foucault resalta la importancia que tiene el pastor–testigo en la obra de Edipo Rey.

Oculto en su cabaña, a pesar de ser un hombre sin importancia, un esclavo pastor vio, porque tiene en sus manos ese pequeño fragmento de recuerdo; porque traza en su discurso el testimonio de lo que vio, puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. El testigo, el humilde testigo, puede por sí solo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos. Edipo Rey es una especie de resumen de la historia del derecho griego. Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo Antígona y Electra, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. Esta dramatización de la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban. (Foucault, 2011, pp. 65–66)

En cuanto al medio de prueba *documental*, según afirma el profesor Gustavo Humberto Rodríguez, a diferencia del testimonio, que es un acto declarativo, el documento es una cosa representativa. Agrega que el profesor italiano Carnelutti afirmaba que: «El documento no solo es una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho» (s.f., citado por

Rodríguez, 1977, pp. 185–186). El inciso primero del artículo 243 del Código General del Proceso dice:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

A través del medio de prueba de *inspección*, el juez examina con su propia percepción sensorial los vestigios de los hechos, y con ello reconstruye la realidad de lo acontecido en el pasado, e incluso, puede llegar a percibir directamente hechos que siguen produciéndose en el presente. Por su parte, el medio de prueba *indiciaria*, tiene como base el indicio, consistente en una conclusión, que resulta de una inferencia lógica deductiva, inductiva o abductiva. Aunque dada su precariedad, por regla general, a los indicios no se les otorga carácter de plena prueba, sino cuando están acompañados de otros medios de prueba que complementan sus conclusiones, por sí sólo sí pueden llegar a alcanzar menores o mayores grados de probabilidad.

En cuanto a las *presunciones de prueba*, son conclusiones que se consolidan en el Derecho como reglas que se originan como resultado de la experiencia, de manera que legalmente se presume su existencia, sin necesidad de prueba. Sin embargo, los hechos en que se funda o se erige esa presunción sí deben estar probados. Sobre el particular el inciso primero del artículo 166 del Código General del Proceso establece: «Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados» Esto significa que los presupuestos fácticos que sirvan de base para erigir la presunción de que se trate deben estar probados. Las presunciones, más que pruebas en sí mismas, son relevo de pruebas.

Ahora, el hecho presumido se tiene por cierto, pero, como quiera que se trata de una presunción, menciona el inciso segundo del citado artículo, «admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice». Es decir, son presunciones *iuris tantum*

Las presunciones pueden ser legales, llamadas también relativas, que no obstante ser producto de la experiencia y la admisión o consagración como tales por la ley, admiten prueba en contrario, p. ej. la presunción de buena fe, la presunción de inocencia y la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Las presunciones de Derecho son aquellas que no admiten prueba en contrario, es decir, *iuris et de iuris*, toda vez que son el resultado de la estricta y rigurosa verificación de las ciencias de la naturaleza. En efecto, el inciso final del artículo 66 del Código Civil colombiano preceptúa: «Si una cosa, según la expresión de ley, se presume de Derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias». Un ejemplo de esta clase de presunción es el inciso segundo del artículo 92 del Código Civil colombiano: «Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento» También, otro ejemplo de presunción de Derecho es la establecida por la ley en el sentido de presumir en Derecho que los menores de 14 años no tienen madurez suficiente para decidir sobre su vida sexual.

A través del medio de prueba *pericial*, resulta pertinente sostener que consiste en la experticia que se rinde en un proceso, con fundamento en conocimientos técnicos, artísticos, tecnológicos y científicos sobre aspectos que son básicos y determinantes para establecer la existencia de hechos y consecuencias jurídicas. Como todos los otros medios de prueba, el dictamen pericial está sometido a contradicción tanto con la objeción al dictamen como con la

presentación de un contra dictamen. Por lo general una pluralidad de medios de prueba, no necesariamente la totalidad de ellos, es suficiente para probar la existencia de los hechos relevantes en el Derecho, con lo cual se garantiza la obtención de la verdad, y solo la verdad, presupuesto necesario y suficiente para adoptar una decisión administrativa o jurisdiccional. Esta última, con fuerza de verdad legal y con el atributo de la cosa juzgada.

Los medios de prueba anotados son los instrumentos que tiene el Derecho para encontrar la verdad y poner en evidencia la existencia de una epistemología jurídica.

Vale decir que en materia jurídica no existe la infalibilidad al error ni la garantía del acierto absoluto, como tampoco existe, siquiera en los ámbitos del conocimiento de las llamadas ciencias exactas.

En el campo del Derecho, existen dos grandes escenarios: el primero, contenido de las proposiciones normativas, generalmente integradas en un cuerpo de disposiciones que facultan, permiten, prohíben, sancionan. Y, otra parte, normas procesales encaminadas a establecer dentro de un juicio si a una persona le asiste el Derecho o si tiene el deber de soportar una carga.

Un primer nivel se presenta dentro de un procedimiento administrativo, en el cual, a través de medios probatorios se establece si una persona le asiste un Derecho o le corresponde asumir una obligación. Dos ejemplos sencillos serían los que siguen: el primero, determinar en un procedimiento administrativo si a una persona le asiste el Derecho infringió la norma que prohíbe conducir bajo los efectos del alcohol; el segundo, si un empleado violó la norma que prohíbe asistir al trabajo bajo los efectos de drogas prohibidas. En ambos casos, luego de determinar, respectivamente, que, en el primer caso, la persona era conductora de un vehículo automotor y si

efectivamente estaba bajo los efectos del alcohol. Y, en el segundo caso, si la persona además de ser empleado de una entidad se encontraba drogado en el lugar de trabajo.

En ambos casos hay que establecer, en primer lugar, que existan esas prohibiciones y, en segundo lugar, que las personas infringieron esas normas. Todo ello requiere una actividad probatoria normativa y factual, a través de los diversos medios de prueba, especialmente de los hechos. Aunque habrá una decisión con la cual concluya el procedimiento administrativo no gozará del atributo de la cosa juzgada, porque esa actuación procesal puede ser objeto de cuestionamiento en sede judicial, esto es, ante un Juez o tribunal.

Vale precisar que en el ámbito jurídico, los hechos, esto es, los aspectos fácticos, son predominantemente objeto de examen en la perspectiva ontológica y epistemológica, mientras que el Derecho (objetivo y subjetivo) que se ha de aplicar es objeto del examen prevalente, desde la perspectiva hermenéutica, puede ser susceptible de examinar conforme a los métodos más pertinentes, según el caso, como son, el histórico, el exegético, el lógico, el analógico, teleológico, el hermenéutico–comprensivo que se desprende de los estudios de Hans Georg Gadamer y Arthur Kaufmann. Sin embargo, por razones metodológicas hasta allá no se extiende este trabajo.

CONCLUSIÓN

A manera de reflexión final, se recapitula lo siguiente:

En primer lugar, es pertinente sostener que la cientificidad de un saber, y por ende la demarcación entre lo científico y lo no científico en un conjunto sistemático y riguroso de conocimientos, constituye un arduo problema epistemológico de vieja data. En la actualidad, las soluciones planteadas para resolver dicho propósito han sido, en todos los casos, insatisfactorias, tal como se observa en la abundante literatura que existe al respecto y que justifica (y a la vez refuerza) la diversidad de modelos propuestos: ciencias formales, ciencias empíricas, ciencias sociales empíricas, ciencias sociales con métodos diferentes a las empíricas (espirituales, comprensivas, hermenéuticas, funcionalistas, post-modernistas, entre otras). Ello no lo es menos en el Derecho, cuyo asunto –relacionado con la naturaleza científica o el estatuto epistemológico de sus conocimientos– se examina históricamente en tres principales tendencias, ya sintéticamente explicadas.

Si bien el saber jurídico no cumple en su totalidad con las características de la ciencia planteadas por la filosofía de la ciencia, en especial, desde la tradición sistémica y materialista de Mario Bunge, sí ostenta la gran mayoría de éstas, lo que implica admitir que el conocimiento jurídico no es acientífico o pseudocientífico. Sin intentar medir o graduar el prestigio social de un saber por su encuadramiento con los presupuestos de la ciencia, que de por sí es prejuicio en el que se suele incurrir y que no necesariamente se debe aceptar, el Derecho demuestra en mayor medida una importante compatibilidad y un gran compromiso con el conocimiento científico, tal como se explicó en la segunda parte del capítulo primero.

Este dato importante fue posiblemente advertido por el filósofo argentino referenciado, quien en su taxonomía óptica le adscribe al Derecho la categoría de tecnología social, con lo cual, le reconoció la propiedad de ser un artefacto de creación humana, fundado en el conocimiento científico, la experiencia y el sentido común, que permite modificar (o alterar) la realidad de un modo eficiente. Más allá de *conocer por conocer*, que suele ser el objetivo de la ciencia empírica, en el Derecho, concretamente, la visión está propiamente en *conocer para actuar*, es decir, su valor radica en el uso de determinados conocimientos, algunos provenientes de otras áreas, para obtener resultados prácticos, tales como la resolución en justicia de conflictos jurídicos. En este sentido, el saber jurídico compartiría igual estatuto epistemológico que la medicina, la informática, la ingeniería, etcétera.

Por su parte, cabe resaltar que el incumplimiento parcial del saber jurídico con algunas características científicas se debe al carácter *sui generis* del primero. Incluso, el Derecho como tecnología presenta diferencias notables con sus similares, verbigracia la medicina, toda vez que, a diferencia de lo médico, cuyo valor es prevenir y curar enfermedades, en lo jurídico la finalidad no está tan definida, si bien existen consensos mínimos, es evidente la gran contraposición en la jurisprudencia entre la prevalencia de la seguridad jurídica (y demás valores formales), por un lado, y la justicia material (y demás valores sustanciales), por el otro.

Un ejemplo clarividente se presenta en la Política Transicional con el criterio formal de la restauración (justicia restaurativa o conmutativa), puesto que, como tiende a defender la concepción doctrinal mayoritaria, este requisito es esencial para la consecución de la justicia en el caso concreto; sin embargo, en víctimas de graves, sistemáticas y generalizadas violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, p. ej. torturas, asesinatos, toma de rehenes, desplazamientos forzados, etc., es prácticamente imposible devolver o regresar el estado

o situación anterior que tenía o tuvo antes de la violación de sus derechos. El daño, lesión o agravio injustificado sufrido por el injusticiado es irreversible, un hecho irreparable, un dato ineliminable. Incluso, tal restauración a secas podría no eliminar la injusticia sino mantenerla (preservarla) en el tiempo, ya que gran número de víctimas de pugnas bélicas vivían en situaciones de extrema pobreza y vulnerabilidad, de ahí que retornar a su antigua condición no eliminaría la injusticia padecida, de allí que se propenda por establecer criterios materiales de justicia que logren una reparación integral y real a las víctimas.

Así pues, las peculiaridades que presente el Derecho frente a las características de la ciencia, deben ser reconocidas –y no desconocidas– a fin de no permitir una traspolación tajante hacia condiciones que pueden resultar ajenas a la singularidad del conocimiento jurídico. En este sentido, puede resultar injusta y arbitraria la pretensión de adaptar el Derecho a un conjunto de categorías que no puede cumplir por su carácter especial o *sui generis*.

En segundo lugar, sobre la estética del Derecho, resulta necesario expresar que, pese a que el Derecho es predominantemente, como lo denominó el iusfilósofo Hans Kelsen, una ciencia normativa, que en principio no tiene una marcada faceta estética, ni la que pudiera tener haya sido exhaustivamente examinada, ni mucho menos ha existido mayor interés por estudiarla, se cree que el breve apartado 2.1. que contiene este trabajo sobre la estética en el Derecho, se advierten manifestaciones artísticas en la literatura, la fábula, la poesía, la pintura, los murales, los grafitis, los símbolos, la música, el cine, entre otras, que dan cuenta de ella. La estética del Derecho permite un abordaje de éste desde el sentimiento y las emociones, lo que facilita acercarse a él no con la razón sino con la sensibilidad humana, lo cual coadyuva descubrir y ahondar desde el alma la sensación de injusticia, ausencia de libertad y desigualdad, entre otras.

En tercer lugar, sobre la ontología del Derecho, cabe concluir estableciendo que el Derecho tiene un fundamento ontológico, constituido en una realidad entitiva peculiar, como ha sido destacado por el iusfilósofo hispanoamericano Luis Recaséns Siches. El Derecho no solo tiene por objeto la regulación de las relaciones humanas en cuanto sus deberes y derechos sino en cuanto resolver los conflictos y controversias. El Derecho, a través de la Constitución, la ley, los actos administrativos y las providencias judiciales tiene la potencialidad, a través de enunciados regulativos o constitutivos, de crear, modificar o extinguir realidades entitivas, Tiene la capacidad de transformar la realidad e inclusive de crear nuevos entes o realidades entitivas, sociales e institucionales.

En cuarto lugar, sobre la epistemología del Derecho, es pertinente terminar manifestando que, desde su nacimiento, el Derecho tiene fundamento epistémico para efecto de crear o modificar el Derecho objetivo, por lo cual se nutre de las diferentes expresiones de verdad para cumplir con unos fines, especialmente la convivencia, la paz, la libertad, la igualdad y la justicia. Ello ocurre, especialmente, en el escenario del constituyente y del legislador. Si bien en esos escenarios de producción del Derecho hay un empleo combinado de criterios de verdad, en los cuales se emplea la verdad por consenso, por eficiencia, y por eficacia, entre otras, en escenarios como los del proceso judicial, el criterio de verdad predominante es el de correspondencia, en armonía con los derechos, deberes, garantías y valores jurídicos.

El criterio de verdad por correspondencia está sujeto a un régimen de prueba de los hechos conforme a unos medios de prueba universalmente empleados en los procesos judiciales, entre los cuales se encuentran: el testimonial, el documental, la confesión de parte, la inspección judicial, los indicios, las presunciones legales y de Derecho y los dictámenes periciales, entre los más relevantes. Con estos medios de prueba se garantizan altos niveles de obtención de la verdad

en los hechos, lo cual permite con mayor acierto aplicar el Derecho correspondiente. Vale decir que en materia jurídica no existe la infalibilidad al error ni la garantía del acierto absoluto, como tampoco existe, siquiera en los ámbitos del conocimiento de las llamadas ciencias exactas.

En el proceso judicial también existe una realidad normativa y una realidad fáctica. Esta última, es decir, la de los hechos, deberá establecerse a través de medios de prueba encaminados a establecer la verdad, ya concretamente explicitados en el segundo subapartado de este trabajo de investigación. Los medios de prueba que garantizan la comprobación epistemológica son los siguientes: los indicios, las presunciones, la prueba testimonial, el interrogatorio de parte, la prueba documental, la prueba de inspección judicial, y la prueba pericial. Estos medios de prueba, aúnan en la consecución de la verdad en el Derecho. Lo que más garantiza y verifica que hay científicidad en una amplia parte del Derecho es el proceso, especialmente el proceso judicial, porque en éste la finalidad es la verdad y la justicia. A la verdad de los hechos se llega a través de medios de prueba que la garantizan de manera total, cuando menos con un altísimo grado de probabilidad fuera de toda duda razonable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agazzi, E. (1996). *El bien, el mal y la ciencia* (R. Queraltó, ed. y trad.). Tecnos.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Aristóteles. (1994). *Metafísica* (T. Calvo, trad.). Gredos.
- _____. (1998). *Política* (M. García, trad.). Gredos.
- _____. (1999). *Retórica* (Q. Racionero, trad.). Gredos.
- _____. (2002). *Ética a Nicómaco* (M. Araujo & J. Marías, trads.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (1980). El futuro de la dogmática jurídica. *El Basilisco*, (10), 63–69.
- _____. & Ruíz, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- _____. (1995). Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática. *Isonomía*, (3), 223–224.
- _____. (1998). *Introducción al Derecho*. Distribuciones Fontamara S.A.
- _____. (2009). *El Sentido del Derecho*. Ariel.
- _____. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- _____. (2015). La dogmática jurídica como tecno–praxis. En M. Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos y vida universitaria: Estudios en homenaje a*

- Jorge Carpizo. *Estado Constitucional* (Tomo IV, Vol. 1) (pp. 169–196). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barros–Cantillo, N. (2014). *¿Es el derecho una ciencia?* (J. Senior, ed.). Universidad Libre Seccional Barranquilla.
- Bekoff, M., & Pierce, J. (2010). *Justicia Salvaje. La vida moral de los animales* (L. Gonzáles, trad.). Turner.
- Bunge, M. (1996). *La ciencia, su método y su filosofía*. Panamericana.
- _____. (1999). *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica* (H. Pons, trad.). Sudamericana.
- _____. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13), 121–137.
- Carnelutti, F. (2003). *Metodología del Derecho*. Valleta Ediciones.
- Código Civil. (1873). *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Congreso de la República de Colombia. (2004, 31 de agosto). Ley 906. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial 45658.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48489.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*. <http://bit.ly/2NA2BRg>

- Copleston, F. (1994a). *Historia de la Filosofía. Tomo I. Grecia y Roma* (J. García, trad., & M. Sacristán, ed.). Ariel.
- Copleston, F. (1994b). *Historia de la Filosofía. Tomo II. De San Agustín a Escoto* (J. García, trad., & M. Sacristán, ed.). Ariel.
- Copleston, F. (1996). *Historia de la Filosofía. Vol. III. De Descartes a Leibniz* (J. García, trad., & M. Sacristán, ed.). Ariel.
- Corte Constitucional. (2012, 8 de noviembre). Sentencia T-918 de 2012 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-918-12.htm>
- Corte Constitucional. (2014, 16 de octubre). Sentencia SU-768 de 2014 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>
- Dávila, C. (2017). *Introducción a la Filosofía del Derecho. Metafísicas del Derecho*. Leyer.
- Descartes, R. (1999). *Discurso del Método y La búsqueda de la verdad natural*. Panamericana.
- De Waal, F. (2017). *¿Tenemos suficiente inteligencia para entender la inteligencia de los animales?* (A. García, trad.). Tusquets.
- Diéguez, A. (2010). *Filosofía de la ciencia*. Biblioteca Nueva.
- _____. (2020). ¿Existe ‘El Método Científico’? Filosofía y ciencia en el siglo XXI. *Tiempo y Clima*, 5(70), 10–11.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia. De la Teoría del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica* (C. Ferrari, trad.). Gedisa S.A.

- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.
- Framarino, N. (1995). *Lógica de las pruebas en materia criminal* (4.^a ed.). Temis.
- Friedrich, C. (1964). *La filosofía del derecho* (M. Álvarez, trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2011). *En La verdad y las formas jurídicas* (Enrique Linch, trad.). Gedisa.
- Gadamer, H. (2003). *Verdad y Método*. Sígueme.
- Gómez-Rodríguez, A. (2003). *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*. Alianza.
- Hans, A. (2007). *La ciencia del derecho como ciencia real* (M. Salas, trad.). Fontamara.
- Heidegger, M. (1960). *¿Qué es eso de filosofía?* (A.P. Carpio, trad.). Sur.
- Heráclito, Parménides & Empédocles. (2016). *Textos presocráticos* (M. Del Pino, trad.). Ediciones Brontes S.L.
- Hesíodo. (1978). *Obras y Fragmentos* (A. Pérez & A. Martínez, trads.). Gredos.
- Hobbes, T. (1992). *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos* (M. Rodilla, trad.). Tecnos.
- Holmes, O. (2012). *La senda del Derecho* (J. Solar, trad.). Marcial Pons.
- Jaeger, W. (1953). Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos. *Revista de Estudios Políticos*, (67), 17–48.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho* (L. Villar & A. Montoya, trads.). Universidad Externado de Colombia.
- Kaufmann, A. (2007). *Hermenéutica y Derecho* (A. Ollero & J. Santos, eds.). Comares.

- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho* (F. Aren; N. Dassieu & S. Rotemberg, trads.). Colihue.
- Kelsen, H. (1999). *¿Qué es la Justicia?* (13.^a ed.) (E. Garzón, trad.). Fontamara.
- La Biblia* (52.^a ed.). (2004). Sociedad Bíblica Católica Internacional. San Pablo; Verbo Divino.
- Leyva, G. (2012). La hermenéutica clásica y su impacto en la epistemología y teoría social hoy. En De la Garza, E., & Leyva, G. (Eds.), *Tratado de metodología de las Ciencias Sociales: perspectivas actuales* (pp. 134–198). Fondo de Cultura Económica.
- Mantilla–Pineda, B. (1961). *Filosofía del Derecho*. Universidad de Antioquia.
- Martínez–Echeverri, L., & Martínez–Echeverri, H. (1997). *Diccionario de Filosofía*. Panamericana.
- Medellín, Carlos. (2017). *La interpretatio juris y los principios generales del derecho*. Legis.
- Mora–Restrepo, G. (2005). *Ciencia Jurídica y Arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*. Universidad de la Sabana; Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Naranjo–Villegas, A. (2008). *Filosofía del Derecho* (5.^a ed.). Temis.
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Trotta.
- Ortiz–Rivas, H. (2000). Justicia y ley en los sofistas. En M. Rujana (comp.), *Democracia, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* (pp. 349–394). Universidad Libre de Colombia.

- Pabón–Arrieta, J. (2018). Marco Tulio Cicerón: filósofo político republicano. En J. Ángel (ed.), *Política en la perspectiva del mundo en que vivimos. Hacia la construcción de redes de pensamiento político* (227–237). Editorial Académica Española.
- Peláez, A. (2012). El empirismo lógico y el problema de los fundamentos de las ciencias sociales. En E. De la Garza & G. Leyva (eds.), *Tratado de metodología de las Ciencias Sociales: perspectivas actuales* (pp. 33–48). Fondo de Cultura Económica.
- Platón. (1985). *Diálogos* (J. Calonge, E. Lledó C. & García, trads.). Gredos.
- Platón. (2007). *Diálogos* (30.^a ed.). Porrúa.
- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Rancière, J. (2015). La dimensión estética: estética, política, conocimiento. *Ciencia Política*, 10(19), 21–43. <https://doi.org/10.15446/cp.v10n19.52370>
- Real Academia de la Lengua Española. (1992). *Diccionario de la lengua española* (21.^a ed.). Real Academia de la Lengua Española
- Real Academia de la Lengua Española. (2020). Cosa. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario). Consultado el 20 de diciembre de 2020. <https://dle.rae.es/cosa>
-
- _____. Estatuto. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario). Consultado el 20 de diciembre de 2020. <https://dle.rae.es/estatuto>
- Reale, G., & Antiseri, D. (1988). *Historia del pensamiento filosófico y científico. Tomo I Antigüedad y Edad Media* (1.^a ed.). Herder

- Reale, G., & Antiseri, D. (2007). *Historia de la Filosofía. 1. Filosofía pagana antigua* (J. Gómez, trad.). La Scuola.
- Recaséns–Siches, L. (2013). *Tratado General de Filosofía del Derecho* (21.ª ed.). Porrúa.
- Rocha–Alvira, A. (2012). *De la Prueba en Derecho*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rodríguez, G. (1977). *Derecho Probatorio Colombiano. Compendio*. Ediciones Librería del Profesional.
- Rüthers, B. (2018). *Teoría General del Derecho*. Temis.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Paidós.
- Sepúlveda, R. (2019). *Seminario: Filosofía de las Ciencias Sociales*. Maestría en Filosofía de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad del Atlántico.
- Squella, A. (2001). *Filosofía del Derecho* (1.ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Sierra–Camargo, J. (2014). ¿Qué son las estéticas legales? Una aproximación a la noción de “arte y derecho”. *Revista Derecho del Estado*, (32), 57–76.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3814>
- Silva, F. (2008). Argumentos y figuras: dos etapas de una misma retórica. Esbozo de las propuestas teóricas contemporáneas. En D. Niño (ed.), *Ensayos semióticos* (pp. 300–345). Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Suárez–Ramírez, J. (2017). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad. El Juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino). Marcial Pons.

Thibaut, A., & Savigny, F. (1970). *La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania y De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho. Con adiciones de los autores*. Aguilar.

Vostrikov, A. (1970). *Teoría del Conocimiento del Materialismo Dialéctico*. Ediciones Suramericana Ltda.

Wenger, R. (2015). Teoría de la argumentación, retórica y hermenéutica: un “álbum familiar” a revisar. *Advocatus*, 12(25), 209–221.